

Roj: STS 1636/2009
Id Cendoj: 28079120012009100270
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Penal
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 1732/2008
Nº de Resolución: 308/2009
Procedimiento: PENAL - JURADO
Ponente: JOAQUIN DELGADO GARCIA
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintitrés de Marzo de dos mil nueve

En los recursos de casación por infracción de ley y de precepto constitucional, que ante este tribunal penden, interpuestos por los acusados **Casimiro** representado por el procurador Sr. Fernández Castro y **Luis Miguel** representado por el procurador Sr. Torrecilla Jiménez, contra la sentencia dictada el 7 de agosto de 2008 por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla, que entre otros pronunciamientos absolutorios les condenó por delito de cohecho a ambos y al primero además por un delito de **prevaricación**, los componentes de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, que al margen se expresan, se han reunido para su vista y fallo. Ha sido parte el Ministerio Fiscal y ponente Joaquín Delgado García.

I. ANTECEDENTES

1.- En el Procedimiento Abreviado 2/2008 procedente de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla, seguido por delito de **prevaricación** judicial, delito de asesoramiento accidental o negociación prohibida a funcionario publico, delito de cohecho activo y un delito de cohecho pasivo contra **Casimiro** , **Luis Miguel** y **Jose Ignacio** , se dictó sentencia con fecha 7 de agosto de 2008, que contiene los siguientes **HECHOS PROBADOS**:

"Probado, y así se declara que: PRIMERO.- A finales de enero o principios de febrero del año 2006 el acusado aforado Casimiro -mayor de edad, con DNI núm. NUM000 sin antecedentes penales, Magistrado titular del Juzgado de Instrucción núm. NUM002 de DIRECCION000 - decidió comprar la vivienda unifamiliar número NUM001 de la URBANIZACIÓN000 , próxima a su domicilio y sita en el término municipal de Marbella, que resultó ser propiedad de la mercantil "SANITARIA SL". A tal efecto solicitó la mediación de Clemente , amigo personal que conocía al administrador de dicha sociedad, Ángel Jesús . Aquél tras comprobar la disposición del propietario para la venta del inmueble, puso en comunicación al acusado aforado con Juan Ignacio , a quien había encomendado las negociaciones su hermano.

Resuelto a hacer la compra, en días posteriores al 7 de febrero, el acusado aforado encargó a su amigo el también acusado Jose Ignacio -mayor de edad, de nacionalidad francesa, sin antecedentes penales y con número de pasaporte NUM003 - que le buscara un abogado para redactar los documentos necesarios para la compra de la vivienda. Así lo hizo este último quien transmitió el encargo al también acusado Luis Miguel -mayor de edad, sin antecedentes penales, con DNI núm. NUM004 , entonces gerente de la sociedad municipal "Gerencia de Obras y Servicios de Marbella SL", antes denominada "Planeamiento 2000 SL"- quien aceptó la encomienda, con conocimiento del acusado aforado, ya que ambos se conocían desde finales del año 2005, eran amigos comunes de Jose Ignacio y habían coincidido y conversado al menos en varias ocasiones en el restaurante y local de ocio de Jose Ignacio en Marbella.

En fechas no concretadas con exactitud, pero con anterioridad al día 16 de marzo de 2006, el Magistrado acusado Casimiro , pidió dinero al acusado Luis Miguel para abonar la cantidad que se le exigía a la firma del contrato de compraventa de la vivienda, a cambio de un trato favorable en asuntos judiciales.

El día 16 de marzo de 2006, el Magistrado acusado, para favorecer a Luis Miguel y de la manera que se relatará en el apartado SEGUNDO de esta sentencia dictó un Auto por el que accedía a la petición de Luis Miguel y suspendió cautelarmente la emisión de un programa televisivo titulado "Misión Imposible:

Operación JAR" alusivo a distintas actividades de aquél, algunas de ellas investigadas en el Juzgado Central de Instrucción núm. 6 de Madrid. El auto de suspensión cautelar se dictó por el Magistrado en un procedimiento penal de Diligencias Previas, cuyo archivo había decretado el día anterior, sin diligencia probatoria alguna y sin constar recurso alguno de las partes.

Tras la suspensión judicial cautelar de la emisión del programa televisivo, en la mañana del día siguiente, 17 de marzo, el acusado Luis Miguel , conversó varias veces por teléfono con el vendedor y su hermano -sin que los interlocutores se conocieran personalmente- para así poder redactar las condiciones de la compra y saber el dinero que debía entregar al acusado aforado a cambio de la resolución judicial que ordenó el cese de la emisión del programa de televisión. Para ello hizo lo siguiente:

1º.- Se identificó como " Clemente , abogado de Casimiro " siguiendo lo convenido con el Magistrado acusado que, en días anteriores dijo al hermano del vendedor que le llamaría su abogado " Clemente " para preparar la documentación necesaria de la compraventa.

2º.- Acordó con Ángel Jesús y Juan Ignacio la confección de un contrato privado de compraventa en el que se harían constar los siguientes datos de interés:

a) La cantidad de 360.000,00 euros, como precio de la venta, cantidad que sería pagada de la siguiente forma: 180.000,00 euros en el plazo máximo de dos meses desde la firma del contrato privado de compraventa y simultáneamente al otorgamiento de la escritura pública.

Para el abono de esta parte del precio el acusado Casimiro solicitó, el día 15 de marzo, un préstamo hipotecario por dicha cantidad a su amigo Carlos Antonio , empleado de la Caja San Fernando, sucursal Camino de la Ronda, sita en la ciudad de Granada.

b) Tres pagarés de 60.000,00 euros cada uno, con vencimiento a uno, dos y tres años, como precio de la venta, a entregar el día del otorgamiento de la escritura pública.

c) (sic) La cantidad de 10.800,00 euros en concepto de intereses devengados al 3% por el aplazamiento del pago de 180.000,00 euros que se abona por la parte compradora en el momento de la firma del contrato privado, sirviendo el mismo contrato como "eficaz carta de pago de dicho importe", según la cláusula quinta del mismo.

En las conversaciones telefónicas acordaron que, al margen de la cantidad reflejada como precio de venta (360.000 euros, según Estipulación Segunda del contrato), el comprador debía abonar al vendedor 63.000,00 euros en metálico en el momento de la firma de dicho contrato privado; de tal manera que el precio real de venta alcanzaba la cifra de 423.000,00 euros, aparte la cantidad de 10.800,00 euros correspondiente al importe de los intereses por el precio aplazado.

3º) El acusado Luis Miguel confeccionó en soportes informáticos -sendos documentos Word denominados "contrato de compraventa" y "recibo contrato compraventa", respectivamente- tanto el contrato privado de compraventa que se acaba de relatar, como un recibo también fechado el 17 de marzo, por el importe de una de las entregas en metálico acordadas (la de 63.000 euros). Incluyó los datos personales del comprador, los datos de la entidad vendedora Sanitaria 2000 SL, los datos registrales de la finca objeto de la venta, precio de la misma, forma de pago, y demás estipulaciones dejando la identificación de la cochera al momento de la firma del contrato, que se añadiría de manera manuscrita una vez eligiera entre dos posibles el comprador y acusado Casimiro , añadido manuscrito que efectivamente se realizó.

4º) Una vez confeccionados tales documentos, el acusado Luis Miguel ordenó a una de sus secretarías Yolanda , que los imprimiera rápidamente porque el acusado Jose Ignacio los recogería de la oficina denominada "Maras" donde ella se encontraba -sita en el número 65 de la calle Ricardo Soriano de Marbella- lo que efectivamente realizó este antes de finalizar el horario de trabajo matinal de la secretaria.

5º) Entre las 14:30 horas y las 15:00 horas del mismo día 17 de marzo y una vez que se marcharon los empleados de la oficina de Maras, el acusado Luis Miguel , en su despacho de Maras, entregó al acusado Casimiro 73.800 euros, justo el dinero necesario para la firma del contrato de compraventa, aceptándolo este justo al día siguiente de haber admitido la querrela presentada por aquél en su Juzgado y haber estimado su petición de suspensión cautelar de la emisión del programa televisivo.

En concreto, el acusado Luis Miguel entregó al acusado aforado dos cantidades diferenciadas que introdujo en sendos sobres: 63.000,00 euros en metálico, para identificar lo correspondiente al pago de parte del precio; y otros 10.800,00 euros, también en metálico, para identificar lo correspondiente al pago de los intereses por aplazamiento de parte del precio, de los cuales daba carta de pago la Estipulación Quinta del contrato de compraventa privado.

Al objeto de contabilizar la entrega de las cantidades, poco tiempo después y como era habitual, el acusado Luis Miguel , ordenó a Jaime -quien llevaba su contabilidad personal- que realizara en las Hojas de Contabilidad de Maras Asesores, correspondientes al mes de marzo de 2006, dos anotaciones contables de fecha 17 de marzo por tales cantidades (63.000 euros y 10.800 euros) extraídas de la denominada Caja General -correspondiente a un fondo cuya disposición correspondía exclusivamente al referido acusado -para su trasvase a la cuenta denominada "Caja Ayuntamiento Cuenta núm. 1" que reflejaba las salidas, y en cuya Hoja de Contabilidad aparecen otra vez las dos cantidades anotadas, con fecha 17 de marzo con la indicación "sobre" y como empresa "Ayuntamiento" con la abreviatura "Ayto".

El acusado Luis Miguel utilizaba la denominación "Ayuntamiento", dentro de la casilla de "Empresa" que contenían sus Hojas de Contabilidad, para contabilizar las cantidades de dinero que entregaba a otras personas, prestaran o no servicios en el ayuntamiento a diferencia de la anotación de "Particular" que se referían a gastos personales.

6º) A primera hora de la tarde de ese día 17 de marzo, el acusado Casimiro se desplazó a la casa del vendedor; y allí en presencia de Clemente , ambos firmaron el contrato de compraventa privado, entregando el acusado aforado la cantidad en efectivo que acababa de recibir (73.800,00 euros) y firmando el vendedor del inmueble Ángel Jesús sendos recibos por importe, respectivamente, de 63.000,00 euros y 10.800,00 euros por los conceptos anteriormente descritos.

7º) Como el acusado Luis Miguel fue detenido el día 29 de marzo de 2006 -en el marco de la investigación que se realizaba en las Diligencias Previas núm. 4.796/2005, seguidas ante el Juzgado de Instrucción núm. 5 de Marbella- el Magistrado acusado solicitó a su amigo empleado de banca la ampliación del préstamo hipotecario hasta el importe total del precio de venta que figuraría en la escritura de compraventa -esto es, 360.000,00 euros- y pidió a Ángel Jesús cambiar la forma de pago estipulada en el contrato privado de compraventa. Con esta nueva forma de pago se extendió Escritura Pública notarial el día 7 de abril de 2006, momento en el que el acusado Casimiro paga el total del precio consignado en la escritura con un cheque bancario extendido por la caja San Fernando, en favor de Sanitaria 2000 SL , al tiempo que suscribe el préstamo hipotecario. Circunstancia esta que determinó que el vendedor Ángel Jesús devolviera al acusado Casimiro la cantidad de 10.800 euros que había recibido el día de la firma del contrato privado como importe de los intereses por el aplazamiento de parte del precio de venta.

SEGUNDO.- En ejecución de lo convenido entre el acusado aforado y Luis Miguel a partir del día 14 de marzo tuvieron lugar las siguientes diligencias judiciales en el Juzgado de Instrucción núm. 2 de Marbella del que era titular el acusado Casimiro :

1º.- El día 14 de marzo, cuando se encontraba en servicio de guardia judicial el acusado aforado, la Procuradora de los Tribunales Doña Irene Molinero Romero, en nombre y representación de Luis Miguel , presentó escrito de denuncia dirigido "Al Juzgado de Instrucción de Guardia" -fecha el mismo día 14 de marzo y firmado por su representado Luis Miguel - contra Don Eloy titular y propietario de la emisora de Televisión "Telemar" por proyectar desde el día 10 del mismo mes, y de manera ininterrumpida hasta el momento del redactarse la denuncia, un programa de televisión conteniendo datos personales y familiares del denunciante, obtenidos de asuntos judiciales.

Según la denuncia tales hechos podrían ser constitutivos de delitos contra la intimidad y contra el derecho a la propia imagen - previstos en el art. 197 del C. penal - y en el párrafo anterior al Suplico de la misma anunciaba que "Dado que las emisiones de TV que hace el denunciado contiene conceptos y manifestaciones claramente calumniosas y/o injuriosas, el aquí denunciante, formulará la preceptiva querrela personándose en las actuaciones para ejercitar las acciones que le corresponden". Terminaba el escrito de denuncia solicitando, de conformidad con los artículos 13 y 544 bis de la L.E.Crim ., y concordantes: "Se acuerde la inmediata suspensión de las emisiones en que se cometen los hechos y, la ocupación de los soportes mecánicos o magnéticos en que se encuentra la grabación...".

2º.- En la mañana del día siguiente, 15 de marzo de 2006, el Magistrado acusado redactó y firmó un Auto de incoación de Diligencias Previas -registradas con el número 1167/06 - por un posible delito de injurias. Acuerda, además, recibir declaración al denunciante y al denunciado, recabar su hoja histórico penal y literalmente: "la inmediata suspensión de la redifusión del programa "Misión imposible: Operación JAR" requiriendo al denunciado para la aportación al Juzgado, en el término de una audiencia de los soportes mecánicos o magnéticos en los que se encuentra la grabación, y para que se abstenga de emitir dicho reportaje, bajo apercibimiento de cierre y precinto de las instalaciones de la referida emisora. Este Auto se notifica esa misma mañana a la Procuradora del Acusado Luis Miguel y al denunciado, con citación para toma de declaración el día 28 de marzo y el 4 de abril respectivamente.

3º.- *Tras realizar una rueda de prensa para informar a los medios de comunicación de la suspensión judicial de la emisión del programa, el denunciado Eloy y su abogado se entrevistaron con el magistrado acusado, para exponerle que la ley exigía la forma de "querella" para poder iniciar un procedimiento penal por injurias, además de una certificación de haber celebrado el acto de conciliación o de haberlo intentado sin efecto. Como consecuencia de esta entrevista, esa misma mañana, el acusado aforado redacta y firma un segundo Auto de fecha 15 de marzo de 2006 por el cual anula el primero y decreta el archivo de las actuaciones. Motiva esta decisión de la siguiente manera: "Este instructor ha padecido un evidente error en el auto de fecha de hoy, de incoación de las presentes, pues el denunciante ha incumplido lo establecido en el art. 804 en relación con el art. 278 de la LECrim ., en cuanto a la forma de iniciación del procedimiento de injurias y calumnias proferidas contra particulares, ya que se presentó denuncia en vez de querella y no aportó certificación de haber intentado sin efecto el preceptivo acto de conciliación". En la "Parte Dispositiva" de este segundo Auto acuerda, literalmente lo siguiente: "la nulidad del auto de incoación de las presentes de fecha de hoy, inadmitiendo a trámite la denuncia presentada por Doña Irene Molinero Romero, en nombre y representación de Luis Miguel y decretando el archivo de las actuaciones. Notifíquese esta resolución a las partes, haciéndoles saber que contra la misma podrán interponer, ante este Juzgado, recurso de reforma en el plazo de tres días y subsidiariamente con el anterior o por separado, recurso de apelación en el plazo de cinco días. Así lo acuerda, manda y firma Don Casimiro , Magistrado Juez del Juzgado de Instrucción núm. NUM002 de DIRECCION000 "*

Este segundo auto se dictó sin practicar diligencia probatoria alguna y tras el acta de comparecencia por la cual el denunciado designaba Procuradora y abogado que le representaran en la causa penal. Aproximadamente al medio día se notifica a Eloy , quien reanuda la emisión televisiva del programa de manera ininterrumpida. La notificación del auto a la Procuradora del acusado Luis Miguel consta que se realizó al día siguiente 16 de marzo.

4º.- *Ante la reanudación del programa televisivo a las 14.50:40 horas de ese mismo día 15 de marzo de 2006, el acusado Jose Ignacio , amigo común de los otros dos acusados, llamó la teléfono 600 00 24 30, usado por Luis Miguel -cuya interceptación estaba autorizada por Auto judicial de fecha 24 de febrero de 2006, dictado en Diligencias Previas núm. 4796/2005 , seguidas ante el Juzgado de Instrucción núm. 5 de Marbella- y, de manera simultánea, le repite la información que le proporcionaba el acusado Casimiro , quien se hallaba junto al mismo Jose Ignacio ; explicándole que el programa se emitía de nuevo porque su abogado presentó denuncia y no querella, obligatoria tratándose de calumnias, y que era necesario aportar papeleta de conciliación. La conversación concluyó con el acuerdo entre el acusado aforado y Luis Miguel de que la querella se presentaría al día siguiente y que el programa no se emitiría.*

5º.- *En la mañana del día 16 de marzo de 2006, en ejecución de lo acordado telefónicamente la tarde anterior, la Procuradora de los Tribunales Doña Irene Molinero Romero, en nombre y representación de Luis Miguel , presentó en el "Registro General de Entrada" -sito en el Decanato de los Juzgados de Marbella- escrito con forma de querella contra Eloy , titular y propietario de la emisora de Televisión "Telemar" por los delitos de injurias graves hechas con publicidad, delito de calumnia hecha con publicidad y delito de descubrimiento y revelación de secretos con vulneración de la intimidad.*

El escrito de querella estaba dirigido, literalmente "Al juzgado de Instrucción núm. 21 de Marbella" y "para su unión a las Diligencias Previas núm. 1167/2006 , que instruye por los mismos hechos". Tiene fecha de ese mismo día 16 y está firmado por el propio acusado Luis Miguel .

Dicho escrito se acompañaba de copias de los dos siguientes escritos: a) copia de Poder General para pleitos otorgado, a favor de la mencionada Procuradora de Tribunales, y b) copia de un escrito encabezado con las palabras "PAPELETA DE ACTO DE CONCILIACIÓN" dirigido al "Juzgado de Primera Instancia que por turno de reparto corresponda de los de Marbella" solicitando señalamiento de día y hora para celebrar acto de conciliación con Eloy . Este escrito consta presentado ese mismo día 16 de marzo en "Registro General de Entrada" del Decanato de los Juzgados de Marbella.

6º.- *Con la copia del escrito de querella -sellada su presentación por el Decanato- el Magistrado acusado Casimiro , redactó y firmó en la mañana de ese mismo día 16 de marzo de 2006 un tercer Auto. En esta tercera resolución copia literalmente los tres razonamientos jurídicos y la parte dispositiva del primer Auto de 15 de marzo anulado; ordenando nuevamente, la incoación de las Diligencias Previas núm. 1167/2006 , y la inmediata suspensión de la redifusión del programa "Misión Imposible: Operación JAR", con los mismos requerimientos del primer auto.*

El Magistrado acusado dictó este tercer Auto de fecha 16 de marzo sabiendo que el Decanato aún no le había adjudicado el conocimiento del escrito de querella; conociendo que el día anterior había decretado el archivo de las Diligencias Previas núm. 1167/2006 -sin que constara recurso alguno contra tal decisión- y

sabiendo que la copia de la querrela no venía acompañada de la certificación de haber intentado sin efecto el preceptivo acto de conciliación- requisito este que expresamente había exigido en el Auto anterior- y así lo hizo para favorecer los intereses de Luis Miguel y obtener dinero para la compra de la vivienda en la que estaba interesado. El programa de televisión dejó de emitirse ese mismo día 16 de marzo.

El día 20 de marzo la representación procesal del querrellado Eloy , interpuso recurso de reforma y subsidiario de apelación contra dicho Auto que no llegó a resolverse. Finalmente el día 31 del mismo mes, el querrellado comparece en el Juzgado y, tras manifestar que Luis Miguel había sido detenido en Diligencias Previas núm. 4796/05 seguidas en el Juzgado de Instrucción núm. 5 de Marbella, solicita el sobreseimiento de la causa y que se levante la medida cautelar adoptada por Auto de fecha 6 de marzo , al objeto de poder difundir de nuevo el programa en cuestión. El Magistrado acusado dicta ese mismo día auto de fecha 31 de marzo de 2006 dejando sin efecto la suspensión de la emisión, la tiempo que acuerda el sobreseimiento provisional y el archivo de las diligencias; y justifica su decisión en la detención del querellante Luis Miguel por los hechos que eran objeto de denuncia en el programa televisivo suspendido judicialmente.

TERCERO.- El acusado Jose Ignacio tenía una íntima amistad con los otros dos acusados, a quienes había presentado a finales del año 2005, en el local que aquél regentaba y en el coincidieron varias veces. Más allá de presentar en su día a los otros acusados y hacer los recados que estos le pedían, intermediando entre ellos de la manera descrita anteriormente, no consta acreditado que el acusado Jose Ignacio realizar alguna acción sin la cual el acusado aforado no hubiera podido solicitar dinero al acusado Luis Miguel para la compra de la vivienda a cambio de la resolución judicial que ordenó el cese de la emisión del programa de televisión. Tampoco consta acreditado que realizara una acción sin la cual el acusado Luis Miguel no hubiera podido entregar el dinero al acusado aforado a cambio de la suspensión cautelar de la emisión del programa televisivo".

2.- El Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla, dictó el siguiente pronunciamiento:

" **FALLO** : Que debemos absolver y absolvemos a los acusados Casimiro , Luis Miguel y Jose Ignacio por el delito de asesoramiento accidental o negociación prohibida a funcionario público del que venían siendo acusados. Declarando de oficio una cuarta parte del total de las costas procesales causadas.

Que debemos absolver y absolvemos al acusado Jose Ignacio de los delitos de cohecho de los que venía siendo acusado.

Que debemos condenar y condenamos al acusado Casimiro :

a) Como autor criminalmente responsable, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de responsabilidad criminal, de un delito de **prevaricación** judicial, a la pena de multa de doce meses, con una cuota diaria de cien euros (100 euros), con responsabilidad personal y subsidiaria de un día de arresto por cada dos cuotas insatisfechas; e inhabilitación especial para empleo o cargo público que implique el desempeño de funciones judiciales, por tiempo de diez años.

b) Como autor criminalmente responsable sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal de un delito de cohecho, ya definido, a la pena de dos años de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de dicha condena; multa en cuantía de 73.800 euros, con la responsabilidad personal y subsidiaria de un mes caso de impago; y siete años de inhabilitación especial para empleo o cargo público que implique el desempeño de funciones judiciales. Así como al abono de las dos cuartas partes del total de las costas procesales.

Igualmente debemos condenar y condenamos al acusado Luis Miguel , como autor criminalmente responsable, sin la concurrencia de circunstancias modificativas, de un delito de cohecho ya definido, a la pena de un año de prisión con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de dicha condena; multa en cuantía de 73.800 euros con la responsabilidad, personal y subsidiaria de un mes. Así como al abono de una cuarta parte del total de las costas procesales causadas.

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

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

3.- Notificada la anterior sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por quebrantamiento de forma e infracción de ley y de precepto constitucional por **los acusados Casimiro , Luis Miguel** , que

se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

4.- El recurso interpuesto por la representación **del acusado** Casimiro , se basó en los siguientes **MOTIVOS DE CASACION** : **Primero** .- Al amparo del *art. 852 de la LECr* vulneración del *art. 24.2 y 125 de la CE* por infracción del derecho al juez predeterminado por la ley. **Segundo** .- Por la vía del *art. 5.4 de la LOPJ*, y *852 LECr* denuncia infracción *art. 746 LECr*. **Tercero** .- Al amparo del *art. 852 LECr* vulneración del *principio acusatorio*. **Cuarto** .- Al amparo del *art. 852 LECr* infracción del *art. 24.2 CE* con infracción de los derechos fundamentales a la defensa y a un proceso con todas las garantías por el acuerdo del Sr. Luis Miguel con la Fiscalía. **Quinto** .- Al amparo del *art. 852 de la LECr* vulneración del *art. 24.1 CE* por haberse infringido el derecho a la tutela judicial efectiva, por la irracional y arbitraria motivación de la sentencia. **Sexto** .- Quebrantamiento de forma al amparo del *art. 851.1 LECr*, por *contradicción en los hechos probados*. **Séptimo** .- Al amparo del *art. 852 LECr* vulneración del *art. 24.2 CE* , transgresión del derecho a un proceso con todas las garantías por la ausencia de garantía legal en la conversación e incorporación a autos de las conversaciones telefónicas intervenidas. **Octavo** .- Al amparo del *art. 849.2 LECr* vulneración del *art. 24.2 CE*. **Noveno** .- Al amparo del *art. 849.2 de la LECr*, *error de hecho en la apreciación de la prueba*. **Décimo** .- Al amparo del *art. 849.1 LECr* infracción del *art. 419 CP*. **Undécimo** .- Infracción de *ley del nº 1 del art. 849 LECr* infracción del *art. 446 del CP* . **Duodécimo** .- Al amparo del *art. 852 LECr* en relación con el *art. 24 y 120.3 CE* por infracción del *art. 50.5 CP* .

5.- El recurso interpuesto por la representación **del acusado** Luis Miguel , se basó en el siguiente **MOTIVO DE CASACION** : **Único** .- Al amparo del *art. 5.4 LOPJ* vulneración del *art. 24.1 y 2 de la CE* en relación con el *art. 18.3 de la CE* y *11.1 de la LOPJ*.

6.- Instruidas las partes de los recursos interpuestos, la sala los admitió a trámite y quedaron conclusos los autos para señalamiento de vista pública cuando por turno correspondiera.

7.- Hecho el correspondiente señalamiento se celebró la vista el día 11 de marzo del año 2009, con la asistencia de los letrados recurrentes: D. Nicolás González-Cuellar Serrano por D. Casimiro y D. José Anibal Álvarez García por D. Luis Miguel que informaron sobre el recurso; y del Ministerio Fiscal que se ratificó en el informe y solicitó la desestimación del recurso.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- La sentencia recurrida, dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla, con fecha 7 de agosto de 2008, condenó a **Casimiro** por unos hechos realizados en el ejercicio abusivo de sus funciones de magistrado titular del Juzgado de Instrucción nº NUM002 de DIRECCION000 (Málaga) por un delito de **prevaricación judicial** del *art. 446.3 CP* , por el que le sancionó con 12 meses de multa con cuota diaria de 100 euros e inhabilitación especial por 10 años; y también por un delito de **cohecho** del *art. 419* a la pena de 2 años de prisión y otra de inhabilitación especial por 7 años.

Asimismo condenó a Luis Miguel como autor de un delito de **cohecho** del *art. 423.2* en relación con el mencionado 419, imponiéndole prisión por 1 año.

Dicen en síntesis los hechos probados de la sentencia recurrida que ambos acusados se pusieron de acuerdo para que el magistrado impidiera la emisión de un programa de televisión titulado "Misión Imposible: Operación JAR", alusivo a ciertas actividades del referido Luis Miguel que estaban siendo investigadas entonces por el Juzgado Central de Instrucción nº 6 de la Audiencia Nacional, a cambio de que le entregara una cantidad de dinero con la que aquel iba a pagar una primera entrega para la adquisición de una vivienda, **73.800 euros** , suma de una primera parte del precio (63.000 # en metálico) y los intereses de la parte que iba a aplazarse (10.800 #).

La sentencia recurrida, además, absolvió a un ciudadano francés, Jose Ignacio , respecto del cual, pese a haber mediado él entre Casimiro y Luis Miguel por su amistad con los dos, no quedó probado que hubiera tenido conocimiento de la actividad delictiva que acabamos de narrar.

Ahora tales dos condenados recurren en casación por uno y doce motivos respectivamente (Luis Miguel y Casimiro).

Recurso de Luis Miguel .

SEGUNDO .- Como acabamos de decir aparece fundado en un solo motivo, acogido al *art. 5.4 LOPJ* , en el que se denuncia infracción de precepto constitucional, concretamente de los *arts. 18.3 y 24 CE* en

cuanto que garantizan el derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas y a un proceso con todas las garantías, en relación con el *art. 11.1 de la citada LOPJ* .

Se dice que la confesión autoinculpatoria realizada por Luis Miguel en el juicio oral ha de considerarse nula, pues los datos que sirvieron de base al interrogatorio en tal acto procedían de una intervención telefónica que ha de reputarse asimismo nula.

Nos referimos aquí también al motivo 7º del recurso de Casimiro que versa sobre el mismo tema de las intervenciones telefónicas.

Examinamos a continuación cada una de las cuestiones planteadas:

A) **1** . Como casi siempre hemos de comenzar por el tema de la motivación del auto que dio lugar a la intervención del teléfono móvil 600.00.24.30 , de la titularidad del ayuntamiento de Marbella y que utilizaba Luis Miguel en cuanto que, aun sin ser funcionario, tenía una actuación importante en materia del urbanismo que tal entidad local gestionaba. Véanse en el tomo II de la pieza separada que comienza con un testimonio de las actuaciones practicadas por el Juzgado de Instrucción nº 5 de Marbella (folios 336 y ss.), que conocía del procedimiento origen del presente, en el que aparece, entre otros extremos, un informe del Ministerio Fiscal, emitido como consecuencia de la declaración del funcionario de carrera de tal ayuntamiento, Esteban , jefe del Servicio Jurídico de Urbanismo, que fue postergado en sus funciones en beneficio de Luis Miguel (folios 340 a 347), siendo este último quien de hecho asumió el control de lo relativo a las licencias municipales en esta materia.

2 . Como viene diciendo reiteradamente esta sala, y también el Tribunal Constitucional, para que sea legítima una autorización judicial para la intervención de un teléfono -también para cualquier otra que constituya una limitación de un derecho fundamental (registro domiciliario, detención de correspondencia, registros corporales, etc.)-, es necesario que aparezcan expresados en la petición policial correspondiente o en las actuaciones (judiciales o policiales) practicadas con anterioridad **unos hechos concretos fundados en datos objetivos de los que pudiera inferirse razonablemente la realidad del delito de que se trate y la participación en el mismo de la persona a la que se está investigando**. Tiene que haber, al menos, una actuación policial previa que haya revelado algunas circunstancias de hecho que pudieran fundar la sospecha o indicios de que efectivamente se está cometiendo un delito importante en el cual alguna intervención tiene la persona cuya conversación telefónica se necesita conocer. No es necesario manifestar en el oficio de solicitud de la medida qué actuaciones concretas fueron éstas, aunque con frecuencia sea su expresión lo que mejor permite valorar la suficiencia de esos datos. Basta con que tal oficio exprese esos datos concretos, esas relaciones del investigado con otras personas asimismo sospechosas, esos contactos con lugares donde, por ejemplo, se trafica con drogas, viajes a sitios donde a la droga se produce o se adquiere con facilidad, etc.

Lo mismo que ocurre con la prueba de indicios, ordinariamente será necesaria una pluralidad de datos de esta clase para que el juez pueda tener conocimiento suficiente en que fundar la medida de intervención telefónica. A veces, por su relevante significado, o por la inmediatez de la operación concreta que se espera abortar, puede bastar la aportación de uno solo de estos datos.

En todo caso, y esto es lo que aquí nos interesa resaltar, ha de existir una concreción en las afirmaciones policiales sobre lo ocurrido. En modo alguno puede ser suficiente el uso de expresiones genéricas, de validez para casos diferentes.

Para que el juez pueda ordenar las escuchas telefónicas es necesario "que existan indicios de responsabilidad criminal", así como indicios de que de esas comunicaciones se sirve, para su actuación delictiva, la persona que utiliza el teléfono correspondiente, como exige el *art. 579.3 LECr* .

Según su específica utilidad procesal, es decir, según para qué se necesitan en el desarrollo del procedimiento, la palabra indicios, que significa siempre la existencia de datos concretos reveladores de un hecho importante para las actuaciones judiciales, exige una mayor o menor intensidad en cuanto a su acreditación según la finalidad procesal con que se pretenden usar.

La máxima intensidad ha de existir cuando esos indicios sirven como medio de prueba de cargo (prueba de indicios). En estos casos han de estar realmente acreditados y han de tener tal fuerza probatoria que, partiendo de ellos, pueda afirmarse, sin duda razonable alguna, la concurrencia del hecho debatido (*art. 386 LEC*).

En otras ocasiones, sin que haya una verdadera prueba, han de constar en las actuaciones procesales algunas diligencias a partir de las cuales pueda decirse que hay probabilidad de delito y de que una determinada persona es responsable del mismo. Así nuestra LECr exige indicios para procesar (*art. 384*) o

para acordar la prisión provisional (*art. 503*) o medidas de aseguramiento para las posibles responsabilidades pecuniarias (*art. 589*).

Por último, hay casos en los que ni siquiera es necesario que se haya practicado diligencia judicial alguna como acreditación de hechos concretos. Bastan al respecto actuaciones reveladoras de determinados hechos a partir de los cuales pueda realizarse la afirmación de una probabilidad con ese mismo doble contenido: existencia del delito y participación en el mismo de una persona concreta. En estos casos los indicios solo sirven como base donde apoyar unas sospechas policiales al respecto, que se comunican al juez para que este ordene una medida de investigación, la intervención de algún medio de comunicación (postal, telegráfica, telefónica, etc.), un registro corporal, un registro domiciliario, etc. Por lo que respecta al procedimiento judicial es frecuente que este se inicie con la petición policial de autorización judicial. Si es así, no hay que aportar al procedimiento los medios de investigación utilizados por la policía para llegar a conocer los datos concretos reveladores de ese delito y de esa participación. Basta simplemente con que se comuniquen al juzgado con la debida concreción.

3 . En el caso presente los trámites que nos interesan se hallan en el tomo III de la pieza separada a los folios 599 y ss.

En el curso de unas complejas actuaciones del Juzgado de Instrucción nº 5 de Marbella la policía dirigió un oficio (folios 599 a 601) a dicho juzgado para que se le autorizara a cubrir con medios técnicos de grabación visual y sonora una entrevista que iban a mantener Eusebio , cuyo teléfono se hallaba intervenido, con Luis Miguel . Al parecer Eusebio había proporcionado al ayuntamiento dinero y vehículos para unas gestiones que no se habían realizado, por lo que quería negociar con Luis Miguel sobre este punto en el hotel Villamagna, habiendo concertado una cita al respecto que es la que se quería grabar. Accediendo a esta petición, dicho juzgado dictó el auto de 25 de enero de 2006 (folios 602 a 604).

En el mismo oficio se solicitaba la intervención del mencionado teléfono móvil 600.00.24.30, que usaba Luis Miguel , personaje principal en esas actuaciones del Juzgado de Instrucción nº 5 de Marbella, relativas a diferentes delitos sobre corrupción en tal ayuntamiento. Al respecto se dictó el auto de 26.1.2006 (folios 606 a 609) por el que se accedió a tal solicitud, que es la resolución que aquí nos interesa.

Tras dos razonamientos jurídicos sobre el derecho aplicable en la materia con cita de diferentes sentencias de esta sala y del Tribunal Constitucional, este auto dedica su fundamento de derecho 3º a exponer los indicios en que se funda para justificar tal medida de intervención telefónica. Nos dice que Luis Miguel está imputado en varios procedimientos judiciales por malversación, cohecho y otros delitos, por lo que se remite a los razonamientos que fundamentaron la intervención de otros teléfonos de este señor, a quien califica como el principal investigado en esta causa. Basta decir aquí que se citan varios autos al respecto, los de 18 de noviembre, 9, 12 y 16 de diciembre de 2005 y 4 y 13 de enero de 2006. En el de 18 de noviembre (f. 355 a 359), el primero de los referidos a Luis Miguel , se habla de varios procedimientos seguidos contra él, en particular el conocido con el nombre de Saqueo seguido en la Audiencia Nacional, siendo notorio que en su día fue detenido e ingresado en prisión. Se habla de que Luis Miguel ya aparecía imputado en el propio juzgado nº 5, en concreto como redactor de las sucesivas reformas de plenos de urbanismo que nunca llegaron a entrar en vigor, pese a lo cual dieron lugar a multitud de licencias de obras anuladas después por la justicia, con imputaciones también para la práctica totalidad de los miembros del entonces equipo de gobierno del ayuntamiento.

Asimismo en dicho auto de 18 de noviembre se dicen los delitos imputados a Luis Miguel : cohecho, **prevaricación**, malversación, tráfico de influencias, ordenación del territorio y otros que por su gravedad o importancia social permiten cumplir sobradamente las exigencias de proporcionalidad de la medida de intervención telefónica que se autorizaba.

El último de tales autos citado en ese otro de 26.1.2006, es el de 13 del mismo mes y año (folios 531 a 534) dictado para la intervención telefónica del aparato de Movistar nº NUM005 de que era titular Eusebio , a quien seguía la policía desde fechas atrás, desde que hablara con Victoriano (con teléfono también intervenido) -folios 484, 511 a 514, 521 y ss. y 527, todos del tomo II de la pieza separada-.

Fue precisamente en una conversación telefónica con dicho Eusebio cuando se conoció el citado nº 600.00.24.30 al que ahora nos estamos refiriendo, y cuya intervención, debidamente fundada en datos objetivos, conocidos por las propias actuaciones del mismo juzgado nº 5, sirvió de justificación a la medida de escucha controlada de este último aparato, en la que se detectó la importante conversación del 15.3.2006 entre Luis Miguel y Jose Ignacio (el otro acusado al que se absolvió), en la cual Casimiro hablaba en segundo plano indicando a Jose Ignacio lo que tenía que ir diciendo a Luis Miguel sobre la necesidad de

presentar querrela para su juzgado, y no una simple denuncia, a la que habría de adjuntarse la correspondiente certificación de acto de conciliación, como ya se ha dicho.

B) En la página 20 del escrito de recurso se impugna la medida de intervención de este teléfono 600.00.24.30, por haber omitido qué delito en concreto se quería investigar, tema ya respondido antes al hablar de la remisión que hizo el auto de 26.1.2006 al anterior de 18.11.2005 , entre otros.

C) Se queja también el recurrente en esa página 20 de que el auto no concretaba la periodicidad con que la policía habría de dar cuenta al juzgado del resultado de su investigación. Es usual que tal extremo se concrete en esta clase de resoluciones judiciales y probablemente así lo hubiera hecho el mismo juzgado en alguna otra de las muchas resoluciones dictadas en el mismo procedimiento, con lo cual la policía ya conocería sus deberes en ese punto. En todo caso, como bien dice la sentencia recurrida -pág. 23-, no existe norma alguna que exija tales menciones en esta clase de resoluciones judiciales. Por otro lado, al haberse señalado el plazo de un mes para esta medida, es claro que sí, como es habitual y aquí también ocurrió, ha de prorrogarse la intervención, antes del transcurso de ese mes tendría que haberse dado cuenta del resultado de tal medida, como venía haciendo la policía en el presente caso.

D) Se denuncia también aquí que, cuando se produjo el conocimiento de esa conversación del 15.3.2006 en la cual Casimiro iba transmitiendo a Jose Ignacio desde un segundo plano lo que este tenía que decir a su interlocutor Luis Miguel , se infringió la doctrina de esta sala sobre los llamados **hallazgos casuales** , que manda poner el hecho nuevo inmediatamente en conocimiento del juzgado para que este pueda adoptar la resolución correspondiente, posiblemente la incoación de otro procedimiento penal diferente.

En realidad no sabemos los trámites que siguieron al momento en que la policía tuvo conocimiento (o pudo tenerlo) de esa conversación de 15.3.06. En el tomo II de la pieza separada (folios 336 a 339) aparece un auto del referido juzgado nº 5 por el que se acuerda desglosar todo lo relativo a los hechos objeto de este procedimiento para remitir exposición razonada a la sala correspondiente del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla ante la cualidad de magistrado de Clemente . Pero ignoramos la tramitación anterior al respecto.

En este recurso de casación no podemos resolver este problema al no haberse planteado antes en la instancia. Recordamos aquí algo que con frecuencia nos vemos obligados a decir: por el carácter devolutivo de esta clase de recursos, esta sala del Tribunal Supremo tiene que resolver respecto de lo antes ya resuelto en otro tribunal inferior, lo que requiere que ante el órgano judicial de procedencia ("a quo") se hayan planteado antes cuantas cuestiones tengan que decidirse en esta alzada, salvo que el tema derive directamente de la propia sentencia recurrida. Nace así nuestra doctrina sobre las llamadas **cuestiones nuevas** . Hay que dar oportunidad a la sala de instancia para que se pronuncie sobre el problema correspondiente, que ha de introducir en el debate alguna de las partes para que, tras las alegaciones y pruebas oportunas, pueda resolver la Audiencia Provincial o el órgano judicial competente. Esto como requisito para luego plantear el mismo tema en casación.

Y esto no se ha cumplido en el caso presente.

Esta cuestión (la del hallazgo casual), que ha de calificarse como propiamente jurídica, no fue propuesta por ninguna de las partes para el trámite del juicio oral; nada aparece ni en las calificaciones provisionales (folios 1851 y ss., 2010 y ss., 2018 y ss. y 2022 y ss.) ni en las definitivas (folio 2962) ni en las cuestiones preliminares a plantear en los procedimientos abreviados (*art. 786.2 LECr* que se refiere al llamado "turno de intervenciones"), razón por la cual la sentencia recurrida, muy minuciosa en cuanto a la resolución de los temas propuestos, nada pudo decir sobre este extremo. Cierto que lo relativo a la nulidad de las intervenciones telefónicas fue propuesto en la instancia, pero en relación a otros extremos que son los que estamos aquí examinando. Sobre todos ellos razonó la resolución del TSJ de Andalucía sin expresar nada sobre esto del hallazgo casual.

Terminamos este apartado diciendo que, caso de que se hubiera propuesto en la instancia esta cuestión propiamente jurídica, y nada hubiera resuelto la resolución ahora recurrida, las partes podrían haber alegado un motivo de casación por incongruencia negativa u omisiva en base al *nº 3º del art. 851 LECr* , cosa que no ha ocurrido.

E) Asimismo se queja el recurrente en la página 20 de su escrito de que el auto de 26.1.2006 no determinó los plazos en que la policía tenía que haber entregado al juzgado los soportes magnetofónicos de audio o los soportes de CD, así como tampoco con qué antelación se debía solicitar la prórroga de la intervención telefónica autorizada. Nos remitimos a lo dicho en el anterior apartado C): no existe norma alguna que exija estas concreciones en esta clase de resoluciones judiciales.

F) En la página 21 del escrito de recurso de la defensa de Luis Miguel se alega falta de control judicial respecto de la medida de intervención telefónica que estamos examinando, y ello en base a que en la parte dispositiva de tal auto de 26.1.2008 (folio 609 de la pieza separada -tomo III-) se dice: "*En su momento se acordará sobre la dación de fe del secretario y sobre la audición por las partes interesadas*".

Se impugna este apartado porque "hace patente la vulneración del preceptivo control judicial, pues en dicha resolución debería haberse señalado cada cuánto tiempo se deberían remitir las grabaciones al juzgado, bien quincenalmente o mensualmente".

Es cierto, como dice aquí el recurrente, que el órgano judicial ha de tener un control de la actuación policial respecto de estas intervenciones y que ha de darse cuenta al juzgado del desarrollo de tal actuación mediante la entrega de las cintas grabadas o de los extractos correspondientes como justificación de que persiste la necesidad de la media acordada, entre otros extremos. Y tal control judicial forma parte de la intervención preceptiva del órgano jurisdiccional en estos casos en que se ordena una intervención telefónica, de modo que su falta puede determinar vulneración del derecho fundamental relativo al secreto de las comunicaciones del *art. 18.3 CE* .

Pero nada tiene que ver con este control judicial integrado en ese derecho del *art. 18.3 CE* ni la dación de fe por parte del secretario (creemos que se refiere a la dación de fe de la coincidencia de las transcripciones mecanográficas con lo grabado en las cintas) ni su audición por las partes dentro del proceso. Todo esto, como reiteradamente ha dicho el Tribunal Constitucional y también esta sala, tiene relación no con ese derecho fundamental del *art. 18.3 CE* , sino con la posible eficacia como medio de prueba, caso de que se utilice como tal para el juicio oral.

G) En esa misma página 21 literalmente se habla de la "falta de motivación de las resoluciones judiciales que acuerdan la prórroga de las comunicaciones. Autos estereotipados".

Esta impugnación no se desarrolla después, de modo que no sabemos siquiera cuáles son esas resoluciones judiciales, por lo que solo podemos decir aquí que en pocas ocasiones nos encontramos con actuaciones más meticulosas y detalladas como las que en este procedimiento ha llevado a cabo el Juzgado de Instrucción nº 5 de Marbella en relación con las medidas relativas a intervenciones telefónicas, como queda de relieve con lo que venimos diciendo hasta ahora.

H) En cuanto a cómo quedó determinado el nº de teléfono 600.00.24.30 como utilizado por Luis Miguel , ya hemos dicho antes que la conversación mantenida por este señor con Eusebio , usuario de otro teléfono antes intervenido, sirvió para conocer que Luis Miguel utilizaba este teléfono (folio 599 de la pieza separada, con el que se inicia el tomo III). Véase también el apartado A).3 de este mismo fundamento de derecho.

I) Asimismo se denuncia en este motivo único del recurso formulado por la defensa de Luis Miguel que existe una discordancia en los horarios entre la relación de conversaciones telefónicas intervenidas, remitida por el Ministerio del Interior, y lo que consta en el CD enviado al tribunal de instancia por el juzgado de Marbella. Tal discordancia horaria, a juicio del recurrente, se resume en el cuadro que aparece en la página 30 del escrito de recurso.

Entendemos que esas posibles discordancias son irrelevantes para el tema que nos ocupa. A una u otra hora esas conversaciones telefónicas existieron. Y en cuanto a la principal de todas, aquella que tuvo lugar el 15.3.2006, a la que se refiere como prueba de cargo la sentencia recurrida en sus páginas 52 a 54, la que se celebró a las 14 horas 50 minutos -folio 26 del tomo I de las diligencias principales-, solo hemos de decir aquí que tal conversación no se encuentra entre aquellas que se hallan recogidas en el referido cuadro de la página 30 con discordancias horarias.

J) En este motivo único del recurso de Luis Miguel hay un apartado III (págs. 26 y ss. del escrito) donde, partiendo de la nulidad de las intervenciones telefónicas, se razona sobre la eficacia que tal nulidad ha de tener sobre las pruebas que sirvieron para condenar a Luis Miguel , concretamente se habla de nulidad refleja en relación con la diligencia de entrada y registro en la sede del ayuntamiento de Marbella (pág. 32).

Sin embargo, no declarándose aquí la pretendida nulidad de la intervención del teléfono referido, el nº 600.00.24.30, no cabe aplicar el efecto reflejo ordenado por el *art. 11.1 LOPJ* como pretende el recurrente.

Pero en esa misma página 32 se dice que hubo vulneración del *art. 564 LECr* al no haberse notificado al responsable del edificio público registrado, en relación con los *números 1 y 3 del art. 547 de la misma ley* procesal.

La cuestión propuesta se rechazó por las razones que constan en las páginas 26 a 28 de la sentencia recurrida.

Ahora, en este trámite ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, solo podemos decir que, caso de que efectivamente hubiera existido esa vulneración del *art. 564 LECr* aquí denunciada, nos hallaríamos ante una mera irregularidad procesal, sin trascendencia constitucional alguna, no susceptible de impugnación por la vía de este recurso extraordinario de casación.

K) Por último nos vamos a referir aquí al motivo 7º del recurso de Casimiro , en el cual, por el cauce del *art. 852 LECr* , se alega transgresión del derecho a un proceso con todas las garantías del *art. 24.2 CE* , por la ausencia de garantía legal en la conservación e incorporación a los autos de las conversaciones telefónicas intervenidas.

Se dice que el sistema SITEL (Sistema Integrado de Interceptación de Telecomunicaciones) no ofrece las garantías que, para la conservación y control de los datos obtenidos de las conversaciones intervenidas, nos ofrece el *art. 24.2* en relación con el *art. 53.2 CE* , por lo que es nula -y de prohibida valoración- la prueba de cargo consistente en la audición de las conversaciones telefónicas mantenidas por Luis Miguel con diversas personas.

Se pretende así eliminar de conjunto de la prueba de cargo la derivada de la conversación telefónica mantenida el 15.3.2006 entre los coacusados Jose Ignacio y Luis Miguel en la que en un segundo plano intervino el otro imputado, el magistrado Casimiro , antes explicada.

Entendemos que la cuestión fue bien razonada en la sentencia recurrida, por lo que, de acuerdo con la impugnación realizada por el Ministerio Fiscal, hay que desestimar este motivo 7º del recurso del magistrado.

Lo que interesa para este proceso penal no es lo que pueda ocurrir con la conservación de las conversaciones telefónicas grabadas, esto es, si estas conversaciones quedan bajo el control del Ministerio del Interior o de la autoridad judicial. Una vez que el contenido de esas conversaciones ha quedado incorporado al proceso para que sea posible su utilización como medio de prueba, que es lo aquí ocurrido con esa conversación del 15.3.2006 ya tan repetida, lo que en realidad importa para las responsabilidades penales ahora examinadas a los efectos del derecho a un proceso con todas las garantías del *art. 24.2 CE* , es si estas garantías se respetaron en el momento de su obtención y en el de su incorporación a las actuaciones, lo que ciertamente así ocurrió como nos explica la sentencia recurrida en sus páginas 24 y 25.

En efecto, el contenido de las conversaciones telefónicas accedió con plenas garantías de autenticidad al presente proceso penal a través de una doble actuación:

1ª Por medio de la audición efectuada por el magistrado del Juzgado de Instrucción nº 5 de Marbella con fecha 27.6.2008 con referencia al CD recibido de la policía cuya coincidencia con el texto transcrito (informe 13.288/1997, unido a los folios 15 y ss. del tomo I) quedó garantizada por la diligencia realizada por la secretaria de ese juzgado. Véase el contenido de la conversación que aquí interesa, la de los folios 26 y 27 de tal tomo I.

2ª. En segundo lugar, por la diligencia de audición y cotejo realizada desde los Archivos Sonoros Informáticos o archivos sonoros matrices por la Secretaria Judicial de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia. Diligencia acordada por el Magistrado Instructor a fin de comprobar que los Archivos Sonoros Informáticos del sistema SITEL (a los que se tuvo acceso desde una terminal sita en la Jefatura Superior de Policía de Andalucía Oriental, ubicada en Granada), se corresponden y coinciden con las transcripciones de las conversaciones consideradas relevantes en la instrucción de la causa, y seleccionadas por dicho Magistrado en su Providencia de fecha 3 de septiembre de 2007.

La cuestión planteada en este motivo 7º es un tema que interesa a la Administración y al Poder Legislativo, a los efectos de determinar el sistema a seguir para conservar (o no conservar) y controlar las conversaciones telefónicas legalmente intervenidas y grabadas, que ahora quedan integradas en un solo archivo mediante el referido sistema SITEL, que ha venido a sustituir a las anteriores audiciones personales e individualizadas que realizaban los correspondientes agentes policiales.

Por eso fue la Sala de lo Contencioso-Administrativo de este Tribunal Supremo la que tuvo que pronunciarse sobre este problema en su sentencia de 5 de febrero de 2008 en respuesta a una demanda planteada por la Asociación de Internautas, citada en el propio escrito de recurso (pág. 39).

Rechazamos el motivo único del recurso de Luis Miguel y el séptimo del formulado por Casimiro .

Recurso de Casimiro .

TERCERO .- En el motivo 1º de este recurso, por el cauce del *art. 852 LECr* , se alega infracción de precepto constitucional, concretamente del *art. 24.2 CE* , en su apartado referido al derecho al juez ordinario predeterminado por la ley.

Se dice por el recurrente que debió tramitarse el procedimiento conforme a la LO 5/1995 reguladora del Tribunal del Jurado en cuanto a los delitos de cohecho, por lo dispuesto en el *apartado g) del art. 1.2 b) de la mencionada Ley Orgánica* que atribuye estos delitos al conocimiento y fallo de tal clase de tribunal, mientras que el enjuiciamiento de la **prevaricación**, al aparecer expresamente excluido del ámbito de tal procedimiento por lo dicho en el *párrafo último del art. 5.4 de la citada LO 5/1995*, tendría que haberse tramitado por separado en un proceso ante un tribunal ordinario.

El tema ya fue planteado en la instancia y resuelto correctamente en la parte 2ª del fundamento de derecho primero de la sentencia recurrida.

En efecto, el día 5 de febrero de 1999, el pleno de esta Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, a fin de unificar nuestra doctrina al respecto, adoptó un acuerdo en los términos siguientes:

"En los problemas de determinación de la competencia entre el Tribunal de Jurado y la Audiencia Provincial en aquellos casos en los que se imputa a una persona dos delitos contra las personas, uno consumado y otro intentado, con el riesgo de romper la continencia de la causa, el enjuiciamiento corresponderá a la Audiencia Provincial"

Este criterio de prevalencia de la competencia del tribunal ordinario, es decir de la Audiencia Provincial o, en su caso, del Juzgado de lo penal, en los supuestos de varios delitos no atribuidos todos al procedimiento de la Ley del Jurado, ha de aplicarse más allá de los términos literales de este acuerdo, como lo acredita la sentencia citada en la sentencia recurrida, la 982/2007 de 27 de noviembre, referida precisamente a un caso de cohecho enjuiciado junto con otro relativo a tráfico de drogas, Véanse las sentencias de esta sala 70/1999, 716/2000, 1093/2002, 119/2003 y 370/2003 que aplicaron también ese acuerdo de 5 de febrero de 1999.

El fundamento de tal acuerdo se encuentra en que precisamente el *art. 5.1 de tal Ley del Tribunal del Jurado omite el nº 5º del art. 17 LECr*, el relativo a la conexión subjetiva (varios delitos imputados a una misma persona cuando tuvieran analogía o relación entre sí), tras haber acogido antes los otros cuatro supuestos del mismo *art. 17*. Esta ley especial ha querido limitar la competencia del jurado de modo que solo pueda conocer de los delitos recogidos expresamente en su *art. 1*.

Solo nos queda añadir que en el caso presente existe una necesidad procesal de enjuiciar aquí unidos en un solo procedimiento los dos delitos por los que se acusó, dada la íntima relación entre ellos: el obtener un beneficio económico de un particular por parte del magistrado (cohecho) fue la razón de ser de la resolución injusta dictada a sabiendas por este (**prevaricación**). **No podía dividirse la continencia de la causa**, en términos utilizados por el citado *art. 5 de la Ley del Jurado*: era necesario un solo enjuiciamiento para los dos delitos a fin de evitar eventuales contradicciones entre las dos sentencias que en otro caso habrían de dictarse.

Rechazamos el motivo 1º.

CUARTO.- En el motivo 2º, al amparo de los *arts. 5.4 y 852 LECr*, se alega vulneración del *art. 24.2 CE* en relación con el derecho a la defensa y a la práctica de la prueba pertinente, por la indebida denegación de la suspensión del juicio oral para la práctica de una información suplementaria, todo ello ocasionado, se dice, por la inesperada retractación del coacusado Luis Miguel que había negado los hechos durante la instrucción en todas sus declaraciones.

Tiene razón la parte recurrente en cuanto que efectivamente en el acto del juicio oral, cuando declara el acusado Luis Miguel, se produce esa inesperada retractación respecto de las anteriores manifestaciones que se habían realizado en la instrucción, en el Juzgado de Marbella y en el Tribunal Superior de Justicia de Granada, y también en el expediente disciplinario.

Pero, de acuerdo con el informe del Ministerio Fiscal, entendemos que fue adecuado lo resuelto por el tribunal de instancia cuando, tras oír a las demás partes, denegó la suspensión del juicio oral:

A) Ya sabemos que el juicio oral, en principio, ha de celebrarse de modo ininterrumpido en una sola sesión o en cuantas sean necesarias hasta su terminación (*art. 744 LECr*), de forma tal que su suspensión según las causas del *art. 746 de la misma ley* ha de considerarse una excepción.

B) Asimismo es conocido que, en concreto respecto de la causa de suspensión 6ª de tal *art. 746*, el tribunal tiene facultad discrecional para su aplicación al caso según sus circunstancias concretas, lo cual no impide el acceso del tema al recurso de casación, habida cuenta de que se halla en juego, como bien dice el recurrente, el derecho de defensa de la parte que solicita la suspensión.

C) Pese a que podemos afirmar que hubo retractación inesperada, entendemos que no existieron alteraciones sustanciales en el desarrollo del juicio oral, ya que nada ajeno al procedimiento se introdujo en esa declaración de Luis Miguel: su intervención en las conversaciones telefónicas del 15 y 17 de marzo

de 2006, así como los datos de sus apuntes contables (63.000 y 10.800 #) coincidentes con la suma total entregada por Luis Miguel a Casimiro (73.800 #), ya se encontraban en las actuaciones desde la instrucción.

D) Es más, como dice la sentencia recurrida (pág. 41), por sí sola la prueba de indicios, basada en lo fundamental en esas conversaciones y en esas cifras, era bastante para justificar razonablemente una sentencia condenatoria, esto es, incluso si se prescinde de la referida retractación inesperada.

Desestimamos el motivo 2º.

QUINTO .- 1 . En el motivo 3º de este recurso de Casimiro , por la vía del *art. 852 LECr* , se alega de nuevo infracción de precepto constitucional, en concreto del *art. 24 CE* en relación con varios de los derechos fundamentales de orden procesal proclamados en dicho artículo, con referencia siempre al principio acusatorio consagrado para todos los procesos penales. Se dice que tal principio ha quedado violado porque se aparta de la acusación formulada por el Ministerio Fiscal en relación con la **prevaricación** y por inexistencia de acusación válidamente formulada respecto del cohecho.

El principio acusatorio que informa el proceso penal español particularmente en la fase plenaria o de juicio oral, como una consecuencia más del orden *constitucional vigente en nuestro país desde 1.978* , que estableció un sistema político y jurídico que defiende las libertades públicas y los derechos fundamentales de la persona, exige que exista la **debida correlación entre la acusación y la sentencia** , de forma tal que la defensa del imputado tenga oportunidad de alegar, proponer prueba y participar en su práctica y en los debates, habiendo conocido con antelación suficiente aquello de que se le acusa, y sin que la sentencia de modo sorpresivo pueda condenar por algo de lo que antes no se acusó y respecto de lo cual consiguientemente no pudo articularse la estrategia exigida por la Ley en garantía de la posición procesal del imputado.

La acusación ha de ser precisa y clara respecto del hecho y del delito por el que se formula y la sentencia ha de ser congruente con tal acusación sin introducir ningún elemento nuevo del que no hubiera existido antes posibilidad de defenderse.

Pero esto no quiere decir que todos los elementos que ha de contener un escrito de calificación de la parte acusadora conforme a lo dispuesto en el *artículo 650 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal* , o las modificaciones que pudieran introducirse después en el acto del juicio oral, sean igualmente vinculantes para el juzgado o tribunal que ha de sentenciar. De tales elementos sólo dos tienen eficacia delimitadora del objeto del proceso. Por un lado, el hecho por el que se acusa, es decir, el conjunto de elementos fácticos en los que se apoya la realidad o clase de delito, el grado de perfección del mismo, la participación concreta del inculpado, las circunstancias agravantes sean genéricas o constitutivas del tipo y, en definitiva, todos aquellos datos de hecho de los que ha de depender la específica responsabilidad penal que se imputa.

Esta base fáctica de la acusación vincula al tribunal de modo que este no puede introducir en la sentencia ningún hecho nuevo en perjuicio del reo que antes no figurase en la acusación. Claro es que puede ampliar las circunstancias o detalles de lo ocurrido conforme a la prueba practicada en el juicio oral en aras de una mayor claridad expositiva o una mejor comprensión de lo ocurrido; pero no puede traer, a su relación de hechos probados, nada extraño a la calificación de alguna de las partes acusadoras, que pudiera tener transcendencia en cuanto punto de apoyo fáctico para la existencia o agravación de la responsabilidad penal, porque si así lo hiciera causaría indefensión al acusado que no tuvo oportunidad de defenderse alegando y probando lo que hubiera tenido a su alcance para contrarrestar aquello que se le imputa.

El otro elemento vinculante para el Tribunal es la calificación jurídica hecha por la acusación.

La clase de delito, si éste fue o no consumado, el grado de participación del acusado y las circunstancias agravantes han de estar recogidas en la acusación, de modo que en la sentencia no puede condenarse más gravemente que lo que por ley corresponda conforme a todos esos elementos concretados por los acusadores. No se puede condenar por un delito distinto, ni se puede apreciar en la sentencia un grado de perfección o de participación más grave, ni apreciar una circunstancia de agravación no pedida, salvo supuestos de homogeneidad entre lo solicitado por las acusaciones y lo recogido por el tribunal, que supongan tal semejanza que impida la posibilidad de indefensión, porque todos los puntos de la sentencia pudieron ser debatidos al haber sido contenidos en la acusación. Estos dos componentes de la acusación, el conjunto de elementos fácticos y su calificación jurídica, conforman el hecho punible que constituye el objeto del proceso penal, el cual sirve para delimitar las facultades del tribunal en orden a la determinación de la correspondiente responsabilidad criminal, porque, si se excediera de los límites así marcados, ocasionaría la mencionada indefensión al imputado que no habría tenido oportunidad para alegar y probar en contra de aquello por lo que antes no había sido acusado y luego resulta condenado.

2 . Como bien dice el Ministerio Fiscal, tal correlación entre acusación y sentencia ha de partir de la acusación formulada en las conclusiones definitivas, que en este caso solo se articuló por el Ministerio Fiscal, al no haber existido acusación particular; y ello con relación a los dos delitos por los que condenó la sentencia recurrida:

A) En cuanto al delito de cohecho, solo existieron en las conclusiones definitivas las modificaciones -respecto de la calificación provisional del Ministerio Fiscal (folios 1851 y ss. del tomo III)- que aparecen resaltadas en amarillo en el escrito aportado al juicio oral (folios 3058 y 2964 y ss. del tomo VI). Al folio 2967 en concreto nos dice el Ministerio Fiscal en su escrito que fue Casimiro quien pidió dinero a Luis Miguel y que este accedió. Véanse también los resaltes en amarillo de los folios 2969 y 2970. No cabe hablar de hecho nuevo alguno, en relación a la acusación formulada, en la sentencia respecto de los hechos constitutivos de este delito de cohecho. Ni tampoco cabe estimar que en este punto hubiera contradicción alguna porque en algún lugar -que no se precisa en el escrito de recurso ni tampoco en la vista oral- dijera que fue Luis Miguel quien ofreció la dádiva a Casimiro y simultáneamente que Casimiro la solicitó de Luis Miguel : en todo caso, aparece en el escrito de calificación definitiva esa acusación en concreto relativa a que fue Casimiro quien pidió dinero a Luis Miguel , y de esto tuvo oportunidad de defenderse.

Además, los *arts. 419* y ss. castigan por cohecho a la autoridad o funcionario público con las mismas penas, tanto si solicita la dádiva como si la recibe; a diferencia de lo que ocurre con el particular en el *art. 423* . También con relación al cohecho, acusó el Ministerio Fiscal a Luis Miguel -folio 2970-, por atender el particular la solicitud de la autoridad en base al *art. 423.2* .

En definitiva, lo que importa es que en modo alguno hubo indefensión para la parte recurrente, que sí tuvo oportunidad de defenderse de todos aquellos extremos por los que la sala de instancia condenó.

B) Y esto mismo es lo que hay que decir respecto del delito de **prevaricación**, con relación al cual no hubo modificación alguna en las conclusiones que se elevaron a definitivas.

Entendemos que entre el hecho punible objeto de la acusación con referencia a la **prevaricación** y lo que en este punto nos dice la sentencia recurrida (págs. 14 y 15, a las que nos remitimos) hay una coincidencia tal que no nos permite hablar aquí tampoco de vulneración del principio acusatorio.

Tampoco cabe hablar aquí de exceso alguno en la resolución recurrida con referencia a lo aducido por la acusación pública ni, por consiguiente, de vulneración del tan repetido principio acusatorio.

Desestimamos también este motivo 3º.

SEXTO .- En el motivo 4º por el cauce asimismo del *art. 852 LECr* , se alega violación del *art. 24.2 CE* en su apartado relativo al derecho a un proceso público con todas las garantías, afirmando que las manifestaciones de Luis Miguel contra Casimiro en el acto del juicio oral fueron fruto de un acuerdo de aquel con el Ministerio Fiscal que rebajó la pena solicitada para él, sin que esto se hubiera hecho público ni ante las partes ni ante el tribunal.

De acuerdo de nuevo con el informe del Ministerio Fiscal emitido ante esta sala, hemos de resaltar aquí dos extremos:

A) El dato ahora aducido por el Ministerio Fiscal ya ha sido reconocido y tenido en cuenta en la sentencia recurrida (pág. 33) cuando admite que pudo existir el móvil de obtener un tratamiento favorable en la calificación del delito y en la pena que desembocó en la modificación de la acusación inicial en beneficio de Luis Miguel , al tiempo que resta validez a tal circunstancia al existir elementos objetivos externos a la propia declaración del coimputado que corroboran el contenido de esta.

B) Por otro lado, como ya se ha dicho, la propia sentencia recurrida expresa (pág. 41) que hay una prueba indiciaria -que desarrolla después- bastante por sí sola para enervar la presunción de inocencia, lo que ciertamente resta importancia al valor que ha de darse a esas declaraciones del coacusado en cuanto desfavorables para Casimiro .

Rechazamos este motivo 4º.

SÉPTIMO .- En el motivo 5º, de nuevo por el cauce del *art. 852 LECr* , se alega ahora vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (*art. 24.1 CE*) por arbitrariedad en la motivación de la sentencia tanto en lo relativo a la apreciación de la prueba como en lo que concierne a la aplicación de la norma jurídica, con cita también del *art. 9.3 de la misma ley* fundamental.

Se aducen aquí cuestiones ya tratadas antes, como las relativas al principio acusatorio y a la denegación de suspensión del juicio oral ante la petición de una información suplementaria.

Se detallan determinados trámites procesales mediante alegaciones propias de la instancia, y no de la casación, que ya habrán tenido su efecto en el ámbito interno de la convicción del tribunal sentenciador a la hora de formar su criterio que ha quedado expresado en la sentencia recurrida.

Ante el contenido de lo aquí alegado hemos de remitirnos, por un lado, a lo que ya ha quedado dicho al examinar las anteriores motivos y, por otro lado, a lo que hemos de decir después, cuando examinemos las cuestiones de fondo en materia de prueba y de calificación de los hechos, particularmente cuando tratemos de los motivos 8º, 10º y 11º.

Ciertamente no existió la falta de racionalidad o la arbitrariedad aquí denunciada.

Rechazamos este motivo 5º.

OCTAVO .- En el motivo 6º ahora por la vía del *inciso 2º del art. 851. 1º LECr* , se alega quebrantamiento de forma por manifiesta contradicción en los hechos probados.

Se dice que tal contradicción se encuentra entre los dos párrafos siguientes:

1º. En la página 7 del hecho probado 1º de la sentencia recurrida, en su párrafo 3º, podemos leer:

*"En fechas no concretadas con exactitud, pero con anterioridad al día 16 de marzo de 2006, el Magistrado acusado Casimiro , pidió dinero al acusado Luis Miguel para abonar la cantidad que se le exigía a la firma del contrato de compraventa de la vivienda, **a cambio de un trato favorable en asuntos judiciales** "*.

2º. Luego, en el párrafo 1º del hecho probado 2º de la página 10, aparece lo siguiente.

"En ejecución de lo convenido entre el acusado aforado y Luis Miguel , a partir del día 14 de marzo tuvieron lugar las siguientes diligencias judiciales en el Juzgado de Instrucción núm. NUM002 de DIRECCION000 del que era titular el acusado Casimiro ."

Nos dice el recurrente que lo relevante es aquello que queda resaltado en negrita, en cuanto que allí se hace alusión a un concierto de voluntades entre Casimiro y Luis Miguel .

A continuación se afirma que esa contradicción se produce con mayor intensidad aún con otro párrafo que se reproduce en la página 37, que es el siguiente:

*"El Magistrado acusado dictó este tercer Auto de fecha 16 de marzo sabiendo que el Decanato aún no le había adjudicado el conocimiento del escrito de querrela; conociendo que el día anterior había decretado el archivo de las Diligencias Previas núm. 1167/2006 -sin que constara recurso alguno contra tal decisión- y sabiendo que la copia de la querrela no venía acompañada de la certificación de haber intentado sin efecto el preceptivo acto de conciliación- requisito este que expresamente había exigido en el Auto anterior- **y así lo hizo para favorecer los intereses de Luis Miguel y obtener dinero para la compra de la vivienda en la que estaba interesado** . El programa de televisión dejó de emitirse ese mismo día 16 de marzo"*.

Entre las partes resaltadas en negrita, como es fácil de apreciar, no hay contradicción alguna: se habla de intención de favorecer a Luis Miguel , de lo convenido entre los dos acusados y de la obtención de dinero.

Al respecto hemos de decir aquí que cabe expresar en los hechos probados de las sentencias penales aquello que se refiera a elementos internos de un determinado sujeto: propósito, intención, ánimo, conocimiento, etc. Estas afirmaciones sirven para una mejor comprensión de lo ocurrido. Pero lo importante al respecto no es que esto se diga en los hechos probados, sino la prueba de que tal situación interna realmente existe, para lo cual ordinariamente hay que acudir a la de indicios. Algo que es una cuestión de fondo sobre la que habrá de tratarse en un momento posterior.

Por otro lado, aunque tales extremos no hayan sido resaltados en negrita en el escrito de recurso, parece ser que el recurrente advierte alguna contradicción en cuanto a las fechas que se consignan en tales párrafos. En todo caso, a fin de no extendernos demasiado en este punto, solo hemos de decir que, eliminadas las primeras líneas de esos párrafos antes entrecorillados, en lo que hacen referencia a esas fechas, los hechos tendrían la misma significación y utilidad en el texto de la sentencia recurrida. Es decir tales expresiones de fechas son irrelevantes para los pronunciamientos condenatorios de la sentencia recurrida.

Rechazamos este motivo 6º.

NOVENO .- El motivo 7º ya ha sido estudiado en el apartado K) del anterior fundamento de derecho segundo.

En el motivo 8º, al amparo del *art. 849.2º LECr* , otra vez se alega infracción del *art. 24.2 CE* , aunque ahora referido al derecho a la presunción de inocencia.

Para contestar a lo que aquí alega el recurrente y siguiendo el mismo sistema adoptado en su escrito de recurso, vamos a desarrollar nuestra exposición haciendo tres apartados diferentes:

A) 1 . Nos referimos en primer lugar a lo que el recurrente denomina primer submotivo, en el cual impugna la prueba consistente en la declaración del coacusado Luis Miguel .

Conocida es la doctrina del Tribunal Constitucional acogida por esta sala del Tribunal Supremo, la cual, partiendo en principio de la validez de la **declaración del coimputado o coimputados** como prueba de cargo, pone unos límites a través de una doctrina, iniciada en dos STC, las números 153/1997 y 49/1998, ahora ya consolidada y precisada (STC 68 , 72, 182, las tres de 2001, 2, 57 y 233, todas de 2002 y 55 y 286, ambas de 2005, entre otras muchas), doctrina que podemos resumir en los términos siguientes:

1º. **Su fundamento** se encuentra en que estas declaraciones de los coacusados solo de una forma limitada pueden someterse a contradicción habida cuenta de las facultades que estos tienen por lo dispuesto en el *art. 24.2 CE* que les reconoce el derecho a no declarar contra sí mismos y a no confesarse culpables, lo que constituye una garantía instrumental del más amplio derecho de defensa en cuanto que reconoce a todo ciudadano la facultad de no contribuir a su propia incriminación (STC 57/2002).

2º. La consecuencia que de esta menor eficacia probatoria se deriva es que con sólo esta prueba no cabe condenar a una persona, salvo que su contenido tenga una **mínima corroboración** .

3º. Tal corroboración aparece definida por el TC como la existencia de cualquier **hecho, dato o circunstancia externos**, apto para avalar ese contenido en que consisten las declaraciones concretas de dicho coacusado.

4º. Con el calificativo de " **externos** " entendemos que el TC quiere referirse a algo obvio, como lo es el que tal hecho, dato o circunstancia se halle localizado fuera de esas declaraciones del coimputado.

5º. Respecto al otro calificativo, " **mínima** ", referido al concepto de corroboración, reconoce el TC que no puede concretar más, dejando la determinación de su suficiencia al examen del caso concreto. Basta con que exista algo "externo" que sirva para atribuir verosimilitud a esas declaraciones.

6º. **No sirve** como elemento corroborador **la declaración de otro coimputado** . El que haya manifestaciones de varios acusados, coincidentes en su contenido de imputación contra un tercero, no excusa de que tenga que existir la mencionada corroboración procedente de un dato externo.

7º. Esta corroboración mínima a través de cualquier hecho, dato o circunstancia externos resulta exigible no en cualquier punto, sino en relación con la participación del acusado cuya condena está en juego y concretamente respecto del hecho o hechos por los que viene acusado. Esto es, no basta que se corrobore la verdad de las manifestaciones en determinados extremos para luego dar crédito a otros extremos diferentes no corroborados que son precisamente aquellos por los cuales condenó la sentencia recurrida. La corroboración ha de ser **específica** respecto de cada hecho delictivo y respecto de cada coimputado, si hubiera condenas por hechos diferentes y con acusados diferentes.

8º. La corroboración o corroboraciones externas y específicas han de fundarse en los elementos que aparezcan expresados en las sentencias impugnadas como fundamentos probatorios de la condena.

Esta doctrina se refiere obviamente a los casos en que aparece en el procedimiento esa declaración del coimputado o coacusado como prueba única de cargo para justificar la condena.

Tal corroboración con las características que acabamos de mencionar constituye un requisito para que esa prueba pueda valorarse como de cargo. Determinar si ha de considerarse como razonablemente suficiente para justificar la condena discutida requiere un examen y una valoración posterior que ha de hacer el tribunal de instancia, valoración que, a su vez, puede ser impugnada en casación desde esa perspectiva de la suficiencia razonable.

Recordamos aquí que, para que pueda considerarse destruida la presunción "iuris tantum" de inocencia, debe existir una prueba o conjunto de pruebas, lícitamente obtenidas y aportadas al procedimiento y razonablemente suficientes para fundamentar la condena de que se trate.

Por tanto, en principio no basta para condenar que la declaración de uno o varios coimputados haya sido corroborada en los términos expuestos, sino que, partiendo de que se trata de manifestaciones lícitamente obtenidas, luego ha de valorarse la mencionada suficiencia".

2 . En el caso presente, en el juicio oral, como ya se ha dicho, Luis Miguel cambió el contenido de todas sus manifestaciones anteriores. A través de un detallado interrogatorio a preguntas de las diferentes partes, concreta cuál fue su participación en la entrega del dinero que Casimiro le había pedido para pagar

lo que tenía que abonar al hacerse la escritura pública de compraventa de una vivienda en Marbella, un total de 73.800 #; así como lo relativo a la suspensión de la emisión de Telemar que Luis Miguel consideraba atentaba contra su honor, a través de un procedimiento seguido en el juzgado del que era titular Casimiro . El contenido de tales declaraciones en el juicio oral aparece claramente en el acta correspondiente (folios 3047 a 3049 del tomo VI, con exhibición de los folios 80 a 82 del tomo I, relativos a los apuntes contables de esa cantidad total -73.800 #- y sus parciales, 63.000 más 10.800), apuntes cuya realidad nadie ha cuestionado.

Nos hallamos ante la declaración de un coimputado que sirve de prueba de cargo para condenar a Casimiro porque, como bien dice la sentencia recurrida (págs. 32 y 33), pese a existir un móvil de exculpación de terceros, concretamente del otro acusado absuelto, su amigo Jose Ignacio , y otro móvil de obtener ventajas procesales para sí mismo que se revelaron después al modificar el Ministerio Fiscal sus conclusiones respecto de Luis Miguel . Y ello es así porque hay elementos corroboradores externos respecto de la declaración del coacusado referido, que son los mencionados apuntes contables y la conversación telefónica ya referida de 15.3.2005 que son a su vez la prueba de los hechos básicos en los que tal sentencia recurrida funda la prueba indiciaria a la que nos referimos a continuación.

B) 1 . El segundo submotivo de este motivo 8º consiste en una impugnación de la prueba de indicios que aparece desarrollada en la sentencia recurrida. Hace primero una correcta exposición doctrinal sobre el tema (págs. 34 a 37), mientras que en páginas posteriores se refiere a la aplicación al caso de esta doctrina general.

De todos es conocido cómo *la prueba de indicios* , indirecta, mediata, circunstancial, de inferencias, de presunciones o de conjeturas, que de todas estas formas es llamada, tiene validez como prueba de cargo en el proceso penal y, por tanto, ha de considerarse apta para contrarrestar la presunción de inocencia del *art. 24.2 CE* . Así lo dice el Tribunal Constitucional en sus dos primeras sentencias en la materia, las 174 y 175 de 1985, ambas de 17 de diciembre , y desde entonces tanto dicho tribunal como esta Sala de lo Penal del Tribunal Supremo lo venimos proclamando con reiteración, al tiempo que exigimos la concurrencia de unos elementos que son necesarios para la correcta aplicación de esta clase de prueba (véanse las sentencias de esta Sala de 3.5.99, la 557/2006 de 22 de mayo y la 247/2008 de 8 de mayo , entre otras muchas), elementos que, simplificando la materia, podemos reducir a dos:

Primer elemento : Han de existir unos **hechos básicos completamente acreditados** , que, como regla general, han de ser plurales, concomitantes e interrelacionados, porque es precisamente esa pluralidad apuntando hacia el hecho necesitado de prueba (hecho consecuencia) la que confiere a este medio probatorio su eficacia, ya que ordinariamente de esa pluralidad depende la capacidad de convicción de esta clase de prueba. Todos y cada uno de estos hechos básicos, para que puedan servir como indicios, han de estar debidamente acreditados. Así lo exige expresamente el *art. 386.1 de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil* , heredero de los ya derogados *arts. 1249 y 1253 de nuestro Código Civil* , que regula las que llama "presunciones judiciales", que son el equivalente en el proceso civil de lo que en el penal conocemos como prueba de indicios: responden a la misma lógica.

Segundo elemento : Entre esos hechos básicos y el hecho necesitado de prueba (hecho consecuencia) ha de existir " **un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano** ", como dice el citado 386.1 de la LEC. Es decir, ha de haber una conexión tal entre aquellos hechos y este otro que, acaecidos los primeros, cabe afirmar que se ha producido también el último, porque las cosas ordinariamente ocurren así y así lo puede entender cualquiera que haga un examen detenido de la cuestión. Al respecto se habla de las máximas de experiencia y de los conocimientos científicos con pretensiones de proporcionar unas bases concretas al raciocinio propio de este segundo elemento de la prueba de indicios. Todo puede valer en cada caso para establecer este raciocinio. Lo importante aquí es poner de relieve que no se trata de normas propiamente jurídicas, sino sencillamente de las meras reglas del pensar, para aportar al supuesto concreto un razonamiento que se pueda valorar como adecuado para conducir unívocamente desde los hechos básicos (indicios) al hecho necesitado de prueba. Para ello ordinariamente, como antes se ha dicho, se necesita una pluralidad de hechos básicos y que todos ellos, apreciados en su globalidad, no estudiados uno a uno, nos conduzcan al hecho consecuencia, por ser concomitantes entre sí y por hallarse relacionados unos con otros en esa perspectiva final que es la acreditación de un dato que de otro modo no habría quedado probado.

A esos efectos, como hizo ya la sentencia de esta Sala de 25.10.99 , a veces hay que distinguir entre indicios fuertes o indicios débiles, y entre ellos podrían establecerse tantas categorías intermedias como diferente significación pudiera concederse a cada uno de los hechos básicos utilizados en cada caso, pues se trata de una distinción meramente cuantitativa, pero que puede tener su importancia, según las circunstancias del supuesto concreto, en orden a determinar el alcance de la eficacia probatoria.

Conviene añadir aquí que es deber de todo órgano judicial que utiliza este medio de prueba expresar en el texto de la resolución correspondiente el razonamiento necesario en relación con la existencia y prueba

de esos hechos básicos y con la mencionada conexión con el hecho consecuencia, así como estudiar las explicaciones que ofreció el acusado al respecto para admitirlas como creíbles o rechazarlas. Tal expresión viene ahora exigida por el *párrafo II del mencionado art. 386.1 LECivil* .

2 . En el caso presente la sentencia recurrida nos ofrece una adecuada relación de hechos básicos de los cuales se infiere la realidad de los hechos por los que se condena a Casimiro , que se concretan en los apartados enumerados como del 1) al 9) en sus páginas 41 a 45, con la loable particularidad de que en cada uno de tales apartados nos dice el hecho concreto de que se trata y las pruebas específicas que lo acreditan.

En síntesis se hace aquí una adecuada exposición: a) del contenido de determinadas conversaciones telefónicas del acusado Luis Miguel en esa fecha de 17 de marzo de 2006; b) de las negociaciones previas al contrato de compraventa de la mencionada vivienda para Casimiro , en las que intervino Luis Miguel en defensa de los intereses del magistrado frente a los vendedores; c) de esas cantidades de 63.000 y 10.800 # reflejadas en unos apuntes contables de Luis Miguel ; d) del préstamo hipotecario obtenido por el magistrado para financiar esa compraventa; e) de que fue Luis Miguel quien redactó el contrato privado inicial; f) de cómo fue el contable de este, Jaime , quien hizo las anotaciones de los mencionados folios 80 y 82; g) de cómo todo esto coincide en sus fechas con el trámite del procedimiento en el juzgado de Casimiro en el que se dictó el auto que se dice prevaricador, etc.

De todos estos hechos básicos plenamente acreditados, la sentencia recurrida, en el párrafo último de su fundamento de derecho 2º, infiere algo que a nosotros necesariamente ha de parecernos correcto: que hubo un acuerdo de voluntades entre Casimiro y Luis Miguel para la entrega por este de esos 73.800 # a cambio de la resolución judicial consistente en la adopción de una medida cautelar de suspensión de la emisión del programa de televisión objeto de la denuncia primero, y después querrela, formuladas por Luis Miguel contra el titular de la empresa Telemar.

Como bien dice y repite la sentencia recurrida (págs. 41 y 33), esta prueba de indicios habría bastado para justificar la relación de hechos probados de esta resolución, máxime cuando, además, existió como prueba directa la declaración prestada por Luis Miguel en el juicio oral con todas las garantías propias de ese acto solemne.

C) Hay un tercer submotivo en este motivo 8º (pág. 47 del escrito de recurso) en el que Casimiro nos dice que el tribunal de instancia no ha visto ese programa de televisión emitido de modo reiterado por Telemar y que quedó suspendido mediante el auto constitutivo del delito de **prevaricación**; algo que hemos de considerar irrelevante, habida cuenta de que sobre su contenido contrario a los intereses de Luis Miguel no se ha suscitado controversia alguna y de que la condena por **prevaricación**, aquí recurrida se fundó en razones, no de fondo, sino de forma, al apreciarse diversos defectos de procedimiento. Se trata de un hecho importante pero tangencial en cuanto a la existencia de los delitos por los que condenó la sentencia recurrida.

3 . Por la importancia que tiene esa conversación telefónica de 15.3.2006, conviene continuar aquí con los razonamientos sobre el tema de la presunción de inocencia con una mención comentada de la afirmación indubitada que nos ofrece la sentencia recurrida en sus páginas 52 a 54, relativa al dato de que la voz en segundo plano que aparece en esa conversación transcrita a los folios 26 y 27 del procedimiento principal - tomo I- pertenece al acusado Casimiro .

Tal afirmación la funda dicha sentencia en una prueba indiciaria apoyada en los hechos básicos que allí se recogen -pág. 53- y que nosotros ahora descomponemos y ampliamos en la forma siguiente:

1º. Se trata de una persona que tiene amistad con quien, con acento afrancesado, interviene en la conversación, que la policía identifica con Jose Ignacio , el acusado absuelto.

2º. Esta persona conocía que se había presentado denuncia y no querrela y que hacía falta papeleta de conciliación en un procedimiento judicial concreto por injurias en el que Luis Miguel estaba interesado.

3º. Es alguien experto en derecho, por los términos que se utilizan, los que acabamos de consignar.

4º. Se trata de un señor que está en situación de dominio, esto es, con posibilidad de resolver en ese procedimiento judicial.

Estos datos solo pueden coincidir en la persona del magistrado Casimiro , titular del juzgado de instrucción nº NUM002 de DIRECCION000 donde se tramitaron la denuncia y querrela mencionadas.

4 . Terminamos poniendo de relieve una significativa correlación de fechas. La denuncia y auto inicial son del 15.3.2006 , fecha de esa conversación telefónica; las prisas que se deducen del contenido de esa conversación hacen pensar que todos los que participan en el coloquio están de acuerdo en que se presente

la querrela en el siguiente día 16, como así se hizo; el día posterior, el 17, es cuando se entrega el dinero, los 63.800 #, en fecha coincidente con los asientos contable antes referidos (folios 80 y 82).

Desestimamos este motivo 8º.

DÉCIMO .- 1. En el motivo 9º, con base procesal en el *art. 849.2º LECr* , se alega error en la apreciación de la prueba basado en documentos que obran en autos, que demuestran la equivocación del juzgador.

Del propio texto de este *nº 2º del art. 849 LECr* deducimos que son necesarios los siguientes requisitos materiales para la aplicación de esta particular norma procesal:

1º. Que haya en los autos una verdadera **prueba documental** y no de otra clase, es decir, que sea un documento propiamente dicho el que acredite el dato de hecho contrario a aquello que ha fijado como probado la audiencia, y no una prueba de otra clase por más que esté documentada en la causa.

2º. Que ese documento acredite la equivocación del juzgador, esto es, que en los hechos probados de la sentencia recurrida aparezca como tal un elemento fáctico en contradicción con aquello que el documento por su propia condición y contenido (**litosuficiencia**) es capaz de justificar, o que el documento pruebe algún extremo importante para añadir a los hechos probados.

3º. Que, a su vez, ese dato que el documento acredita **no se encuentre en contradicción con otros elementos de prueba** , porque la ley no concede preferencia a ninguna prueba determinada sobre otra igual o diferente, sino que, cuando existen varias sobre el mismo punto, el tribunal que conoció de la causa en la instancia, habiendo presidido la práctica de todas ellas y habiendo escuchado las alegaciones de las partes, tiene facultad para, sopesando unas y otras, apreciar su resultado con la libertad de criterio que le reconoce el *art. 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal* .

4º. Por último, es necesario que el dato de hecho contradictorio así acreditado **sea importante** , en cuanto que tenga virtualidad para modificar alguno de los pronunciamientos del fallo, pues, si afecta a elementos fácticos que carecen de tal virtualidad, el motivo no puede prosperar, porque, como reiteradamente tiene dicho esta sala, el recurso se da contra el fallo y no contra los argumentos de hecho o de derecho que no tienen aptitud para modificarlo.

Se trata en conclusión de un caso que, tras la vigencia de nuestra Constitución, cabe incluir entre aquellos que expresamente quedan prohibidos en su *art. 9.3* cuando proclama como principio fundamental " **la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos** ". Ciertamente no hacer caso a una prueba documental cuando concurren todos esos elementos revela una actuación ilógica o irracional, en definitiva arbitraria, por parte del órgano judicial.

2 . Ahora vamos a examinar uno a uno los documentos acreditativos del error en los hechos probados según lo pretendido por el recurrente Casimiro :

A) A tal efecto se señala en primer lugar un documento aportado al folio 2898 (tomo VI) que consiste en el resumen que hace la Guardia Civil de una conversación entre Nota (se dice que es la designación de Casimiro , el aquí recurrente) y un tal Jose Ignacio , efectuada a las 12 horas y 20 minutos del 4 de septiembre de 2007.

Se dice que, al manifestar Casimiro en esa conversación "que a ese tío yo no lo conocía", refiriéndose a Luis Miguel , queda acreditado que efectivamente tal conocimiento entre los dos ahora condenados no existía "desde finales de 2005" (que es lo que dicen los hechos probados).

Entendemos que tal documento a lo sumo puede acreditar que esa conversación telefónica tuvo lugar en esa fecha y hora y con ese contenido, esto es, con la aseveración de Casimiro de que él no conocía a Luis Miguel . Pero tal aseveración no quiere decir que sea verdad lo que Casimiro manifestaba en ese momento. Falta el requisito 2º de los antes enumerados, la litosuficiencia.

Aparte de que la circunstancia de que le conociera o no de antes es irrelevante para los hechos en que se fundaron las condenas aquí recurridas. La realidad es que hubo esa entrega de dinero (cohecho) en consideración a la intervención del magistrado Casimiro en un determinado procedimiento. Tampoco concurre el requisito 4º.

B) El 2º de tales pretendidos documentos es múltiple: son tres autos dictados en las diligencias previas 1167/2006 del Juzgado de Instrucción nº 2 de Marbella, los dos primeros (el de incoación y el de nulidad de tales diligencias, ambos de la misma fecha) y aquel otro dictado el mismo día de presentación de la querrela (folios 932 a 938 y 954 a 956).

Se afirma que es errónea la expresión "sin diligencia probatoria alguna" que aparece casi al final de la página 7 de la sentencia recurrida.

Con tal expresión quiere decirse que, desde el auto de archivo del día anterior hasta que el día siguiente se dictó el que siguió a la querrela, no habría existido prueba alguna, y ello es cierto; aunque tiene en parte razón aquí el recurrente, en cuanto que el fundamento del mencionado auto de nulidad de la incoación de las diligencias previas no radicó en temas de prueba, sino en la falta de los requisitos exigidos para la admisión a trámite de una denuncia por delito de injurias contra particulares (faltó la querrela y el acto de conciliación).

Pero lo cierto es que, dictado tal auto de nulidad y archivo (folios 13 y 14 del tomo I de la pieza separada), ninguna prueba había tenido lugar, que es lo que aquí se tacha de erróneo. Faltó también el 2º de tales cuatro requisitos.

C) Lo que se señala como documento nº 3 tiene dos partes. La última alude a un auto (folios 694 y 695) del Juzgado de Instrucción nº 3, por medio del cual se acredita que esa querrela, cuyo original se presentó en el decanato de los juzgados de DIRECCION000, se devolvió a dicho decanato de donde luego habría de pasar al juzgado nº NUM002, el que regía el magistrado Casimiro.

La primera parte se refiere a las normas de reparto entre los juzgados de Marbella (folios 1804 a 1844).

Se dice que todos estos documentos están en contradicción con lo afirmado como hecho probado en el párrafo penúltimo del apartado segundo.

Pero tal contradicción no existe. Aunque el magistrado-juez conociera que a la postre le habría de corresponder el conocimiento de esa querrela, lo cierto es que aún el decanato no le había adjudicado dicho conocimiento, que es lo que en tal párrafo penúltimo se dice. Falta aquí el requisito 3º de los antes enumerados.

D) El 4º y último de los documentos señalados en este motivo fundado en el *art. 849.2º LECr*, es un informe pericial consistente en que la Sección de Acústica Forense de UDYCO (folios 485 a 487) dijo no haber podido acreditar que, en una determinada conversación telefónica, la voz que aparece en un segundo plano correspondiera a la persona de Casimiro. Pero tampoco nos dice que tal voz no perteneciera a este último. Como acabamos de razonar en el apartado final del fundamento de derecho anterior hay una prueba de indicios, bien razonada en la sentencia recurrida (págs. 52 a 54) que acredita que tal voz solo podía pertenecer a Casimiro.

Recordamos aquí que una doctrina de esta sala viene considerando que, en algunos casos excepcionales, que no hay que concretar ahora, la prueba pericial puede considerarse como documental a estos efectos de acreditación de error del *nº 2º del art. 849 LECr*.

En conclusión, nada hay que corregir (ni agregar) en los hechos probados de la sentencia recurrida.

Rechazamos también este motivo 9º del recurso de Casimiro.

UNDÉCIMO .- 1. En el motivo 11º, por el cauce del *art. 849.1º LECr*, se alega infracción de ley por aplicación indebida del *art. 446.3º CP* que dice así:

"El juez o magistrado que, a sabiendas, dictare sentencia o resolución injusta será castigado:

3º. Con la pena de multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de diez o veinte años, cuando dictare cualquier otra sentencia o resolución injustas".

Los *números 1º y 2º de este art. 446* dicen las penas a imponer cuando la resolución prevaricadora sea una sentencia injusta contra el reo en causa criminal por delito (1º) o por falta (2º).

Son elementos constitutivos de esta infracción penal los siguientes:

1º. Sujeto activo ha de ser un juez o magistrado. Se trata de lo que venimos conociendo como delito especial propio.

2º. El medio de comisión consiste en dictar una sentencia o resolución injusta, con exclusión de las pronunciadas en causa criminal contra el reo que, como acabamos de decir, aparecen penadas en los referidos *números 1º y 2º del mismo art. 446*. Tal injusticia puede derivar de razones de fondo y también existirá cuando haya importantes defectos de forma o procedimiento. Se trata, como bien dice el recurrente, de un elemento constitutivo de este delito que tiene una autonomía propia, sin que pueda en modo alguno quedar contaminado por razones de carácter subjetivo, en este caso por la finalidad de beneficiar a algún interesado en la resolución que se dicte. Por muy clara que aparezca esta finalidad, ello no puede utilizarse en pro de la concurrencia de este elemento que de modo evidente tiene un carácter objetivo.

3º. El elemento subjetivo de este delito viene recogido en la expresión "a sabiendas" que, como ya dijeron dos antiguas sentencias de esa sala, las de 14.10.1884 y 22.11.1901, consiste en actuar con conciencia e intención deliberada de faltar a la justicia, lo que ha de aparecer así de una manera que no deje lugar a dudas. Esa conciencia e intención deliberada no ha de confundirse con el móvil que, como aquí ocurrió, estuvo en la intención de favorecer al coacusado Luis Miguel. Esta expresión ("a sabiendas") ha de referirse a la injusticia de la propia resolución, es decir, requiere que el funcionario judicial conozca, bien que hay una oposición al ordenamiento sustantivo, bien que se viola alguna o algunas normas importantes de procedimiento: ha de actuar con el conocimiento pleno de la realidad de esa injusticia material o formal.

2. Veamos ahora lo ocurrido en el caso presente.

El Juzgado de Instrucción nº 2 de Marbella, cuando el 14 de marzo se encontraba de guardia en esa ciudad malagueña, recibió una denuncia formulada por una procuradora en representación de Luis Miguel contra Eloy, titular de la empresa de televisión Telemar, en la que se decía que desde el día 10 de ese mes en esa emisora se estaba transmitiendo de modo ininterrumpido un programa en el que, con datos tomados subrepticamente de unas diligencias previas de carácter secreto tramitadas contra el denunciante en el Juzgado Central de Instrucción nº 6 de la Audiencia Nacional se estaba desprestigiando al propio Luis Miguel y a otras personas, llegando incluso a acusarle de ser autor de graves delitos. Se pidió protección judicial al amparo del art. 13 LECr mediante orden de prohibición de tal emisión televisiva y medidas consiguientes con la correspondiente incoación de procedimiento penal (folios 921 a 924, tomo II y primeras actuaciones del tomo I de la pieza separada).

Con fecha del día siguiente, 15.3.2006 (folios 932 a 934), el magistrado Casimiro dicta auto por el que se incoan diligencias previas y se acuerda la suspensión de la referida emisión de Telemar, así como oír a denunciante y denunciado para los días 28 de marzo y 4 de abril respectivamente.

Esa misma mañana del día 15 el denunciado Eloy y su abogado se entrevistan en el juzgado con el magistrado referido y le hacen ver que para actuar por delito de injurias es necesario que se formule querrela y que se acompañe certificación de haberse celebrado acto de conciliación o de haberlo intentado sin efecto.

Ante ello Casimiro dicta un auto reconociendo su error, consistente en no haberse exigido esos dos requisitos (querrela y acto de conciliación), en el que se decreta la nulidad del mencionado auto de incoación y se rechaza la denuncia presentada en nombre de Luis Miguel.

A las 14 horas 50 minutos de ese mismo día 15 el otro acusado (luego absuelto) Jose Ignacio, que estaba acompañado de Casimiro, llama a Luis Miguel por teléfono y le comunica lo que en ese mismo momento le está diciendo el Magistrado: que ha sido necesario dejar sin efecto la suspensión del programa de Telemar, porque no bastaba la denuncia del día anterior, ya que era precisa una querrela y además papeleta de conciliación. Esa conversación finalizó con el acuerdo de Casimiro y Luis Miguel relativo a la presentación al siguiente día de la mencionada querrela con lo que el programa ya no se emitiría.

En cumplimiento de lo así acordado el 16.3.2006 en el decanato de los juzgados de Marbella se presentó la referida querrela acompañada de una copia de un escrito dirigido al Juzgado de Primera Instancia en el que se solicitaba señalamiento de día y hora para la celebración del mencionado acto de conciliación. En tal querrela se hacía referencia al delito objeto de la misma: injurias y calumnias de los arts. 205, 208 y 209 y descubrimiento y revelación de secretos con vulneración de la intimidad del 197 todos del CP.

Con una copia de esa querrela, sellada por el decanato, cuando aún no se le había adjudicado el conocimiento del escrito de querrela, y sin que se hubiera cumplido el requisito del acto de conciliación, Casimiro dictó un nuevo auto (folios 954 a 956) ese mismo día 16.3.2006 en el que se repite el contenido del otro del día anterior por el que se había admitido a trámite la denuncia y se había acordado suspender la emisión de referido programa de Telemar, ahora con referencia al escrito de querrela.

3. Tales hechos, que son un resumen de la parte correspondiente del relato de hechos probados de la sentencia recurrida, fueron calificados y sancionados como delito de **prevaricación** del art. 446.3º CP, ante lo cual se formula este motivo 11º del presente recurso por entender que no existió la resolución injusta requerida en dicha norma penal.

Y esto es lo que aquí ha de resolverse.

La sentencia recurrida (págs. 50 a 52) funda la mencionada decisión condenatoria no en el fondo de lo resuelto, esto es, no en que fuera materialmente injusto tal auto de 16.3.2006, sino en razones que afectan al procedimiento seguido por defectos de carácter formal, concretamente los tres siguientes:

a) En primer lugar, que en el momento de dictarse ese auto todavía no se había repartido a ese Juzgado de Instrucción nº 2 de Marbella la mencionada querrela. Había seguridad de que a dicho juzgado habría de adjudicarse, porque ya existían unas diligencias previas (las derivadas de la denuncia) incoadas en el mismo. La querrela y documentos adjuntos se habían presentado en el decanato donde se había sellado una copia y fue con esta copia, llevada a ese juzgado nº 2, con lo que dictó el auto por el que se condenó por **prevaricación**.

b) Hubo también otro defecto consistente en que no se había cumplido el requisito relativo al acto de conciliación exigido por el *art. 804 LECr*, ya que, aunque se había acreditado mediante copia la presentación de la correspondiente demanda ante un Juzgado de Primera Instancia, aún no se había podido ni siquiera señalar día para que tal acto pudiera celebrarse.

c) También se funda la sentencia recurrida para condenar por **prevaricación** en el hecho de haberse adoptado una medida de limitación de un derecho fundamental relativo a la libertad de expresión o información sin haber oído antes ni al querrelado ni al Ministerio Fiscal.

4. Al hilo de lo que acabamos de decir, conviene dejar aclarada aquí una cuestión de singular importancia particularmente en estos casos en que la injusticia de la resolución judicial se dice que no se halla en razones de fondo, sino de forma o procedimiento. Porque únicamente los defectos procesales de cierta entidad pueden constituir este delito de **prevaricación**, concretamente aquellos que consisten en **absoluta falta de competencia o en inobservancia de esenciales normas de procedimiento** (sentencias de esta sala 813/1998 de 12 de junio, 877/1998 de 24 de junio, 1012/1995 de 13 de octubre, 1152/1994 de 27 de mayo y 1095/1993 de 10 de mayo, entre otras): la mera ilegalidad no basta a estos efectos.

Si aplicamos esta sencilla doctrina, tan conocida en materia de **prevaricación**, a los tres defectos que la sentencia recurrida considera integrantes del delito que estamos examinando, podemos comprobar como hemos de estimar este motivo 11º del presente recurso, lo que ha de conducirnos a un pronunciamiento absolutorio:

a) Entendemos que desde luego no es un defecto formal importante a estos efectos el hecho de no esperar a que llegaran las actuaciones originales del decanato al Juzgado de Instrucción nº 2. Siendo este competente, como sin duda lo era, ha de reputarse de relevancia muy secundaria la circunstancia de que se pusiera en marcha la querrela solo con la copia presentada en este último juzgado con el mencionado sello de haberse presentado para reparto en dicho decanato.

b) Lo mismo hemos de decir respecto de la falta relativa al acto de conciliación exigido en el *art. 804 LECr*. Siempre se ha concebido como un requisito no esencial para el procedimiento. Un dato que lo pone de relieve es que tal requisito desapareció como consecuencia de lo dispuesto en el *art. 4.1 de la Ley 62/1978 de 26 de diciembre* relativa a la protección de los derechos fundamentales de la persona, reapareciendo luego como consecuencia de su derogación por la *Ley 38/2002 de 24 de octubre*, sin que con tales incidencias se haya resentido para nada el procedimiento a seguir.

c) Y en cuanto al otro pretendido defecto procesal, el relativo a la adopción de una medida limitativa de un derecho fundamental relativo a libertad de expresión o información del *art. 20 CE* sin audiencia previa del querrelado ni del Ministerio Fiscal, basta con que pongamos aquí de relieve lo que dice una norma específica que regula esta materia, que introdujo en nuestra LECr el *art. 823 bis por medio de LO 8/2002 de 24 de octubre*. Esta especial norma procesal, en su párrafo 2, permite que los jueces, al iniciar el procedimiento puedan acordar, entre otras medidas, la prohibición de difundir el medio a través del cual se produjo la actividad delictiva, entre otros la transmisión por televisión. Pues bien en esta norma, que tiene fecha posterior a la de nuestra Constitución, nada se dice de que para adoptar tal medida sea necesaria la audiencia ni del interesado ni del Ministerio Fiscal.

En la misma línea de lo dispuesto en el *art. 278.2 LECr*, se permite que cuando haya razones de urgencia para proteger a la víctima (*art. 13 de tal ley procesal*) pueda adoptarse esta prohibición de emisión de un programa de televisión. Estimamos que tales razones de urgencia existían en el presente caso, en el cual desde varios días antes, desde el 10 de marzo, se había estado emitiendo de un modo ininterrumpido un programa de Telemar cuyo contenido no conocemos, pero que se dice gravemente perjudicial para el buen nombre del querellante Luis Miguel y de otras personas; algo que tendría que ser así, pues de otro modo no se hubiera presentado ni la denuncia del día 15 ni la querrela del 16 con la solicitud de proceder de inmediato para impedir la continuación del mencionado programa, que continuaba en antena, repetimos, sin interrupción, salvo la que se produjo, por unas horas entre el 15 y el 16.

Hemos de estimar este motivo 11º del recurso de Casimiro con el consiguiente pronunciamiento absolutorio por el delito de **prevaricación**, con lo que queda sin contenido el motivo 12º que se refiere a la multa impuesta en la sentencia recurrida por este último delito.

DUODÉCIMO .- Solo resta por examinar el motivo 10º, en el cual, por la misma vía del *núm. 1º del art. 849 de la LECr* , se alega infracción de *ley por aplicación indebida del art. 419* que sanciona el delito de cohecho cometido por autoridad o funcionario, cuando este tiene por objeto la realización de una acción u omisión constitutiva de delito.

Contestamos en los términos siguientes:

A) Para resolver las cuestiones aquí propuestas, hemos de partir de los hechos probados de la sentencia recurrida dado el cauce procesal elegido para este motivo 10º, el del *art. 849 de la LECr* que obliga a respetar tales hechos probados por lo dispuesto en el *núm. 3º del art. 884 de la misma ley* procesal.

B) Por lo que aquí nos interesa, tales hechos probados nos dicen que Casimiro pidió dinero a Luis Miguel para abonar la cantidad que se le exigía para la firma del contrato de compraventa de una vivienda cuya adquisición estaba gestionando en aquellas fechas de marzo de 2006, a cambio de un trato favorable en asuntos judiciales (pág. 7). Luego se explica la gestación de esa compraventa en la que intervino Luis Miguel en nombre de Casimiro frente a los vendedores, hermanos Juan Ignacio Ángel Jesús . Queda fijada la cantidad con que Luis Miguel va a ayudar a Casimiro (págs. 8 y 9) en 73.800 #, suma de los intereses de la parte de precio aplazado (10.800 #) y de la cantidad a abonar a la firma del contrato privado (63.000 #) - págs. 8 y 9-. Para terminar narrando la entrega de tal cantidad en dos sobres entre las 14.30 y las 15.00 horas del 17 de marzo de 2006 en el despacho de Maras donde Luis Miguel tenía una oficina, una vez que ya se habían marchado sus empleados (pág. 9).

C) Tales hechos encajan en el delito de cohecho al haber solicitado una autoridad, el magistrado Casimiro , una dádiva para realizar una determinada acción --la antes mencionada suspensión del programa que estaba emitiendo Telemar-- en el ejercicio de su cargo; pero no en la figura del *art. 419 del CP* al haber quedado excluido el delito de **prevaricación**.

D) Del contenido de la emisión suspendida nada conocemos. Solo que Casimiro , que la recibió en su juzgado con la denuncia inicial, indudablemente la visionó y la consideró merecedora de ser prohibida. Pero no nos dice nada, ni lo podía decir, sobre ese contenido, el relato de hechos probados, porque tal contenido no fue objeto de prueba, como bien dice el escrito de recurso. Ante esa omisión, aplicando aquí el principio "in dubio pro reo", hemos de entender que los hechos ocurrieron del modo más favorable para el acusado; esto es, que ese contenido justificaba la resolución de suspensión de la emisión de Telemar. Es decir, hemos de estimar que el cohecho no tuvo por objeto la ejecución de un acto injusto por Casimiro , con lo que no cabe aplicar tampoco el *art. 420*. E) Nos hallamos ante un supuesto que encaja en el 425, pues la autoridad -el magistrado- solicitó dádiva para realizar un acto propio de su cargo, que no es constitutivo de delito ni tampoco injusto con lo que ha de ser sancionado con multa del tanto al triplo de la dádiva y suspensión de empleo o cargo público de seis meses a tres años. Luego, en la segunda sentencia concretaremos cuáles han de ser las sanciones a imponer.

F) No cabe aplicar la otra figura más leve de cohecho, la del *art. 426* , como pretende el recurrente, pues la autoridad no se limitó a admitir la dádiva ofrecida por el particular, sino que, como dicen los hechos probados, fue Casimiro quien la solicitó.

G) Esto ha de tener el adecuado reflejo en cuanto a la responsabilidad penal de Luis Miguel , el particular que atendió la solicitud de dádiva formulada por la autoridad. La pena a imponer a este será la del *art. 423.2* . La expresión "*prevista en el apartado anterior*", usada en este *art. 423.2* , ha de entenderse referida a los demás cohechos cometidos por particulares, no solo al del *art. 423.1* . En este caso ha de referirse a la del *art. 425* , que no castiga con prisión y multa, sino solo con multa. Esto es, a Luis Miguel ha de corresponderle la pena inferior en grado a la de multa del tanto al triplo de la dádiva, que también concretaremos luego en la segunda sentencia. No así la de suspensión de empleo o cargo público, que es exclusiva de la autoridad o funcionario público.

DECIMOTERCERO .- Por lo dispuesto en el *art. 901 de la LECr* ., hay que declarar de oficio las costas devengadas por el recurso de Casimiro , al ser estimatoria la presente resolución, aunque sea solo en parte. Asimismo tal pronunciamiento ha de extenderse al recurso de Luis Miguel que también se ve beneficiado de esa estimación del recurso del coacusado.

III. FALLO

NO HA LUGAR AL RECURSO DE CASACIÓN formulado por **Luis Miguel** contra la sentencia que le condenó por delito de cohecho dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla con fecha siete de agosto de dos mil ocho .

HA LUGAR AL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por **Casimiro** , por estimación total del motivo undécimo y parcial del décimo, ambos referidos a infracción de ley, y por ello anulamos la mencionada sentencia de 7 de agosto de 2008 que asimismo condenó a Casimiro por delito de cohecho y por otro de **prevaricación**.

Declaramos de oficio las costas de ambos recursos.

Comuníquese esta resolución y la que a continuación se dicta al mencionado Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla a los efectos legales oportunos con devolución de la causa que en su día remitió.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. **Carlos Granados Pérez Perfecto Andrés Ibáñez José Manuel Maza Martín Luciano Varela Castro Joaquín Delgado García**

SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintitrés de Marzo de dos mil nueve

En el Procedimiento Abreviado nº 2/2008 por la **Sala de lo Civil y Penal** del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla, se ha dictado **sentencia** condenatoria por los delitos de cohecho contra **Luis Miguel y Casimiro** y además a este último por un delito de **prevaricación**, sentencia que ha sido anulada por la pronunciada en el día de hoy por esta **Sala de lo Penal** del Tribunal Supremo, integrada por los anotados al margen, siendo ponente Joaquín Delgado García. Se tienen aquí por reproducidos todos los datos de dichos acusados que aparecen en el encabezamiento de la sentencia recurrida.

I. ANTECEDENTES

Los de la sentencia recurrida y anulada, incluso su relato de hechos probados, así como los de la anterior sentencia de casación.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- Los de la mencionada sentencia de instancia con las salvedades siguientes:

1ª Por lo expuesto en el fundamento de derecho undécimo de la anterior sentencia de casación, hay que absolver a Casimiro del delito de **prevaricación** por el que ha sido acusado por el Ministerio Fiscal

2ª. Conforme a lo razonado en el fundamento de derecho undécimo: a) hay que condenar a Casimiro como autor de un delito de cohecho del *art. 425.1 CP* y b) a Luis Miguel como autor de otro cohecho del 423.2.

SEGUNDO .- Los demás fundamentos de derecho de la anterior sentencia de casación.

TERCERO .- En tales delitos no concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, por lo que para concretar las penas a imponer hay que aplicar la *regla 6ª del art. 66.1 CP* que permite recorrer toda la pena prevista en la ley teniendo en cuenta las circunstancias personales del delincuente y la mayor o menor gravedad del hecho.

Las circunstancias personales que conocemos de Casimiro y de Luis Miguel de nada nos sirven en este tema de individualización de las penas.

Por ello hemos de atender a la gravedad de los hechos por los que se condena, prescindiendo de aquellas circunstancias que ya forman parte del tipo de delito correspondiente:

a) A Casimiro le corresponde una pena de suspensión de empleo o cargo público por tiempo de 6 meses a 3 años. Consideramos que la cuantía de la dádiva, que alcanzó a 73.800 #, tiene de por sí cierto relieve, razón por la cual consideramos justificada la imposición de tal suspensión en una duración equivalente al máximo de la mitad inferior, 21 meses, con relación al cargo de magistrado en cuyo ejercicio cometió este delito de cohecho.

b) En cuanto a la multa por el mismo delito acordamos concretarla en el mínimo legalmente permitido por coincidir con la misma cuantía que se impuso en la sentencia recurrida, por un delito más grave y que nadie ha impugnado, 73.800 #, el tanto de la dádiva solicitada y obtenida, con la misma responsabilidad personal subsidiaria de un mes que se acordó en la instancia.

c) En cuanto a Luis Miguel , le corresponde la pena inferior en grado a esa pena de multa. Acordamos seguir el mismo criterio de sancionar en el mínimo legal que es de 36.900 # (*art. 70.1.2ª CP*).

CUARTO. - En cuanto a las costas, procede declarar de oficio la mitad de las devengadas en la instancia por las absoluciones en definitiva acordadas, así como condenar a cada uno de los dos acusados al pago de una sexta parte, por lo dispuesto en el *art. 123 CP y 239 y 240 LECr*. Recordamos que la sentencia recurrida absolvió por el delito de asesoramiento accidental o negociación prohibida a funcionario público.

III. FALLO

CONDENAMOS a Casimiro como autor de un delito de cohecho del *art. 425.1 CP* sin circunstancias modificativas, a veintidós meses de suspensión de su cargo de magistrado y multa de **73.800 #** (setenta y tres mil ochocientos euros) con responsabilidad personal subsidiaria de un mes, y al pago de una cuarta parte de las costas de la instancia.

CONDENAMOS a Luis Miguel como autor de otro delito de cohecho del *art. 423.2 CP* , también sin circunstancias, a la pena de multa de **36.900 #** (treinta y seis mil novecientos euros) con responsabilidad personal subsidiaria de quince días, así como al pago de una cuarta parte de las costas de la instancia.

ABSOLVEMOS a Casimiro del delito de **prevaricación** por el que acusó el Ministerio Fiscal.

Declaramos de oficio las otras cuatro sextas partes de la instancia .

Con los demás pronunciamientos de la sentencia recurrida y anulada.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. **Carlos Granados Pérez Perfecto Andrés Ibáñez José Manuel Maza Martín Luciano Varela Castro Joaquín Delgado García**

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