



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



Sección: JP
TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA. SALA DE LO
PENAL
C./ Plaza San Agustín nº 6
Las Palmas de Gran Canaria
Teléfono: 928 30 65 00
Fax.: 928 30 65 02
Email: civilpenaltsj.lpa@justiciaencanarias.org

Procedimiento: Diligencias previas
Nº Procedimiento: 0000008/2019
NIG: 3501631220190000023
Resolución: Auto 000014/2019

Intervención:
Querellado
Querellante

Interviniente:
RAFAEL LIS ESTÉVEZ
CARLOS ESPINO ANGULO

Procurador:
MARIA DE LAS MERCEDES RAMIREZ
JIMENEZ

AUTO

Presidente:

Excmo. Sr. D. Antonio Doreste Armas.

Magistrados:

Ilmo. Sr. D. Jaime Borrás Moya.

Ilma. Sra. D. Carlos de Millán Hernández.

En Las Palmas de Gran Canaria, a 26 de diciembre de 2019.

HECHOS

PRIMERO. El 30 de abril de 2019, mediante diligencia de ordenación de la Sra. Letrada de la Administración de Justicia de esta Sala, se tuvo por presentado escrito de querella y documentos adjuntos por la procuradora doña María Mercedes Ramírez Jiménez en nombre de don Carlos Espino Angulo, por presunto delito de prevaricación judicial, contra el Ilmo. Sr. D. Rafael Lis Estévez, Magistrado-Juez del Juzgado de Instrucción nº 3 de Arrecife. Requerida dicha representación procesal para adjuntar poder especialísimo o, en su defecto, otorgamiento de poder *apud acta*, presentó el oportuno poder y se tuvo por subsanado el defecto de representación.

SEGUNDO. La Ilma. Sra. D^a Margarita Varona Faus y la Ilma. Sra. D^a Carla Bellini Domínguez, magistradas de esta Sala, presentaron sendos escritos planteando su abstención en las presentes actuaciones por las magistradas entender que concurre la causa establecida en el artículo 219.9 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Mediante diligencia de ordenación de fecha 7 de mayo de 2019 se ordenó dar a ambos escritos de abstención el trámite regulado en el art. 102 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al que se remite el art. 54 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Asimismo, y de conformidad con lo establecido en el art. 102.1 de la LEC, se ordenó



La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieren un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados. Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.



poner en conocimiento del Presidente de la Sala las abstenciones alegadas por las magistradas, así como solicitar de la Secretaría de Gobierno de este Tribunal la designación de dos magistrados para completar la Sala al objeto de resolver sobre las abstenciones. De conformidad con lo regulado en el art. 102.2 de la LEC, se acordó la suspensión del curso del proceso hasta que se resolvieran las abstenciones planteadas.

TERCERO. Recibida el 2 de junio de 2019 la designación del Ilmo. Sr. D. César García Otero y del Ilmo. Sr. D. Jaime Borrás Moya como magistrados para completar Sala en la presente causa, se dictó por la Sra. Letrada de la Administración de Justicia una diligencia de ordenación de fecha 3 de junio de 2019 reseñando la composición de la Sala, presidida por el Excmo. Sr. D. Antonio Doreste Armas y completada por los dos magistrados designados, correspondiendo la ponencia al Ilmo. Sr. Borrás Moya. Asimismo se ordenó la entrega de las actuaciones el Excmo. Sr. Doreste Armas para la previa resolución de las abstenciones planteadas.

CUARTO. Mediante auto de 5 de junio de 2019 la Sala acordó tener por justificadas las abstenciones planteadas por las magistradas Ilma. Sra. D^a Margarita Varona Faus e Ilma. Sra. D^a Carla Bellini Domínguez, al concurrir la causa señalada en la regla novena del artículo 219 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

QUINTO. El 16 de julio de 2019 la Sala acordó mediante providencia que, con carácter previo a resolver si procedía o no la admisión a trámite de la querella, y con base en lo estipulado en el artículo 410 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que por el querellado se emitiera un informe y lo remitiera en el plazo de diez días a esta Sala. El 31 de julio de 2019 tuvo entrada en esta Sala el informe del querellado.

SEXTO. Mediante providencia dictada el 20 de agosto de 2019, la Sala acordó recabar del Ministerio Fiscal un informe sobre competencia y contenido y, en particular, sobre la procedencia de admitir o inadmitir a trámite la querella objeto de las presentes actuaciones. El Ministerio Público evacuó el traslado mediante escrito que tuvo entrada el pasado día 18 de diciembre de 2019, interesando la no admisión a trámite de la querella y el archivo de las actuaciones.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO. La presentación de una querella criminal no asegura al querellante la tramitación de la misma, pues es preciso que de la misma se desprendan indicios de criminalidad suficientes para ello, y sin que tal afirmación indique un tratamiento singular o privilegiado a un ex magistrado, como es el caso, sino que obedece a la utilización del mecanismo procesal de la admisión/inadmisión o el de la desestimación de la misma ex arts. 312 y 313, respectivamente, LECr. Y en particular, responde a la aplicación de la doctrina jurisprudencial constitucional y ordinaria que reserva al órgano judicial competente (aquí esta Sala de lo Penal, ex arts. 405 y 73.3.b LOPJ) el examen de dos aspectos: el meramente formal de la querella (aquí cumplido) y el material al que se refiere la afirmación anterior, que se ampara, además en lo que atañe al presente caso, en el art. 410 LOPJ, y se desglosa, a su vez, en dos aspectos, a tenor de tal precepto: el uno, la verosimilitud de la imputación (aspecto que desde ahora debe aceptarse visto que se trata de retrasos en la tramitación de una causa penal, cuyos hitos



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



cronológicos son fácilmente constatables, como datos objetivos que constan en las actuaciones) y, el otro, la relevancia penal de los hechos, lo que implica la obtención de una conclusión de prosperabilidad de la causa penal que se incoe. Será éste el requisito que se examinará en el presente Auto.

Tal doctrina que sobre la admisión de las querellas se contiene en la jurisprudencia ordinaria (ATS 24-3-17, entre otras) y constitucional (muestra es la STCo. 148/87), seguida por Autos de esta Sala, como el de 25-7-17, ref. 1/17, FJ 2º A.

Razonó éste que *"Como motivación general para llegar a la conclusión desestimatoria del recurso que, desde ahora se anuncia, debe razonarse que no puede olvidarse la aflicción interna, los perjuicios económicos (salvo quienes acuden al turno de oficio) y, sobre todo, el significativo daño moral objetivo que soporta toda persona sometida a una causa penal, daño que conlleva el descrédito público de tener que soportar el estigma o etiqueta de estar sujeto a una investigación judicial penal, estigma que resulta apenas mitigado por el cambio de denominación del especialmente desafortunado y peyorativo término "imputado", por el de "investigado", pues continuamente los medios de comunicación reproducen la frase "investigado (antes imputado)". Este daño -tan cierto como intenso- no sólo se proyecta en el entorno laboral, familiar y social de la persona "investigada", sino que trasciende al ámbito público y a los medios de comunicación, cuando se trata de un personaje con proyección pública, y muy especialmente cuando esta proyección pública se produce por su profesión en el ámbito jurídico en general y aún mayor si lo es en el ámbito judicial en particular. No obstante, la objetiva e innegable concurrencia de mayor daño en quienes concurre esta proyección pública (daño en el que insiste, con acierto, la querellada, al aludir a su condición profesional judicial y a su legítima aspiración a la elección a cargo público representativo), debe recordarse en que este daño afecta a todo ciudadano, pues restringirlo a los personajes con proyección pública significaría un trato discriminatorio en perjuicio de los ciudadanos anónimos o con menor conocimiento público.*

Súmese a ello la dificultad, -por no decir imposibilidad- de reparación efectiva (se insiste en este último término) de dicho daño cuando, más tarde, la causa penal se sobresee (caso de la presente causa) o se produce la absolución; los mecanismos que ofrece nuestro Ordenamiento Jurídico carecen del suficiente vigor reparador, no llegando a constituirse en una real "restitutio in integrum", en especial en cuanto afectan al honor y buen nombre de la persona estigmatizada por una investigación penal. No resarcen (a nivel efectivo y total) los mecanismos existentes en el ámbito administrativo (ni siquiera en los casos de prisión provisional ex art. 294 LOPJ), contra la Administración de Justicia en general (arts. 291 y ss. y 411 LOPJ, en especial por parte de miembros del poder judicial), como en el ámbito penal en los casos de denuncia inveraz (dados los términos altamente restrictivos del art. 456 CP), como en el ámbito civil frente a los medios de comunicación (STCo. 7 de Julio de 1.997, entre tantas otras) ni las acciones civiles de reparación por responsabilidad aquiliana (art. 1.902 del Código Civil) ni siquiera utilizando los cauces legales materiales propios de reparación del daño moral producido contra el derecho al honor (L.O. 1/82) pese a la jurisprudencia amplia en materia de resarcimiento (STS 15 de Abril de 1.991) frente a particulares. Debe reconocerse, pues, que esta estigmatización, que se proyecta en el tiempo, queda como una cicatriz en la persona sometida a una causa penal y esa cicatriz no resulta (generalmente) resarcida por los instrumentos legales reparadores, al menos no resulta resarcida en su integridad material.



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



La conclusión de lo anteriormente razonado conduce a una perspectiva de cautela, que debe presidir la actuación en sede judicial de instrucción, debiendo avanzar el procedimiento sólo cuando los hechos que se vayan atribuyendo por quienes ostentan la iniciativa en la instrucción (en el presente caso, sólo la acusación particular) revistan, de un lado, cierto grado de seguridad con la vista puesta en la probanza de los mismos en el acto del plenario; de otro lado, que estos hechos sean materialmente los elementos objetivos del tipo, o sea, los "facti" configuradores del delito (o delitos), y no cuando sean hechos que generen reproche social ético o estético, por reprobables que puedan ser; y, además, cuando estos hechos estén constatados o, al menos, cuando existan razonables probabilidades de que una labor instructora (no prospectiva) pueda acreditarlos mediante técnicas de investigación respetuosas con los derechos fundamentales, en los términos admitidos por la jurisprudencia, especialmente restrictiva (cada vez más), en los sistemas de investigación de carácter prospectivo y/o intrusivo (STCo. 26/06, STS 7 de Abril de 1997 y STEdH 18 Febrero de 2.003 y STS 19 de Diciembre de 2.008, muy especialmente, la muy reciente SAP Madrid (Secc. 2ª) de 19 de Junio del corriente año 2.017 (pese a no constituir doctrina de rango jurisprudencial) que, pendiente del previsible recurso de casación, es muestra de esta tendencia restrictiva que se aprecia en la doctrina, que se orienta a restringir la jurisprudencia tradicional en esta materia, configurada por, entre otras, la STS de 29 de Septiembre de 1.994). En caso contrario, se impone el sobreseimiento de las actuaciones instructoras penales.

Consiguientemente, estas consideraciones deben conducir a una necesaria labor de examen de la prosperabilidad de la causa penal, es decir, el examen de la probabilidad (no mera "spes") de existencia de delito, atendiendo a los elementos configuradores del tipo delictivo (o, en su caso, varios) por el que se ha encauzado la investigación penal, una vez residenciada en sede judicial, elementos que merecen ser objeto de atento examen, tanto los de contenido jurídico (tipificación, encaje de los hechos en los supuestos configurados en el CP) o bien lo sean de contenido fáctico (alto grado de dificultad en la probanza o en el acopio de material indiciario, tarea típica de la labor instructora penal ex art. 311, 312 y 326 y ss. LECr), a fin de evitar la dilación de la instrucción (ya limitada temporalmente en los términos del nuevo art. 324 LECr.), evitando la transformación del procedimiento penal en ya proscrita "causa general o prospectiva", propia de los procesos inquisitoriales, prohibida tajantemente por la doctrina jurisprudencial, tanto ordinaria como constitucional, citada al final del párrafo precedente."

SEGUNDO. Ha lugar a reproducir el atinado y motivado dictamen del Ministerio Fiscal, que se pronuncia en los siguientes términos, que son asumidos por esta Sala en su integridad:

1. Como ya referí en el escrito de 30 de septiembre de 2019, las presentes diligencias tienen su origen en el escrito de querella presentado por la representación legal de don Carlos Espino Angulo, denunciando la posible comisión de un delito de prevaricación judicial en su modalidad de retardo malicioso en la administración de justicia del artículo 449 del Código Penal, incluyendo en su denuncia otro delito de prevaricación judicial del artículo 446 del Código Penal, considerando responsable de dichos delitos al que fuera titular del Juzgado de Instrucción nº Tres de Arrecife Ilmo. Sr. don Rafael Lis Estévez, en relación con la tramitación de dos procedimientos del referido Juzgado de Instrucción, concretamente las diligencias previas 2962/11 respecto del delito de retardo malicioso en la administración de justicia y las



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



diligencias previas 1359/16 en referencia al delito de prevaricación judicial, teniendo en común la circunstancia de que en ambos procedimientos don Carlos Espino Angulo –querellante en el presente- ostentaba la condición de investigado.

Los hechos denunciados se refieren a la actividad jurisdiccional desarrollada por el referido Magistrado durante la tramitación de las diligencias previas 2962/2011 y en la tramitación de las diligencias previas 1359/2016. Concretamente y por lo que a las diligencias previas 2962/11 se refiere, el querellante considera que se ha producido un retraso que califica de malicioso en referencia a la resolución del recurso de reforma interpuesto por diversos investigados contra la providencia dictada el 1 de diciembre de 2015 -por la que se admitió la personación como acusador popular de la “Asociación de Juristas por la defensa de la Legalidad y las garantías del proceso Jiménez de Asúa”- que se demora hasta el Auto de 14 de marzo de 2019, al retraso de mas de tres años en la resolución del recurso interpuesto la representación de don Carlos Espino la califica como constitutiva de un delito de prevaricación en su modalidad de retraso malicioso en la administración de justicia del artículo 449 del Código Penal .

Por lo que a las diligencias previas 1359/2016 se refiere, la parte querellante considera que el Magistrado querellado ha incurrido en un delito de prevaricación judicial del artículo 446 del Código Penal al dictar el Auto el 29 de abril de 2018 por el que transforma en procedimiento abreviado las diligencias previas antes mencionadas, siguiendo las indicaciones de la asociación personada “Asociación de Juristas por la defensa de la Legalidad y las garantías del proceso Jiménez de Asúa”, no teniendo en cuenta las peticiones de sobreseimiento de las defensas de los investigados y del Ministerio Fiscal.

2. Reiteramos lo referido en el anterior informe en cuanto a la competencia de la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Canarias para conocer de los hechos que son objeto de la querella presentada contra don Rafael Lis Estévez, de conformidad con lo previsto en el art. 73.3 apartado b) de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ).

3. Sentado lo anterior, corresponde al órgano jurisdiccional competente una primera valoración de la fundabilidad de la querella, toda vez que de acuerdo con lo prevenido en los artículos 312 y 313 de la L. E. Crim. el organismo jurisdiccional competente “deestimará de la misma forma la querella cuando los hechos en que se funda no constituyan delito”. Pues como ha puesto de relieve el Tribunal Constitucional en reiteradas sentencias, entre otras STC 26/2018 de 5 de marzo, el derecho a la tutela judicial efectiva del denunciante o querellante no se verá necesariamente afectado, en clave constitucional, por una decisión de inadmisión de la denuncia o querella; tampoco por una decisión posterior de finalización de la instrucción, con sobreseimiento y archivo de la causa, o por una decisión final sobre el fondo de la pretensión penal deducida. Sólo se verá afectado si la decisión de no proseguir con la indagación penal afecta, en cualquiera de estos momentos procesales, a diligencias oportunamente solicitadas por el recurrente, parte en el procedimiento judicial, que incidan en su derecho a la utilización de los medios de prueba; o también cuando, realizadas estas de modo bastante, se vea afectada la determinación de lo sucedido a partir de las mismas o bien la calificación jurídica de los hechos que se constatan, en el mismo sentido STC 34/2008, de 25 de febrero.

Sigue diciendo la STC 26/2018, ello es así porque el ejercicio de la acción penal no comporta, en el marco del artículo 24.1 CE, un derecho incondicionado a la apertura y plena



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



sustanciación del proceso penal, sino sólo a obtener en la fase instructora un pronunciamiento judicial motivada sobre la calificación jurídica que merecen los hechos, expresando las razones por las que se inadmite su tramitación, o bien se acuerda posteriormente el sobreseimiento y archivo de las actuaciones. De modo que las exigencias derivadas del derecho a la tutela judicial efectiva se verán satisfechas por la resolución de inadmisión si se fundamenta de forma razonable en la exclusión ab initio del carácter delictivo de los hechos imputados; o bien, en caso de admitirse la querella, por la resolución judicial que acuerda la terminación anticipada del proceso penal, sin apertura de la fase de plenario, sobre una razonada y razonable concurrencia de los motivos legalmente previstos en el sobreseimiento, libre o provisional, de conformidad con los arts. 637 y 641 de la LECrim. y, dado el caso, por aplicación del art. 779.1.1 de la LECrim. para el procedimiento abreviado.

La persona tenida en el proceso por víctima o perjudicado no tiene, pues, un derecho constitucional a la condena penal del otro (STC 12/2016, de 16 de enero). Así lo ha señalado el TC en multitud de ocasiones, indicando desde sus comienzos que la Constitución no otorga ningún derecho a obtener condenas penales (STCS 147/1985, de 27 de marzo; 83/1989, de 10 de mayo; 157/1990, de 18 de octubre; 31/1996, de 27 de febrero; 232/2002 de 9 de diciembre; o 189/2004, de 2 de noviembre). Como expuso la STC 157/1990 de 18 de octubre y han recordado después las SSTC 34/2008 de 25 de febrero y 232/1988 de 1 de diciembre, en modo alguno puede confundirse el derecho a la jurisdicción penal para instar la aplicación del ius puniendi con el derecho material a penar, de exclusiva naturaleza pública y cuya titularidad corresponde al Estado.

En el mismo sentido la STC de 9 de enero de 1985, fijaba: la apreciación del carácter punitivo de los hechos narrados no puede dejarse al concepto que pudieran merecer a las representaciones que los formulan; habiendo precisado posteriormente el mismo Tribunal Constitucional en su sentencia de 13 de octubre de 1992 que la puesta en marcha de la pretensión punitiva exige un extremado juicio de ponderación sobre su admisibilidad "en evitación de querellas infundadas, con sus gravosas consecuencias"; toda vez que quien se considere ofendido por un delito y formule por ello la subsiguiente querella, no tiene un derecho absoluto a la incoación de toda la instrucción penal ni, desde luego, tiene un derecho incondicionado a la apertura del juicio oral ni a la obtención de una sentencia favorable a sus pretensiones.

En el mismo sentido y en el marco del artículo 24.1 de la CE no existe un derecho incondicionado a la apertura y plena sustanciación del proceso penal, sino sólo a obtener un pronunciamiento motivado del Juez o Tribunal en la fase instructora sobre la calificación jurídica que le merecen los hechos, que exprese de manera inteligible las razones por las que, en su caso, inadmite su tramitación, de forma que permita el eventual control jurisdiccional de los recursos previstos en el ordenamiento jurídico, todo ello independientemente de la parquedad o concentración del razonamiento (STC 148/1987 de 28 sep.).

La misma doctrina emana en otros pronunciamientos del TC, así: "En efecto, es preciso recordar que, según doctrina constitucional reiterada, la acción penal no otorga al ofendido un derecho absoluto a la incoación de toda la instrucción ni un derecho incondicionado a la apertura del juicio oral" (SSTC 40/1994, de 15 de febrero, y 94/2001, de 2 de abril). "Tal derecho es compatible con un pronunciamiento motivado en fase instructora que ponga término de forma provisional o definitiva al proceso, por entender el órgano judicial, razonadamente, que



La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que las mismas contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados. Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.



se encuentra en uno de los supuestos que justifican el sobreseimiento libre o provisional de la causa o, incluso, la inadmisión de la querella presentada" (entre otras, SSTC 157/1990, de 18 de octubre; 199/1996, de 3 de diciembre; y 138/1997, de 22 de julio).

Examinado el contenido del escrito de querella, las alegaciones expuestas, así como la documental aportada y los testimonios que solicitados han sido incorporados a la causa, resulta evidente que el sentido del informe del Ministerio Fiscal será el de la inexistencia de delito alguno en la conducta del Juez contra el que se dirige la querella, procediendo, una vez aceptada la competencia, la inadmisión a trámite de la misma y el archivo de las actuaciones en atención a las consideraciones que se expondrán a continuación.

4. En relación con el delito de Retardo Malicioso en la Administración de Justicia, la representación de don Carlos Espino Angulo concreta en el escrito de querella que el reproche penal contemplado en el art. 449 del Código Penal viene referido al retraso causado por el Magistrado Instructor durante la tramitación de las diligencias previas 2962/2011 del Juzgado de Instrucción nº Tres de Arrecife y concretamente en la resolución del recurso de reforma interpuesto por diversos investigados contra la providencia dictada el 1 de diciembre de 2015 - por la que se admitió la personación como acusador popular de la "Asociación de Juristas por la defensa de la Legalidad y las garantías del proceso Jiménez de Asúa"- que se demora hasta el Auto de 14 de marzo de 2019, en definitiva al retraso de mas de tres años en la resolución del recurso interpuesto.

Al respecto indicar que el art. 449 del Código Penal tipifica el delito de prevaricación en su modalidad de retardo malicioso en los siguientes términos: " En la misma pena señalada en el artículo anterior incurrirá el Juez, Magistrado o Secretario Judicial culpable de retardo malicioso en la Administración de Justicia. Se entenderá por malicioso el retardo provocado para conseguir cualquier finalidad ilegítima"

El tipo descrito precisa de la adecuada interpretación jurisprudencial. Como ya tuvimos ocasión de referir en el informe del mes de septiembre, es evidente que la calificación jurídica de retraso malicioso no puede descansar -de forma exclusiva- en un cómputo del tiempo transcurrido para dictar una determinada resolución. Sin duda, el retraso -de mas de tres años- en la resolución de un recurso de reforma interpuesto por alguna de las partes personadas en el procedimiento contra la providencia que admite la personación de una determinada asociación para el ejercicio de la acción popular no puede ser instrumento suficiente de un reproche penal sobre el Instructor que encaje en el tipo penal definido en el art. 449 del Código Penal, sin perjuicio de constituir un importante indicio de su comisión. Es preciso contar, con carácter previo a la admisión o no de la querella por esos hechos, con los instrumentos de estudio y valoración necesarios para poder determinar la existencia de los elementos objetivos y subjetivos que conforman el tipo penal contemplado en el artículo 449 del Código Penal. El tipo consagrado en dicho precepto viene a completar la protección del derecho a la tutela judicial efectiva a través del correcto ejercicio de la potestad jurisdiccional.

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



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



En cuanto al elemento subjetivo, la figura delictiva de la prevaricación del artículo 449 del Código Penal necesita la concurrencia de la "malicia". Retardo malicioso describe la figura típica, si bien, y a diferencia del artículo 357 del Código de 1973, el vigente 449 ofrece una interpretación auténtica de lo que el legislador entiende por tal expresión, pues el precepto define el retardo malicioso como el provocado para conseguir cualquier finalidad ilegítima.

Volcando la anterior doctrina jurisprudencial sobre el caso concreto, resulta necesario evidenciar la omisión del Magistrado Instructor en la resolución del recurso de reforma interpuesto por las defensas contra la providencia de 1 de diciembre de 2015. Resulta difícil de entender la demora en la resolución de los recursos interpuestos. Es en el auto de 14 de marzo de 2019 donde el Magistrado don Rafael Lis pone fin a la incertidumbre que pesaba sobre la incorporación, o no, al proceso de la Asociación de Juristas por la defensa de la Legalidad y las garantías del proceso Jiménez de Asúa. Es en dicha resolución donde el Magistrado expulsa del proceso a la referida asociación, resolviendo los recursos de reforma interpuestos contra la providencia de 1 de diciembre de 2015.

Era necesario conocer la tramitación llevada a cabo en las diligencias previas 2962/2011 del Juzgado de Instrucción nº Tres de Arrecife para poder examinar la concurrencia de los elementos objetivos y subjetivos que conforman el tipo penal del art. 449 del CP. Del examen del testimonio remitido se observa, desde el punto de vista objetivo que la demora real no es superior a los tres años, como un simple cálculo aritmético haría suponer. Son varias las circunstancias que han concurrido, ajenas a la propia actuación del Magistrado querellado, para provocar una demora que sin duda debe calificarse como exagerada.

Entre ellas será preciso citar los periodos de tiempo donde el Magistrado no le fue posible acudir al Juzgados por diversas razones, así entre el 16 de febrero y el 12 de septiembre del mismo año al encontrarse de baja por enfermedad; desde el 1 de mayo hasta el 31 de octubre de 2018 al encontrarse cumpliendo una sanción de suspensión de funciones por incurrir en falta disciplinaria; del 7 al 19 de enero de 2016, del 28 de noviembre al 2 de diciembre de 2016, del 26 de diciembre de 2017 al 2 de enero de 2018, del 13 al 16 de marzo de 2018, del 21 de noviembre al 4 de diciembre de 2018 y del 13 al 28 de diciembre de 2018 al estar disfrutando de licencias por asuntos propios. Referir en todo caso como circunstancias concurrentes la especial situación personal por la que estaba atravesando don Rafael Lis como consecuencia de su estado de salud.

En la misma situación debe referirse el hecho de que por circunstancias ajenas a la voluntad del Magistrado hasta el 17 de diciembre de 2018 no se dio traslado al Ministerio Fiscal, mediante diligencia de ordenación de 14 de diciembre de 2018 del recurso de reforma y subsidiario de apelación interpuesto por las defensas de don Mario Alberto Perdomo Aparicio y doña Gloria Valenciano Rijo contra la providencia de 1 de diciembre de 2015. El Ministerio Fiscal emitió su dictamen en fecha 17 de diciembre de 2018 interesando la estimación del recurso interpuesto, siendo resuelto de forma definitiva por el Magistrado mediante Auto de 14 de marzo de 2019.

En este último episodio se puede concluir que el tiempo empleado por el Magistrado en la resolución del recurso desde el momento en que el Fiscal emite el preceptivo dictamen, puede considerarse como moderado.



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



Sin embargo no debemos obviar que con independencia de este último trámite y tal como consta del testimonio del expediente disciplinario abierto por el CGPJ contra don Rafael Lis Estévez, el Magistrado se dio cuenta del recurso interpuesto contra la providencia de 1 de diciembre de 2018 el 17 de abril de 2017, sin que procediera a impulsar su tramitación.

En cualquier caso es evidente que el retardo ha existido, pero ello no es suficiente. Resulta necesario la concurrencia del elemento subjetivo configurado con el concepto malicia que se encuentra definido en el propio precepto. Es necesario que el retardo tenga por objeto la consecución de cualquier finalidad ilegítima. Tal circunstancia no aparece evidenciada, siquiera de forma indiciaria del estudio y análisis del testimonio aportado de las diligencias previas 2962/2011.

Es evidente que el retraso no es inocuo para la correcta administración de justicia. Sin duda, un retraso como el puesto de manifiesto socava la confianza de los ciudadanos en la administración de justicia y merece el correspondiente reproche en la vía disciplinaria. Vía disciplinaria que ya ha sido objeto de valoración y de sanción por le Consejo General del Poder Judicial.

5. En cuanto al delito de prevaricación propiamente dicho, el escrito de querrela lo refiere a la tramitación de las diligencias previas 1359/2016 del Juzgados de Instrucción nº Tres de Arrecife. La representación legal de la parte querellante concreta la acción prevaricadora en el auto dictado por el Magistrado querrellado el 29 de abril de 2018, por el que da lugar a la incoación de Procedimiento Abreviado. Es la resolución referida la que merece el reproche penal, argumentando que se trata de una decisión dictada en contra de lo interesado por las defensas de los acusados y del Ministerio Fiscal que habían interesado el sobreseimiento de la causa.

El tipo penal de la prevaricación judicial viene contemplado en el art. 496 del Código Penal al disponer: "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 a veinte años, cuando dictare cualquier otra sentencia o resolución injustas".

La Jurisprudencia tiene dicho con reiteración (entre otras las STS de 26 de febrero de 2002, 28 de junio de 2004 y de 3 de febrero de 2009) respecto del delito de prevaricación judicial, que el mismo se integra por los siguientes elementos típicos:

1º) Uno objetivo, consistente en que la autoridad judicial, en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales, dicte una "resolución injusta"

2º) Y otro subjetivo, exigido con la expresión "a sabiendas", y que no es sino la inclusión expresa del dolo como requisito necesario en esta clase de infracciones desde el punto de vista de la consecuencia del carácter antijurídico de la conducta previa a de la intencionalidad infractora, que aquí se incorpora expresamente en las respectivas definiciones legales para poner de manifiesto la necesidad de que el autor de estos tipos delictivos ha de actuar con pleno conocimiento del carácter injusto de la resolución que se dicta.

No ofreciendo, en general, problemas de interpretación el término "resolución", la cuestión verdaderamente compleja y que constituye el núcleo esencial del tipo delictivo analizado, será lo relativo a determinar si la resolución es "injusta" en los términos y con el significado que



La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos portuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieren un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados. Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.



doctrinalmente se viene atribuyendo al término en referencia al delito de prevaricación y que obviamente no puede equipararse de forma automática a cualquier decisión no ajustada a Derecho, pues supondría una interpretación extraordinariamente amplia y genérica del tipo penal.

Debe tenerse en cuenta que la jurisprudencia del TS ha señalado reiteradamente que el mismo, en cuanto se refiere a una resolución injusta, requiere no solo una contradicción de lo resuelto con el derecho, sino que es preciso que la resolución cuestionada no pueda ser explicada por ninguna interpretación razonable efectuada con los métodos usualmente admitidos en Derecho.

Así en la STS 2338/2001 se hacían referencias a la posición del juez, a quien corresponde "...el monopolio de la jurisdicción y la facultad exclusiva de resolver los conflictos que se le presenten mediante la aplicación de la Ley, en un poder independiente que encuentra su límite en la aplicación del Ordenamiento Jurídico, resolviendo de manera vinculante y definitiva el asunto enjuiciado".

La jurisprudencia ha señalado que la prevaricación supone un grave apartamiento del derecho, de manera que "...no consiste en la lesión de bienes jurídicos individuales de las partes del proceso, sino en la postergación por el autor de la validez del derecho o de su imperio y, por lo tanto, en la vulneración del Estado de Derecho, dado que se quebranta la función judicial de decidir aplicando únicamente el derecho, en la forma prevista en el art. 117.1 CE", (STS nº 2/1999).

De tal manera que el elemento del tipo consiste en la injusticia de la resolución, y esta no se aprecia cuando se produce una mera contradicción con el derecho. El sistema judicial y legal admite en numerosas ocasiones interpretaciones divergentes, y es lícito que el juez o el secretario puedan optar por una u otra interpretación, aunque su decisión pudiera ser revocada mediante la interposición del correspondiente recurso. La jurisprudencia ha venido insistiendo en que la injusticia requerida por el artículo 446 del Código vigente exige una absoluta colisión de la actuación judicial con la norma aplicada en el caso, de tal forma que la decisión cuestionada no pueda ser explicada mediante ninguna interpretación razonable efectuada con los métodos usualmente admitidos en Derecho. Así, ha dicho que debe apreciarse la injusticia que requiere la prevaricación cuando "...la resolución de que se trate carece de toda posible explicación razonable, es decir, es a todas luces contraria a Derecho, porque su contenido, incluso en el supuesto de más favorable interpretación de la norma aplicable al caso o de las pruebas concurrentes, no se compadece con lo ordenado por la Ley, pudiendo referirse tal ilegalidad así cualificada, tanto a aspectos de procedimiento como materiales, ya se trate de cuestiones de calificación jurídica, ya de problemas de hecho o de apreciación de la prueba" (STS 4 de julio de 1996). En el mismo sentido la STS 15 de octubre de 1999 y STS de 11 de diciembre de 2001.

Al respecto el TS utiliza con frecuencia las expresiones: " patente, notoria e incuestionable contradicción con el ordenamiento jurídico....", " tan patente y grosera que puede ser apreciada por cualquiera..."

En definitiva, se entenderá por resolución injusta aquella que se aparta de todas las opciones jurídicamente defendibles según los métodos usualmente admitidos en Derecho, careciendo de toda interpretación razonable, y siendo en definitiva exponente de una clara irracionalidad.



La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disposición de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados. Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.



Por lo tanto, una resolución basada en una interpretación que pueda reputarse errónea, no es injusta a los efectos del delito de prevaricación, siempre que, alcanzada por los métodos de interpretación usualmente admitidos, sea defendible en Derecho (STS 17 de enero de 2012).

Resulta igualmente necesario relacionar la "resolución injusta" con la entidad y trascendencia del efecto que causa en los valores consagrados con la norma que se transgrede. Resulta exigible que la trasgresión de la norma se lleve a cabo en relación con derechos, intereses o valores de verdadera relevancia jurídica, entra los que figura de manera significativa, los relativos a derechos de rango constitucional, máxime si los mismos sufrieron un daño o perjuicio pleno en su extensión, definitivo en su duración e insubsanable de cara a una eventual reparación posterior (STS 9 de febrero de 2012). En el mismo sentido la STS 20 de diciembre de 2013 "el delito de prevaricación judicial, tanto en su modalidad dolosa como imprudente, precisa de un elemento objetivo: la injusticia de la resolución, cuya determinación, no radica en que el autor la estime como tal, sino que en clave estrictamente objetiva la misma merezca tal calificación cuando la resolución no se encuentra dentro de las opiniones que pueden ser jurídicamente defendibles. En definitiva, el elemento objetivo de la resolución injusta, solamente puede ser definido desde la perspectiva de la legalidad en la medida en que la prevaricación comienza con el abandono de dicho principio.

La esencia del delito de prevaricación se encuentra, no en la contradicción al Derecho, sino en la arbitrariedad en el ejercicio de la función jurisdiccional, el abuso de la función, en definitiva, la infracción del deber (STS 79/2012 de 9 de febrero). Por lo tanto, una resolución basada en una interpretación que pueda reputarse errónea, no es injusta a los efectos del delito de prevaricación, siempre que, alcanzada por los métodos de interpretación usualmente admitidos, sea defendible en Derecho. En la STS de 20 de diciembre de 2013, el Alto Tribunal al referirse al elemento objetivo sigue insistiendo sobre la misma idea. "Desde una formulación objetiva la esencia del delito de prevaricación radica en el quebrantamiento del Derecho cuando la aplicación del mismo no resulta objetivamente sostenible, exigiéndose una indudable infracción del Derecho. De esta manera, allí donde caben varias conductas y decisiones objetivamente sostenibles o donde existen dudas fundadas, no buscadas, en la interpretación del Derecho, la elección de una u otra de estas interpretaciones posibles -independientemente de la convicción del juez- no dará lugar a una acción prevaricadora, dado que el juez se habrá mantenido dentro de lo jurídicamente aceptable".

6. Con referencia al elemento subjetivo, precisa la jurisprudencia que la expresión "a sabiendas", que aparece en el precepto, pone de manifiesto que el titular del organismo jurisdiccional autor del delito ha de actuar necesariamente con plena conciencia del carácter injusto de la resolución que dicta. "la plena conciencia del carácter injusto de la Resolución ..." (STS de 28 de junio de 2004). "la conciencia de estar dictando una resolución con total apartamiento del principio de legalidad y de las interpretaciones usuales y admisibles en Derecho (STS de 26 de febrero de 2002). No es otra cosa que la inclusión expresa del dolo, en el sentido de que el autor debe tener plena conciencia del carácter injusto de la resolución que dicta. Es decir, debe ser consciente de la adopción de la resolución, de su sentido y de sus consecuencias y de que todo ello no puede estar amparado en una interpretación razonable de la ley. Como dice la STS 2338/2011 "la conciencia de estar dictando una resolución con total apartamiento del principio de legalidad y de las interpretaciones usuales y admisibles en derecho, en aquellos casos en los que la norma pueda ser susceptible de distintas interpretaciones, elemento que debe ser puesto en relación con la condición del Juez de



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



técnico en derecho, y por tanto conocedor del derecho y de la ciencia jurídica".

El elemento subjetivo plasmado en la prevaricación dolosa en la expresión "a sabiendas" no es otra cosa que la inclusión expresa del dolo, en el sentido de que el autor debe tener plena conciencia del carácter injusto, de la resolución que dicta. Es decir, debe ser consciente de la adopción de la resolución, de su sentido y de sus consecuencias y de que todo ello no pueda estar amparado por una interpretación razonable de la Ley (STS de 20 de diciembre de 2013). En el mismo sentido, el elemento subjetivo se integra por "...la conciencia de estar dictando una resolución con total apartamiento del principio de legalidad y de las interpretaciones usuales y admisibles en derecho, en aquellos casos en los que la norma pueda ser susceptible de distintas interpretaciones, elemento que debe ser puesto en relación con la condición del Juez de técnico en derecho, y por tanto conocedor del derecho y de la ciencia jurídica" (STS 2338/2001).

7. En este punto es necesario referir, a modo de ejemplo, los supuestos donde el TS ha estimado la concurrencia de los elementos objetivos y subjetivos del tipo del art. 446 y que aparecen en la STS de 17 de enero de 2012. Así en la STS de 4 de julio de 1996 se consideró que era constitutiva de prevaricación la conducta consistente en "...un comportamiento arbitrario, absolutamente injustificado del señor (...), al convertir en imputados a quienes en la querella habían sido propuestos como testigos". En la STS 877/1998, se calificó como prevaricadora la resolución de autorizar un matrimonio sin el previo expediente matrimonial. En la STS nº 2338/2001 se consideró constitutiva de prevaricación la resolución que aplicaba la prescripción de forma absolutamente inasumible al separarse de las previsiones legales y de la doctrina consolidada de esta Sala. En la STS nº 333/2006, se condenó por prevaricación al juez que acordó abrir un expediente gubernativo a un abogado al tener conocimiento de que había realizado alusiones a su persona y cargo en un juicio de faltas. En la STS nº 102/2009, se consideró delictiva la resolución del juez territorialmente incompetente que ordenó, sin observación del principio de contradicción, la devolución de una cantidad retenida por un establecimiento de juegos de azar, correspondiente al premio obtenido por el denunciante. En la STS 806/2004, se consideró como prevaricación la decisión de anular un procedimiento de ejecución hipotecaria del art. 131 LH.

En todos los casos se produce una contradicción clara, precisa patente, notoria e incuestionable con le ordenamiento jurídico o interpretación patente y grosera que puede ser apreciada por cualquiera.

8. Pues bien, aplicando la anterior doctrina sobre los hechos previamente consignados, se debe concluir –de forma categórica- en la inexistencia del delito de prevaricación judicial del artículo 446 al que se refiere el querellante. El auto dictado por el Magistrado Instructor el 29 de abril de 2018 por el que procede a la incoación de Procedimiento Abreviado en modo alguno puede ser considerado como una resolución que sea de una forma patente, clara, precisa y notoria contraria al ordenamiento jurídico. Se trata de una resolución que, en cuanto al fondo -es decir la apreciación de indicios de responsabilidad criminal por parte de determinadas personas- se encuentra correctamente fundamentado, no siendo esencial -para su validación con el ordenamiento jurídico- que tal resolución contase con el apoyo de un informe favorable del Ministerio Fiscal. Al contrario, el fundamentado informe del Ministerio Fiscal de 16 de enero



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



Ni siquiera en la hipótesis de que las resoluciones objeto de uno y otro procedimiento fueran distintas podría sustentarse reproche penal alguno. En tal caso, partiendo de la hipótesis de argumentarse, para rechazar la identidad de hechos, que cada una de las resoluciones retrasadas tuviera sustantividad propia, (dando tratamiento autónomo a cada trámite procesal retrasado, en vez de considerarlos conjuntamente), tampoco podría considerarse como indiciariamente delictivo tal retraso en esas otras resoluciones.

Y ello se sustentaría en el criterio del Consejo General del Poder Judicial, que no consideró que ese retraso fuera constitutivo de infracción penal, sino sólo de sanción disciplinaria y, además, graduada como falta leve, por lo que el mismo criterio debería mantenerse en cualquier otro retardo aludido de la querella cuya admisión es objeto de la presente resolución.

En efecto, el retardo en el caso objeto de comparación fue de varios años, pues se refiere a la resolución de un recurso interpuesto contra la Providencia de 1-12-15, de la que se le dio cuenta al Magistrado de la impugnación al recurso en fecha 15-12-16, desde cuya fecha ya podía resolverlo. Aún teniendo en cuenta los varios períodos de inactividad por diversas causas (baja médica, suspensión disciplinaria, vacaciones y licencias), la pasividad judicial duró hasta el 14-2-19 (fecha en la que resolvió), lo que supone una demora total de tres años, tres meses y trece días (según la propia cuenta del querellante), o sea, 39 meses y medio, demora que, si se descuentan los períodos de no permanencia por las causas indicadas (éstas suman un total de 7 meses y 12 días) quedan en un retraso (inactividad real) de 32 meses, o sea, dos años y ocho meses, que es el retraso real achacable a su inactividad; tal retardo se califica de falta disciplinaria leve (art. 419.3 LOPJ) por el CGPJ, de forma que un retardo igual o inferior podría, todo lo más, considerarse falta grave, pero no más, excluyendo por tanto la calificación de muy grave y, desde luego, excluyendo su criminalización.

De otro lado, la responsabilidad por el retardo no puede achacarse exclusivamente al Magistrado querellado, pues hubo períodos en los que fue sustituido, y, durante éstos, pudo haber resuelto el Magistrado o Magistrada que ocupara temporalmente el Juzgado, especialmente durante el largo período de suspensión de funciones (seis meses).

Y, por último, tal retraso también fue imputable a la demora en el traslado al Ministerio Fiscal del recurso interpuesto; y como indica el dictamen antes referido, el traslado se efectuó el 17 de diciembre de 2018 y el magistrado querellado resolvió el auto el 14 de marzo de 2019, auto que siguió la propuesta del fiscal, estimando el recurso interpuesto por los ahora querellantes.

Por tanto, queda excluido todo indicio de comisión del delito de retardo malicioso del art. 449 CP.

2.- La segunda se refiere a un conjunto de resoluciones que tilda de prevaricadoras por favorecedoras de la actuación procesal de la Asociación de Juristas por la Defensa de la Legalidad y las Garantías del Proceso Jiménez de Asúa (en lo sucesivo, "la Asociación"), en relacion con el Letrado Sr. García Pazos, situando al Magistrado querellado, junto a este profesional, en un bando que incluye al empresario Sr. Rosa y que, según describe, se enfrenta a otro bando en el que se encuentra, con otras personas, el Sr. Espino, que era el investigado en esas Diligencias, de tal forma que la actuación procesal del Magistrado ha sido la de favorecimiento de esta postura acusadora para perjudicar al Sr. Espino.

La descripción de ese ambiente de enfrentamiento de intereses polarizado en bandos, por cierto que sea o pueda ser, no puede servir de marco para tildar de prevaricadoras las



resoluciones que hubiere adoptado el Magistrado a favor de una u otra persona de uno u otro de los bandos, como si cualquier actuación suya, más o menos acertada (o incluso claramente desacertada), ya pudiera ser prevaricadora simplemente porque resuelve en el sentido pedido por la Asociación. Tampoco puede servir de barniz prevaricador para aplicarlo a cualquier resolución del Magistrado favorable a la Asociación el hecho de que una resolución de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial efectuara una crítica a la actuación de la Asociación en un proceso concreto, detectando una finalidad dilatoria y obstruccionista al recusar a otra Juez en otra causa penal (caso "Unión"), ni tampoco influye el hecho del tratamiento periodístico de estas incidencias (a los que se alude reiteradamente en la querella) o los antecedentes disciplinarios del Magistrado. En definitiva, no debe plantearse -como hace el querellante- un escenario de "buenos y malos" en los que la Asociación es la mala y el querellante es el bueno; pero, aunque así se admitiera, es inaceptable deducir que cualquier actuación del Magistrado querellado en la que accediera a lo solicitado por la Asociación le coloca en el lado malo del escenario y que, por tanto, tal resolución es ínsitamente ("in re ipsa") prevaricadora.

Para deducir si hay o no prevaricación (al nivel indiciario propio del presente trámite procesal de admisión/inadmisión de la querella) es necesario -imprescindible, más bien- examinar cada una de las resoluciones adoptadas, y decidir si en ellas se aprecian o no los indicios reveladores del delito de prevaricación judicial.

El núcleo del tipo delictivo (art. 446 CP) reside en la calificación de "injusta" de la resolución judicial, (elemento objetivo del delito), común a la dos modalidades, dolosa y culposa), término que encierra un concepto jurídico indeterminado (altamente indeterminado) pero que ha sido perfilado por la jurisprudencia como una actuación "desconociendo los medios y métodos de la interpretación del Derecho aceptable en tal Estado de Derecho" (STS 15-10-99) o "cuando de modo claro y evidente, sin posibilidad de duda alguna al respecto, la resolución de que se trate carece de toda posible explicación razonable, es decir, cuando es a todas luces contraria a Derecho.." (STS 14-11-95, entre otras).

La doctrina jurisprudencial (STS 3-2-09) indica que el elemento objetivo de la resolución injusta solo puede ser definido desde la perspectiva de la legalidad, porque la prevaricación comienza con el abandono de dicho principio y no desde las convicciones del juez, porque en tal caso, la subjetivización del delito de prevaricación conduce a la justificación de cualquier decisión judicial. La conciencia del juez no puede erigirse en tribunal de la conciencia de la ley, porque ello conduce, en definitiva, a convertir la conciencia del juez en la ley para resolver el conflicto y tal planteamiento es incompatible con los postulados del Estado de Derecho. Tal doctrina, por lo demás, es muy restrictiva en su apreciación, como se refleja en el dictamen del Ministerio Fiscal, que resume algunas de las muy escasas condenas por prevaricación judicial.

Tales actuaciones concretas no se encuentran descritas separada y sistemáticamente en la querella, no obstante lo cual es factible ordenarlas siguiendo el discurso fáctico de la citada querella.

A.- La primera se refiere a la dilación en la ejecución de la resolución de expulsión de una causa penal (las Diligencias Previas 1359/16) de una parte personada, (concretamente la citada Asociación), esperando a su firmeza, permitiéndole entretanto la permanencia como parte personada. Este hecho se describe en dos partes de la querella, la primera en su inicio (apartado "Cuarto. Hechos", subapartados 4º y siguientes, paginas 3 a 6) y la segunda, avanzada la querella, en el apartado 3 "Situación actual", subapartado 12º, pags. 14 y 15.



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



La justificación ofrecida por el ex magistrado querellado descarta la relevancia penal del hecho, pues tal demora deriva de la falta de firmeza de la resolución de expulsión, que se ejecutó inmediatamente de recibido el Auto de la Audiencia Provincial de data 8 de Abril de 2.019, dictándose el tal Auto por el Magistrado el 28 del mismo mes, ejecutando lo dispuesto por resolución -ya firme- y acordándose además el archivo provisional de las actuaciones penales. El efecto no suspensivo del recurso no es óbice para que el Magistrado instructor hubiere optado por esperar a la decisión del órgano superior para ejecutarla, no pudiendo tildarse de prevaricación el hecho de dejar la situación tal y como estaba (no expulsar aún del procedimiento a la Asociación) en tanto se resolvía el recurso de apelación. Por tanto, no hay una decisión judicial abierta y flagrantemente contraria a Derecho, y ello porque no carece de una explicación medianamente razonable, de tal forma que el retraso en la ejecución de la exclusión de la Asociación en el procedimiento no obedece al capricho o arbitrariedad judicial.

De ello se desprende la irrelevancia penal del hecho, que, por ende, no puede ser, ni siquiera indiciariamente, constitutivo de tipo penal alguno ni, en particular, del de prevaricación judicial del art. 446 CP, ni en su variante dolosa ni en su variante imprudente, teniendo en cuenta que en la primera prevalece el elemento subjetivo del tipo y en la segunda el objetivo (STS 20-12-13), por degradación del dolo a culpa.

B.- La no formulación de abstención por parte del Ilmo. Sr. Magistrado en esa causa penal (y en otra) a pesar de que la Asociación, en el pasado, se había personado como acusación particular contra él.

Aun dando por cierto tal hecho (la pretérita personación, como acusación particular, de la Asociación en una causa penal seguida contra el Magistrado), no se vé en esta actitud pasiva (no abstenerse) ninguna actuación prevaricadora (que se admite en su variante de omisiva, naturalmente), puesto que no restaba obligado a ello debido a que no encuentra encaje (al menos nítido encaje) en las causas de abstención/recusación, que están taxativamente contenidas (en régimen de "numerus clausus") en el art. 219 LOPJ.

1.- La primera de las causas que, a primera vista, podría encajar en causa de abstención/recusación es la ordinal 4ª : "estar o haber sido denunciado o acusado por alguna de las partes como responsable de algún delito o falta, siempre que la denuncia o acusación hubiera dado lugar a la incoación de procedimiento penal y éste no hubiera terminado por sentencia absolutoria o auto de procesamiento".

Tal causa no es aplicable por cuanto no consta ni que haya habido acusación (la mera personación como acusación popular no es más que eso, una personación, puesto que la acusación se formaliza en los correspondientes trámites de calificación) ni -obviamente- terminó esa causa penal en sentencia condenatoria (si así hubiera sido sería un antecedente penal y sería un hecho notorio que, además, constaría en la querella, que se extiende en afirmar los antecedentes disciplinarios del juez, sin aludir a los penales) de forma que su finalización lo fué por sobreseimiento. En todo caso, hubiera sido necesario, para que concurriera la causa de abstención /recusación, que concurrieran conjuntamente esas dos circunstancias (que al Asociación hubiera formalizado acusación y que hubiera habido sentencia penal condenatoria al Magistrado).



La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disposición de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados. Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.



2.- La segunda podría ser la del ordinal 7ª: "ser o haber sido denunciante o acusador de cualquiera de las partes". Causa que tampoco se dá porque se refiere a que el Magistrado fuera el acusador o denunciante, no que fuera él el acusado o denunciado (a eso se refiere la causa 4ª, ya descartada antes).

3.- La tercera podría ser la del ordinal 9º : "amistad íntima o enemistad manifiesta con cualquiera de las partes", causa que tampoco concurre por cuanto ya es forzado establecer estos sentimientos de amistad /enemistad con una persona jurídica (la Asociación) y, además, de entenderse que concurre entre el Magistrado y el Letrado Sr. Pazos, no hay indicio alguno que lo señale, salvo la relación profesional que se deduce de los hechos de la querrela y, además, la amistad/enemistad debe ser con las partes, no con los profesionales que tienen relación de defensa jurídica con las partes (los Abogados) y el Sr. Pazos no es parte en el proceso.

C.- El Auto que imponía una fianza al querellante, de 1,5 millones de euros, en las circunstancias que resalta el querellante: tras diez años de tramitación sin haberse adoptado resolución alguna de imposición de fianza y a instancias de la Asociación.

No se ve ilegalidad alguna en que la medida cautelar de imposición de fianza se haga en fase avanzada de las Diligencias Previas, ni que sea a instancias de la Asociación personada como acusación, una de cuyas posibilidades de actuación en el proceso penal es precisamente la de la solicitud de adopción de estas medidas. Podrá entenderse inadecuada, excesiva o "sorpresiva" (como la califica el querellante), pero no ilegal y menos aún cuando esta fianza fue dejada sin efecto por la Juez sustituta que relevó al Magistrado durante su período de suspensión y el Magistrado, al retornar al Juzgado, no volvió a adoptar la medida. Sólo en este último caso, si lo hubiera hecho, podría haberse atisbado indicio de conducta irregular.

D.- Que la Asociación presentó escrito personándose en las Diligencias Previas antes de que éstas fueran incoadas.

Este hecho no evidencia que la Asociación tuviera conocimiento de que se iban a incoar, pues podría simplemente preverlo dado que había presentado ampliación de denuncia en la causa que se seguía en otro Juzgado (el nº 4) pero aun existiendo la posibilidad de que dispusiera de información proveniente de ambientes judiciales, no hay indicio alguno, -ni lo ofrece el querellante- de que esta fuga de información proviniera del Magistrado y, en todo caso, no hay resolución alguna que pueda tildarse de prevaricación.

E.- Que en el Auto de incoación de las Diligencias, el Magistrado requiere a la Asociación para que complete la denuncia (falta el folio nº 2) y cuando se hace, el texto de la denuncia difiere del presentado antes, hecho que, por cierto que sea o pueda ser, no ofrece irregularidad alguna y desde luego, ninguna relación se atisba entre ello y el Magistrado, ni hay resolución alguna.

F.- Que la resolución antes citada, por la que se requiere a la Asociación que subsane ese defecto, adoptó la fórmula de Auto, mientras que la posterior resolución que admitió la personación adopta la de Providencia. Esta diferencia no tiene la mayor relevancia, pues se limita a la fórmula de la decisión judicial, no a su contenido, sobre el que ni siquiera el querellante señala irregularidad alguna.



La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieren un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados. Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.



G.- Que en el Auto que declara como compleja la instrucción de la causa (a solicitud de la Asociación y también de la Fiscalía), en su apartado "Antecedentes de Hecho" se indica que las Diligencias se iniciaron como consecuencia de querrela interpuesta por la Asociación, cuando lo que la inició fue una denuncia.

Este hecho, por sí mismo, carece de relevancia penal, tratándose de un simple error material que carece de consecuencia en sí mismo, a salvo de lo que se analizará en el siguiente y último de los hechos de la querrela.

H.- Su actuación de mantenimiento de la personación de la Asociación.

Al respecto, la Sala, además de dar por reproducida la doctrina expuesta en el documentado y atinado Dictamen del Ministerio Fiscal, debe añadir, a este respecto, que en todo caso, el Magistrado expulsó a la Asociación de la causa penal, es decir, dejó sin efecto la personación, con lo que no hay resolución injusta, puesto que resolvió conforme a Derecho.

Otra cosa es que esa decisión la adoptara tardíamente, pero esta demora ya ha sido objeto de análisis en el Fundamento Jurídico anterior, en el que se descartó su criminalización.

Por tanto, conforme con el atinado, exhaustivo y motivado Dictamen del Ministerio Fiscal, no ha lugar a la admisión de la querrela, procediendo el archivo de las actuaciones.

Vistos los artículos citados y aquellos otros de general y pertinente aplicación.

PARTE DISPOSITIVA

La Sala acuerda no haber lugar a la admisión a trámite de la querrela formulada por la procuradora doña María Mercedes Ramírez Jiménez en representación de don Carlos Espino Angulo, por presunto delito de prevaricación judicial, contra el Ilmo. Sr. D. Rafael Lis Estévez, Magistrado-Juez del Juzgado de Instrucción nº 3 de Arrecife; asimismo se acuerda el archivo de las presentes actuaciones.

Notifíquese la presente resolución al Ministerio Fiscal y a la representación procesal del querellante.

Contra esta resolución cabe recurso de súplica en el plazo de tres días ante esta Sala.

Así por este auto lo acordamos, mandamos y firmamos.