

Voto particular que formula el Magistrado D. Emilio Fernández Castro frente al auto aprobado por decisión mayoritaria de la Sala en relación con la querella número 25 del año 2.011.

En Madrid, a diecisiete de abril de 2012.

Antecedentes de hecho

Primero.- El día veinte de diciembre del año 2.011, tuvo entrada en este Tribunal un escrito mediante el que el Procurador de los Tribunales D. Ignacio Gómez Gallegos, interponía, en el nombre y la representación de D. David Ríos Insúa, una querella por un supuesto delito de prevaricación contra el Magistrado titular del Juzgado de lo Contencioso-administrativo número 23 de los de Madrid con motivo de su actuación en el procedimiento ordinario número 146 del año 2.009.

Segundo.- Una diligencia de ordenación dictada el día veintiuno de diciembre del año 2.011, dispuso el registro del escrito presentado, participó la composición de la Sala, designó como ponente al Ilmo. Sr. D. José Manuel Suárez Robledano y acordó oír al Ministerio Fiscal por término de cinco días sobre la atribución competencial de dicho órgano para conocer de la querella presentada y sobre la admisibilidad de ésta.

Tercero.- En virtud de un informe fechado el día veintiséis de diciembre siguiente, el Ministerio Fiscal, tras estimar que la competencia correspondía a este órgano colegiado, expuso su criterio acerca de que los hechos relatados en la querella no podían, prima facie, reputarse patentemente inocuos desde el punto de vista penal, por lo que estimó razonable la admisión de aquella a trámite y la práctica de las diligencias que se consideraran precisas para resolver de modo fundado sobre la existencia o no de los delitos que en ella se imputaban al querellado.

Cuarto.- Una nueva diligencia de ordenación señaló para iniciar la deliberación el siguiente día dieciocho de enero del año 2.012.



Quinto.-

Fundamentos de derecho

Primero.- Los hechos sobre los que descansaba el inicial escrito de querrela, adicionados con algunas menciones que proceden del copioso material documental que remitieron la Sala de lo Contencioso administrativo de este Tribunal Superior y el propio Juzgado de igual clase número 23 de los de Madrid, son los que, de modo resumido, se exponen a continuación:

I.- El día 17 de noviembre del año 2.009, el hoy querellante interpuso un recurso contencioso administrativo contra las resoluciones que había dictado la Junta Electoral Central de la Universidad Rey Juan Carlos los días 13 y 16 de noviembre de ese año. En la primera de ellas dicha Junta Electoral desestimaba la impugnación hecha por el actual querellante contra el acto en cuya virtud se designó como candidato provisional a las elecciones para el cargo de Rector, a D. Pedro José González-Trevijano Sánchez. En la segunda, se proclamó definitivamente la candidatura de tal Sr. González-Trevijano para participar en el indicado proceso electoral.

II.- El conocimiento de dicho recurso, que quedó registrado como procedimiento ordinario número 146/2.009, correspondió al Juzgado de lo Contencioso administrativo número 23 de los de Madrid, del que era y es titular el querrellado, D. Alberto Palomar Olmeda. Por una providencia de 25 de noviembre, el Juzgado requirió al entonces actor para que formulara la oportuna demanda, lo que hizo en 5 de enero del año 2.010. Practicados los emplazamientos, el día 11 de marzo contestó a la demanda la Universidad, como primer demandado, y el 11 de mayo el Sr. González Trevijano, como codemandado.

III.- El querrellado, Sr. Palomar, actuó ese mismo año 2.010 como profesor en los cursos de verano de Aranjuez que organizaba la Fundación de la Universidad Rey Juan Carlos, de la cual es patrono nato el Sr. González-Trevijano. Tales cursos fueron remunerados. Cuando tan repetidos cursos tuvieron lugar, el Juzgado de que era y es titular el querrellado ya estaba tramitando el procedimiento ordinario número 146 del año 2.009,





siendo el Sr. Palomar conocedor del contenido de la demanda y de los de contestación de los dos demandados. El querellante manifiesta en su escrito de querrela que por entonces ignoraba la participación del Sr. Palomar en dichos cursos, por lo que no planteó en tal momento su recusación. Afirma, además, que dicho Sr. Palomar ha mantenido colaboraciones profesionales continuas con la citada Universidad y con varios de sus catedráticos.

IV.- El día 10 de enero de 2.011 el querellado dictó en tal recurso una sentencia por la que desestimaba en su integridad las pretensiones del recurrente.

V.- La citada resolución se recurrió a su vez ante la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que, en sentencia de 3 de junio de dicho año, estimó el recurso interpuesto, revocó la sentencia impugnada y anuló la proclamación de la candidatura del Sr. González-Trevijano. Tras el fallo estricto, que queda resumido, la sentencia añadía “*Esta resolución es firme en esta vía jurisdiccional*”.

VI.- El día 15 de junio de 2.011, miércoles, el Secretario de la Sección Octava de la Sala de referencia dictó una diligencia de ordenación con el siguiente texto: “*Visto el estado del presente rollo de apelación, remítase testimonio de la sentencia dictada, en unión de los autos originales y del expediente administrativo, al Juzgado de procedencia, para llevarla a puro y debido efecto y archívese el rollo*”.

VII.- El día 21 de junio del mismo año, martes, se recibió en el Juzgado de referencia el mencionado testimonio de la sentencia recaída en el recurso pendiente, junto con las actuaciones de instancia y el oportuno expediente administrativo.

VIII.- Seis días más tarde, esto es, el día 27 de junio, lunes, cuando aún no se había resuelto nada sobre la ejecución de la sentencia remitida, se recibió en el expresado Juzgado un escrito del Procurador de los Tribunales, D. Ignacio Aguilar Fernández, que representaba a la Universidad Rey Juan Carlos, y en el que trasladaba a dicho órgano una copia del escrito que había



presentado con esa misma fecha ante la Sala de lo Contencioso administrativo antes referida, escrito en el que promovía un incidente de nulidad de actuaciones frente a la sentencia de 3 de junio. Presentaba dicha documentación ante el Juzgado “a los efectos procesales oportunos” y sin solicitar ningún pronunciamiento o actuación por parte de dicho órgano jurisdiccional.

IX.- En la misma fecha, esto es, el día veintisiete de junio, la Sra. Secretaria del Juzgado firmó una diligencia en la que daba cuenta al magistrado hoy querrellado de la recepción de los autos que habían entrado en él seis días antes, así como del escrito de la Universidad Rey Juan Carlos a que queda hecha referencia.

X.- También en el mismo día veintisiete de junio, el magistrado Sr. Palomar dictó una providencia del siguiente tenor literal: *“Por recibidos los autos y escrito de la Universidad Rey Juan Carlos, dese traslado del último a las partes personadas y antes de proveer sobre la ejecución, estese al resultado del incidente de nulidad planteado”*.

XI.- El día 29 de junio, tuvo entrada en el expresado Juzgado un escrito de la Procuradora de los Tribunales, D^a. Pilar Cermeño Roco, que representaba al Sr. González Trevijano, acompañando el que ese mismo día había presentado ante la Sala de lo Contencioso administrativo antes referida y en el que anunciaba la promoción de un incidente de nulidad de actuaciones frente a la antes citada sentencia de 3 de junio. Aportaba también dicha documentación “a los efectos procesales oportunos” y sin solicitar ningún pronunciamiento o actuación por parte del órgano destinatario.

XII.- El día 5 de Julio, el magistrado Sr. Palomar dictó una providencia en la que acordó unir a los autos el escrito que había aportado la Procuradora de los Tribunales, D^a. Pilar Cermeño Roco, dar traslado de él a las partes personadas y tener en cuenta las alegaciones en él efectuadas, al tiempo que repetía la frase de la providencia de 27 de junio añadiendo *“estese al resultado del incidente de nulidad planteado”*.



XIII.- El día 13 de julio, tuvo entrada en el expresado Juzgado un nuevo escrito de la Procuradora de los Tribunales, D^a. Pilar Cermeño Roco, en la representación que ostentaba, acompañando una copia sellada del escrito que había presentado ante la Sala de lo Contencioso administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid y en cuya virtud interponía un incidente de nulidad frente a la sentencia que dictó la Sala el anterior día 3 de junio. Se presentaba dicho escrito sólo a los efectos legales oportunos, sin especificar cuáles.

XIV.- El magistrado ahora querellado dictó el día veintisiete de julio una providencia en la que se disponía que *“Recibido el escrito de la procuradora D^a Pilar Cermeño Roco únase a los autos de su razón, dese traslado a las partes personadas, ténganse por realizadas las manifestaciones en el contenidas y estese al resultado del incidente de nulidad planteado”*.

XV.- El día veintisiete de septiembre del mismo año 2.011, la Procuradora de los Tribunales D^a Myriam González Fernández, que actuaba en el nombre y en la representación del ahora querellante, presentó ante el mencionado Juzgado número 23 un escrito en el que instaba la ejecución de la sentencia de 3 de junio.

XVI.- Mediante una providencia recaída el día veintinueve del mismo mes, el ahora querellado volvió a adoptar un acuerdo similar a los anteriores de veintisiete de junio y cinco y veintisiete de julio, con la siguiente redacción: *“Recibido escrito de la Procuradora D^a Myriam González Fernández únase a los autos de su razón, dese traslado a las partes personadas, y ténganse por realizadas las manifestaciones en el contenidas y estese al resultado del incidente de nulidad planteado”*.

XVII.- El ulterior día siete de octubre, la citada Procuradora de los Tribunales D^a Myriam González Fernández, actuando en el nombre y la representación ya expresadas, presentó ante el mismo Juzgado un nuevo escrito en el que instaba el libramiento de un telegrama a la Universidad Rey Juan Carlos para que se suspendiera la práctica de determinadas actuaciones que dicha parte compareciente estimaba incompatibles con la





sentencia pendiente de ejecutar, al tiempo que volvía a solicitar la inmediata ejecución de ésta.

XVIII.- Mediante una providencia firmada el mismo día siete de octubre, el Juez hoy querellado rechazó lo solicitado en los siguientes términos literales: *“Visto el escrito recibido en el Juzgado en el día de hoy presentado por la procuradora D^a Miriam González Fernández en relación con la adopción de medidas previas a la ejecución de la Sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en el rollo de apelación 160/2011 cabe indicar:*

1º.- Que no procede la adopción de las medidas previas que se nos solicitan y mucho menos las relativas a la suspensión del funcionamiento de los órganos de gobierno porque ello compromete el normal funcionamiento de un órgano administrativo y la continuidad de un servicio público.

2º.- Que este Juzgado, por cuatro veces, ha dictado providencia indicando que como quiera que existe un incidente de nulidad pendiente de resolución en el Tribunal Superior de Justicia debía estarse antes de iniciar la ejecución de la Sentencia a lo que disponga el citado Tribunal. Dichas providencias no constan como impugnadas y, por tanto, han ganado firmeza”.

XIX.- En virtud de un nuevo escrito remitido al Juzgado por telefax el siguiente día trece de octubre, la citada Procuradora de los Tribunales D^a Myriam González Fernández aportaba el contenido de un auto dictado por la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid el precedente día siete, en el que desestimaba el incidente de nulidad de actuaciones planteado.

XX.- El día catorce de octubre, el querellado dictó una providencia en la que acordaba la ejecución de la sentencia en los términos que prevé la Ley Jurisdiccional. A tal fin acordó trasladar a la administración demandada un testimonio de la sentencia para que la llevare a puro y debido efecto.

XXI.- El día veintiuno de octubre el Procurador de los Tribunales, D. Ignacio Aguilar Fernández, que representaba a la Universidad Rey Juan Carlos, presentó ante el Juzgado un escrito en el que trasladaba a dicho



órgano una copia del que había presentado con esa misma fecha ante el Tribunal Constitucional formulando un recurso de amparo contra la sentencia dictada por la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid el día 3 de junio de 2.011 y contra el auto pronunciado por la misma el siguiente día 7 de octubre y, con base en este hecho, solicitaba que el Juzgado acordase suspender la ejecución de la sentencia y la del auto recurridos ante el Tribunal Constitucional.

XXIII.- Ante ese escrito, el Juez querellado dictó una providencia el mismo día veintiuno de octubre, en la que acordó dar traslado del contenido de aquél a las demás partes por término de cinco días para alegaciones.

XXIV.- El día 27 de octubre del mismo año 2.011, la Procuradora de los Tribunales, D^a. Pilar Cermeño Roco, que representaba al Sr. González Trevijano, presentó ante el Juzgado un escrito al que acompañaba una copia del que en esa misma fecha había presentado ante el Tribunal Constitucional formulando un recurso de amparo contra la sentencia de la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 3 de junio de 2.011 y contra el auto pronunciado por la misma el siguiente día 7 de octubre y, con base en tal hecho, solicitaba que el Juzgado acordase suspender la ejecución de la sentencia y la del auto recurridos ante el Tribunal Constitucional.

XXV.- El día dos de noviembre, el querellado dictó en el asunto de referencia una providencia en la que se acordaba unir el anterior escrito de la Procuradora de los Tribunales, D^a. Pilar Cermeño Roco al proceso de su razón y dar traslado de su contenido a las demás partes, anunciando que tal pretensión se resolvería de modo conjunto con la antes deducida por el Procurador de los Tribunales, D. Ignacio Aguilar Fernández.

XXVI.- El día 7 de noviembre, la Procuradora de los Tribunales D^a Myriam González Fernández, que actuaba en el nombre y la representación del ahora querellante, presentó ante el citado Juzgado número 23 un escrito en el que evacuaba el trámite de alegaciones que había fijado la providencia



de 21 de octubre y se oponía a la suspensión interesada de contrario, al tiempo que pedía la ejecución de la sentencia pendiente.

XXVII.- En virtud de un escrito registrado el día 21 de noviembre, el Procurador de los Tribunales, D. Ignacio Aguilar Fernández, que representaba a la Universidad Rey Juan Carlos, presentó ante el Juzgado un escrito en el que se adhería a la solicitud de suspensión formulada por la representación del Sr. González Trevijano.

XXVIII.- Por un escrito que presentó el día 21 de noviembre, la Procuradora de los Tribunales D^a Myriam González Fernández, que actuaba en el nombre y la representación del ahora querellante, evacuó el traslado que le había conferido la providencia de 2 de noviembre, interesando la ejecución subsidiaria de la sentencia de 3 de junio y aportando copia de un escrito mediante el que había interpuesto una querrela contra el Sr. González Trevijano.

XXIX.- El día veintiuno de noviembre de 2.011, el ahora querellado dictó en el procedimiento ordinario número 146/2.009 un auto en cuya virtud denegaba la suspensión de la ejecución de la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en 3 de junio del año 2.011. Se argumentaba en él, de modo resumido, que las facultades del órgano jurisdiccional para disponer la ejecución de la sentencia que había dictado la Sala de lo Contencioso administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en grado de apelación, se regulan como regladas en el artículo 56 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, motivo por el cual, no constando en autos que este último Tribunal hubiera acordado suspender la ejecución de dicha resolución, no procedía que lo hiciese el Juzgado accediendo a las peticiones que en ese sentido habían formulado las partes.

XXX.- Finalmente, en virtud de un escrito presentado ante el, tantas veces mencionado, Juzgado número 23 la Procuradora de los Tribunales, D^a. Pilar Cermeño Roco, que representaba al Sr. González Trevijano, trasladó a este órgano judicial una resolución que había adoptado la Sala Segunda del Tribunal Constitucional en la que acordaba la suspensión cautelar de la





ejecución de la sentencia y del auto dictados por la Sala de lo Contencioso administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid los días 3 de junio y 7 de octubre de 2.011, respectivamente, en el procedimiento ordinario número 146 del año 2.009.

Segundo.- Una lectura detenida y minuciosa de los antecedentes que acaban de relatarse convierte en tarea muy dificultosa la de negar que en tal narración se advierta la presencia de indicios de solidez suficiente para aconsejar la admisión a trámite de la presente querrela, su traslado a la persona del querrellado, con ilustración de los diferentes derechos que la ley le otorga en tal situación y la subsiguiente apertura de una fase instructora en la que se aporten los elementos adicionales que o bien desvanezcan la imputación efectuada, o bien, por el contrario, completen, si es que tales pistas iniciales se consolidan y refuerzan, la apariencia de la figura del delito de prevaricación cuya comisión la querrela originaria atribuye al querrellado y lleguen, en definitiva, a poner de manifiesto la procedencia de abrir la fase de plenario.

El delito de prevaricación, en su variante o modalidad judicial, se define en el artículo 446 del Código Penal, por la conducta de aquél juzgador que dicta una resolución injusta. Bien es cierto que tal tipicidad no acoge, es obvio que no puede acoger, cualquier error o desacierto, aunque se trate de una vulneración legal, en que pueda incurrirse al ejercer la jurisdicción. Por ello, nuestra doctrina jurisprudencial ha venido configurando durante un dilatado periodo de tiempo el delito de prevaricación cometido por los jueces con referencia tan sólo a aquellas contradicciones de todo punto llamativas o patentes de la resolución tomada con la norma objetiva. Se ha expresado así que únicamente son delictivas aquellas decisiones judiciales que entrañan una desviación o torcimiento del derecho de tal modo burdo, chocante o clamoroso que puede advertirse sin dificultad por cualquiera, aunque no se trate de una persona avezada en disciplinas jurídicas. Los restantes errores del juez deben corregirse por el mecanismo ordinario de los recursos.

En una más reciente evolución, que suele datarse en el comienzo de vigencia del Código Penal de 1.995, la jurisprudencia, sin romper totalmente con la línea precedente, ha ubicado, sin embargo, en el ejercicio arbitrario



del poder, que proscribiera el artículo 9.3 de la Constitución, la esencia o el núcleo de la prevaricación judicial. Se estima, pues, prevaricadora aquella resolución del juzgador que se sirve de las potestades puestas en sus manos no para atender al interés general y para hacerlo del modo previsto en el ordenamiento, sino que supedita su uso al logro de sus particulares fines, olvidando la atención al bien común. Se sanciona, en definitiva, que el juez abandone su función de siervo de la legalidad objetiva, para guiarse por su propia veleidad o por su personal albedrío.

Siendo ello así, debe repetirse el criterio antes expuesto de que en la actuación procesal del querellado que antes se ha resumido cabe advertir indicios vehementes de ilegalidad que, siendo aún insuficientes por sí solos para una incriminación definitiva, justifican sobradamente la apertura de un proceso penal y el comienzo de su fase instructora. En otro caso la responsabilidad que tan claramente establece el artículo 117.1 del texto constitucional y que ahora trata de exigir el querellante, podría proyectarse sobre esta propia sala vista la nítida apariencia que ante nosotros se exhibe. Hagamos una reseña de las sospechas más llamativas de criminalidad que de la narración anterior se desprenden y que parecen justificar cumplidamente, a juicio de este órgano colegiado, la apertura de una pesquisa judicial:

- Consta que en la parte dispositiva de la sentencia que dictó la Sala de lo Contencioso administrativo ya se indicaba de modo remarcado que “*Esta resolución es firme en esta vía jurisdiccional*”.
- Está también debidamente documentado que, tras un retraso de seis días, que también habría de ser objeto de investigación durante la instrucción sumarial, visto lo que previene el artículo 178.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el día veintisiete de junio el Secretario del Juzgado dio cuenta al Juez de la llegada de los autos, con la sentencia dictada en apelación procedente de la Sala de lo Contencioso administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.



- En el mismo día y junto con aquellos documentos, el Secretario dio también cuenta de que, en esa misma fecha, había tenido entrada también el escrito en que una de las partes participaba que ante la sala sentenciadora se había promovido un incidente de nulidad de actuaciones, incidente cuya existencia conoció oficialmente el querellado precisamente por ese escrito y sobre cuya interposición fundó inmediatamente después la decisión de no ejecutar la sentencia pendiente.
- Curiosamente, en dicho escrito no se solicitaba del Juzgado que emitiera ningún pronunciamiento ni que realizara cualquier otro acto procesal. Se limitaba a notificar un hecho “a los efectos procesales oportunos” y a conseguir, pues, que quedara constancia de él en los autos.
- La atención a dicho escrito no sufrió demora alguna, de tal manera que el propio día 27 de junio, firmó el querellado una providencia en la que, sin motivación de ninguna clase y sin recabar el criterio de las demás partes personadas, decidió por su sólo criterio, dejar pendiente la ejecución que se le había ordenado por la Sala de lo Contencioso.
- El modo de actuar el querellado ante esta solicitud, contrasta llamativamente con el que adoptó meses más tarde cuando, el día 21 de octubre del mismo año, los demandados pidieron que se suspendiera la misma ejecución con el argumento de que se había interpuesto contra la sentencia pendiente un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. En esta ocasión el querellado, antes de resolver, dio traslado a las demás partes para que efectuaran las alegaciones que estimasen pertinentes y, además, lo hizo mediante un auto motivado y no a través de una simple providencia no razonada.
- La actuación del querellado en ambos dos supuestos no sólo fue diferente en la forma, sino que fue radicalmente opuesta en su decisión de fondo y ello pese a que las dos normas en juego tratan





con idéntico criterio las dos solicitudes de suspensión que regulan. Así, el artículo 241.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial dispone que “Admitido a trámite el escrito en el que se pida la nulidad..., no quedará en suspenso la ejecución y la eficacia de la sentencia..., salvo que se acuerde de forma expresa...”. El querellado, pese a que no le constaba que la Sala hubiere acordado tal suspensión, la ordenó por su propia autoridad y sin motivación alguna. Por el contrario, cuando unos meses más tarde los demandados interesaron que se suspendiera la ejecución, alegando para ello que habían interpuesto contra la sentencia pendiente un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, en este caso el Juez de cuya conducta tratamos dispuso, con apoyo en el artículo 56 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, que no procedía la suspensión al no constarle que dicho órgano, por su superior potestad, la hubiera acordado.

- A las anteriores circunstancias, que parecen revelar ciertas sospechas de ilegalidad en la actuación del querellado, hay forzosamente que agregar el dato de que su decisión de dejar pendiente la ejecución de la sentencia, no fue el fruto de una irreflexión momentánea que pudiere ser debida a un error pasajero o al hecho de no recordar con precisión el régimen legal aplicable a la cuestión que se trataba de decidir. Frente a esta benévola alternativa, está documentalmente acreditado que, utilizando términos casi idénticos, repitió el mismo criterio impeditivo de la ejecución hasta en otras cuatro ocasiones posteriores, la última de las cuales acaeció más de tres meses después, que ya es periodo suficiente para reflexionar. En efecto, está igualmente documentado que una idéntica coletilla, sin más motivación, se repetía en las providencias de veintisiete de junio, cinco y veintisiete de julio, veintinueve de septiembre y siete de octubre.
- En el último de dichos proveídos, esto es, el de siete de octubre, reclama para los anteriores la protección que deriva de su firmeza, ya que tales resoluciones no fueron oportunamente impugnadas.



Es de lamentar que el querellado no reconociera igual vigor a la sentencia de la Sala de lo Contencioso de tres de junio que se le había remitido para ejecutar, pese a que también era una resolución firme, como proclamaba su parte dispositiva.

- Con todo ello consiguió el querellado que el comienzo de la ejecución de la antedicha sentencia se demorara nada menos que ciento catorce días desde el momento en que la orden correspondiente ingresó en el Juzgado, el día veintiuno de junio, hasta que, por fin, se acordó su cumplimiento por una providencia dictada el día catorce de octubre. Bien es cierto que tal ejecución apenas se inició, ya que poco después de acometerse, el Tribunal Constitucional, esta vez de modo claramente legítimo, acordó nuevamente dicha paralización.
- La parte querellante vincula la conducta del querellado a su relación con el propio Rector y con diversos Catedráticos de la Universidad Rey Juan Carlo. Al margen de la verosimilitud que, en definitiva, pueda tener dicha imputación, y pese a que la misma parece carecer de una relevancia determinante para la perfección de la figura de delito que nos ocupa, es lo cierto que también dicho extremo podrá comprobarse en el curso de la instrucción sumarial.

Tercero.- El Ministerio Fiscal ha variado de modo radical su criterio sobre la admisión a trámite de la presente querrela en los diversos informes que ha emitido en las presentes actuaciones. Así, en su primer dictamen, firmado el día 26 de diciembre de 2.011, interesó la admisión a trámite de la querrela presentada por entender que su conocimiento correspondía a esta Sala y que los hechos que constituían su objeto no eran patentemente inocuos desde el punto de vista penal. Por ello, solicitaba la apertura de una instrucción en la que pudieren practicarse las diligencias que se estimaren precisas para resolver con fundamento sobre los delitos imputados.

En un nuevo informe, emitido, como el anterior, a solicitud de esta Sala, el Ministerio Fiscal propugnó que, atendiendo a lo que dispone el artículo 313 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se rechazara la querrela



pendiente por entender que los hechos en ella imputados no eran constitutivos de delito. Reconoció el Ministerio Fiscal que la decisión de no proceder a la ejecución de la sentencia por haberse promovido un incidente de nulidad de actuaciones supone una anomalía, ya que dicha incidencia no otorga por si sola efectos suspensivos a la ejecución. Ello no obstante, entiende el acusador público que en este caso concurren tres factores que deben tenerse en consideración para avalar la solución que entonces proponía. Destacaba, ante todo, que el querellante, que se veía directamente afectado por las providencias denegatorias de la ejecución, no recurrió, sin embargo dichas resoluciones y eso que dos de ellas respondían directamente a escritos suyos. Expuso, en segundo término, el Fiscal que tan pronto el querellado conoció, por un escrito recibido el día 13 de octubre, que la Sala de lo Contencioso había denegado el incidente de nulidad de actuaciones planteado, procedió, el día siguiente, a ordenar la ejecución de la sentencia. En último lugar adujo el Ministerio Fiscal que la paralización de la ejecución tuvo un efecto perjudicial realmente limitado en el tiempo, pues, aún en el caso de que el querellado la hubiera acordado en el mes de junio de 2.011 cuando recibió la orden de la Sala, en todo caso la actividad ejecutora hubiera debido interrumpirse a fines de diciembre cuando se conoció el acuerdo suspensivo del Tribunal Constitucional.

No es ciertamente frecuente que esta sala discrepe de los generalmente sensatos y cargados de fundamentación jurídica de los dictámenes e informes emitidos por el Ministerio Fiscal, pero en este singular supuesto parece que el mantenimiento de una opinión diversa a la suya es, lamentablemente, ineludible.

En relación con la pasiva conducta procesal de la parte más afectada por la decisión del querellado que ha motivado la apertura de estas actuaciones, se estima procedente destacar que en general, y desde luego en el presente supuesto, la perfección típica de las figuras penales depende de que el comportamiento del responsable encaje o se subsuma en lo previsto en la norma sancionadora, sin que, por lo común, la conducta del sujeto pasivo tenga relevancia al respecto, aunque, es evidente, que puede tenerla,





y relevante, en lo que alude a las consecuencias o efectos de la actividad delictiva.

Como se ha razonado en el fundamento jurídico que antecede, uno de los factores que, a juicio de este órgano colegiado, puede reforzar la simple ilegalidad como, en principio, cabe calificar la negativa a ejecutar por parte del querellado, para rebajarla a injusticia es, precisamente, la persistencia y reiteración en el tiempo con que actuó el querellado, quien llegó a firmar en un periodo de más de tres meses hasta cinco providencias que contradecían la norma, y ello sin basarse en ningún argumento, más o menos fundado, que pudiese avalar tan singular proceder. No sólo es irregular la actuación que entonces desplegó, sino que su persistencia en tan indefendible error, justifica cumplidamente una respuesta enérgica por parte de la norma punitiva. El interés supremo de la ciudadanía, cuyo servicio debe ser la única motivación y el mayor orgullo de quienes intentamos a diario administrar recta e imparcial justicia, parece que lo reclama de modo tan apremiante como ineludible.

La tercera de las objeciones que expone el Ministerio Fiscal tampoco puede compartirse por esta Sala. Ello es así porque estima necesario deslindar con toda precisión la estricta tipicidad de los comportamientos humanos, respecto de los mayores o menores efectos que tales actos pueden producir en la categoría de los bienes o intereses afectados, en el número o condición de los damnificados o, simplemente, en el tiempo a que se hayan extendido las consecuencias dañinas del proceder ilícito, extremos, estos últimos, que pueden y deben valorarse al fijar la punición procedente dentro de los límites que marca la ley, o al determinar el alcance de las responsabilidades civiles exigibles, pero que carecen de todo vigor para eliminar el carácter delictivo de aquellos actos humanos que, en estricta aplicación de la norma, sean merecedores del reproche social.

Vistos los preceptos legales citados y los demás de general aplicación,

La Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid

ACUERDA



Admitir a trámite la querrela que ha presentado el Procurador de los Tribunales D. Ignacio Gómez Gallegos, en el nombre y la representación de D. David Ramos Insúa contra el magistrado titular del Juzgado de lo Contencioso Administrativo número 23 de los de Madrid, D. Alberto Palomar Olmeda, por el delito de prevaricación judicial.

Fórmese causa y procédase a la designación del miembro de esta Sala al que debe corresponder su instrucción, tal como ordena el artículo 73.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Efectuada dicha designación, hágase entrega a dicho instructor de las presentes actuaciones y de los documentos a ellas incorporados para que comience su actuación sin más demora.

Notifíquese este auto al Ministerio Fiscal y al querellante.

Así lo acordaron y firman los magistrado indicados en el encabezamiento de la presente resolución.

En la villa de Madrid, a 17 de abril del año 2.011.

El magistrado discrepante.