



Roj: STSJ CAT 11130/2010
Id Cendoj: 08019310012010100085
Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Civil y Penal
Sede: Barcelona
Sección: 1
Nº de Recurso: 1/2010
Nº de Resolución: 33/2010
Procedimiento: PENAL - PROCEDIMIENTO ABREVIADO/SUMARIO
Ponente: ENRIC ANGLADA FORS
Tipo de Resolución: Sentencia

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUNYA Sala Civil y Penal

PROCEDIMIENTO ABREVIADO 1/2010

QUERRELLA 45/2009 - DILIGENCIAS PREVIAS 2/2009

SENTENCIA N.º 33

Ilmo. Sr. Presidente:

D. Enric Anglada Fors (Ponente)

Ilmos. Sres. Magistrados:

D^a. M^a Eugenia Alegret Burgués

D^a. Nuria Bassols Muntada

En Barcelona, a treinta de diciembre de dos mil diez.

Visto por la Sala de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, integrada por los Magistrados al margen expresados, en juicio oral y público, el presente procedimiento abreviado 1/10 interpuesto por **D. Borja** contra la jueza sustituta D^a. Marisol .

D. Borja , quien ha actuado como acusación particular, ha sido defendido en el acto de juicio por la letrada D^a. Lydia Lajara Fernández y representado por el procurador D. Jaume Lluch Roca y la acusada **D^a. Marisol** , ha sido defendida en el acto de juicio por el letrado D. Miquel Capuz Soler y representada por el procurador D. Alfonso Lorente Parés.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La acusación particular calificó los hechos imputados a D^a. Marisol como constitutivos de un delito de **prevaricación imprudente** o culposa del art. 447 del Código Penal , siendo autora la acusada, no concurriendo circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal y procediendo imponer a ésta la pena de 4 años de inhabilitación especial para empleo o cargo público, así como que deberá ser condenada a las costas del proceso incluidas las de esta acusación.

La acusada, como responsable civil directa, y el Estado, como responsable civil subsidiario, al amparo de lo dispuesto en el art. 121 del Código Penal , deberán indemnizar a D. Borja , en concepto de los daños morales padecidos como consecuencia de la conducta delictiva que motivó su privación injusta de libertad durante 30 horas y media, en la cantidad de 50.000 euros.

SEGUNDO.- El Ministerio Fiscal solicitó la libre absolución de la acusada, por no ser los hechos constitutivos de infracción penal.

TERCERO.- La defensa de la juez querrellada calificó los hechos de conformidad con el Ministerio Fiscal, negando así las conclusiones definitivas de la acusación particular, y, por tanto, no existe delito, ni concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad, por lo que procede la libre absolución de D^a. Marisol , con todos los pronunciamientos favorables.

CUARTO.- La abogada del Estado calificó los hechos negando los de la acusación particular y manifestando su conformidad con el Ministerio Público, al no constituir los hechos delito alguno, no habiendo autor y sin la existencia de circunstancias que modifiquen la responsabilidad criminal, solicitando la libre absolución de la acusada, siendo consecuencia necesaria de todo ello la inexistencia de responsabilidad civil.

II. HECHOS PROBADOS

1. La acusada Doña Marisol , mayor de edad y sin antecedentes penales, tras algunas esporádicas y breves actuaciones como Juez sustituta en diversos órganos jurisdiccionales de la Comunidad Autónoma de Cataluña, llevadas a cabo desde el mes de mayo de 2007, fue nombrada para el desempeño de sus funciones, asimismo en calidad de Juez sustituta, en el Juzgado de NUM000 Instancia e Instrucción número NUM000 de DIRECCION000 (Barcelona), a los efectos de suplir la baja por maternidad de la titular de dicho Juzgado, Doña Montserrat Fernández Cabezas, tomando posesión de su cargo el día 1 de enero de 2008, en el que entró inmediatamente de guardia semanal, a la vez que sustituyó a los Jueces de los otros dos Juzgados del mismo partido judicial.

2. Una vez conocido el nombramiento y antes de la toma de posesión, D^a Marisol se desplazó al Juzgado de NUM000 Instancia e Instrucción número NUM000 de DIRECCION000 , a fin de averiguar la dinámica de funcionamiento de dicho Juzgado, no hallando en el mismo a la anterior Juez, que ya había iniciado su período de baja, ni a la Secretaria Judicial, debido a que por aquellas fechas se encontraba disfrutando de sus vacaciones navideñas, informándole los funcionarios de dicho órgano jurisdiccional, cuya inmensa mayoría ostentaba la condición de interinos, que la mecánica o forma de trabajar del Juzgado y concretamente de la anterior Juez era la de que S.S^a. minutaba todo lo que se le pasaba y se le daba cuenta antes de ser transcrito por el personal auxiliar.

3. En dicho Juzgado se seguían las Diligencias Previas 1352/03, a resultas de la querrela (7/03) presentada el día 9 de octubre de 2003 por D. Genaro , contra, entre otras personas, D^a. Consuelo , madre de D. Borja , por presuntos delitos de estafa y apropiación indebida, que fue admitida a trámite el día 29 de noviembre de 2005. En sede de dicho procedimiento y en fecha 13 de marzo de 2006, D^a. Consuelo prestó declaración en calidad de imputada, y atendido que de la misma pudo deducirse indicios de la presunta participación en los hechos investigados de su hijo, D. Borja , fue requerida en el mismo acto para que facilitara el domicilio del Sr. Borja , cosa que hizo al día siguiente la representación procesal de aquélla.

4. La titular del Juzgado de Instrucción núm. NUM000 de DIRECCION000 acordó formalmente la imputación del Sr. Borja mediante Auto de fecha 28 de marzo de 2006, en el que se señaló día y hora para recibirle declaración en calidad de imputado, la cual, tras ser debidamente citado en el domicilio facilitado, fue suspendida, hasta en tres ocasiones, por causas a él no imputables, la última, señalada, por proveído de 29 de enero de 2007, para practicarse el día 13 de marzo de 2007, a petición de la acusación particular, debido a que las partes se hallaban en conversaciones para alcanzar un acuerdo extrajudicial en relación con el objeto del proceso, propiciado por la Juez del referido Juzgado, D^a. Montserrat Fernández Cabezas.

5. Estas Diligencias Previas, núm. 1352/03, a partir de entonces, estuvieron paralizadas desde la Diligencia de Constancia y Ordenación extendida por la Secretaria del Juzgado, D^a. M^a José Joli Pérez, en fecha 12 de marzo de 2007.

6. El día 25 de enero de 2008, personal auxiliar del Juzgado y en concreto la funcionaria interina que acababa de incorporarse hacía escasos días a la Sección Penal de referencia, tras un período temporal de baja laboral, proveniente de otra Penal del mismo Juzgado, en donde había llevado anteriormente la Sección Civil, D^a. Araceli Aranda Cañas, dejó para la firma de Juez y Secretaria, en la mesa que a tal efecto se utilizaba, varias "pilas" de asuntos, todas ellas con un post-it encima indicativo de las distintas resoluciones existentes en su interior, y en una de dichas "pilas", que abarcaba 8 causas y contenía el mismo número de Autos, "de modelo", en los que se acordaba la *busca y captura* de otros tantos justiciables, entre los cuales se encontraba el concerniente a D. Borja .

7. Desde su toma de posesión, la Juez sustituta, D^a. Marisol , siguiendo las indicaciones formuladas, venía minutando todos los asuntos que los funcionarios le entregaban en dación de cuenta.

8. El Auto de busca y captura relativo a D. Borja no consta que fuera minutado por Doña Marisol , ni tampoco por la titular anterior del Juzgado D^a. Montserrat Fernández Cabezas, obrando sólo en las Diligencias Previas 1352/03, bien adheridos, bien grapados, en la parte posterior de su portada, entre otros varios post-its, relativos a distintas cuestiones, la mayoría de ellos redactados por la Juez titular Sra. Fernández Cabezas, uno concreto, en el que, de forma textual, se alude: " *BUSCA* (mención ahora tachada mediante bolígrafo).

Citar al imputado. Cree que es el Borja ", cuya letra, al parecer, es de una tal Laia, que había sido funcionaria interina, al igual que las otras dos, de la Sección Penal del Juzgado de NUM000 Instancia e Instrucción número NUM000 de DIRECCION000 durante el curso del año 2007. Tal Sección Penal, por aquél entonces se hallaba totalmente atascada y colapsada de asuntos, y dicha funcionaria, conocida por Laia, había ya dejado el referido Juzgado, tanto cuando tomó posesión como Juez sustituta Doña Marisol , como cuando fue trasladada a dicha Sección la oficial Araceli Aranda Cañas.

9. Doña Marisol firmó la mentada resolución de busca y captura en la creencia de que lo que firmaba era lo que ella previamente había minutado y que como todas las demás órdenes de busca signadas aquél día por la querellada tenían absoluta y plena justificación procesal. La mencionada orden de busca y captura del Sr. Borja no fue notificada a las partes personadas en las Diligencias Previas 1352/03 de constante referencia.

10. A raíz del contenido del Auto de 25 de enero de 2008, D. Borja fue detenido por agentes de los Mossos d'Esquadra en el domicilio de Barcelona, que había sido facilitado en su día al Juzgado, hallándose presente su esposa e hija de 11 años a la fecha, sobre las 10,15 horas del sábado día 16 de febrero de 2008, permaneciendo detenido durante 30 horas en las dependencias policiales, sin que, al parecer, los agentes actuantes comunicaran al Sr. Borja el motivo de su detención, ni le dejaran, en principio, efectuar llamada telefónica alguna, pese a que expresamente así lo solicitó, ni que aquéllos, por motivos desconocidos, pudieran ponerse en contacto, con la Policía municipal de Esplugues de Llobregat, ni con la Juez y Secretaria del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. NUM000 de dicha localidad, a la sazón en funciones de guardia, al igual que aconteció con el Juzgado de Instrucción núm. 10 de Barcelona, que se encontraba en funciones de guardia de dicha capital el domingo 17 de febrero de 2008, cuya Magistrada-Juez, al no poder contactar con los Juzgados de DIRECCION000 , puso en libertad al Sr. Borja a las 17 horas de ese mismo día, con la obligación de que compareciera el siguiente día 18 de febrero de 2008, de 10 a 14 horas, ante el Juzgado de Instrucción núm. NUM000 de DIRECCION000 , por ser el que había acordado su orden de busca, detención y presentación.

11. La Juez sustituta del referido Juzgado, D^a. Marisol , desconocía la existencia y contenido de las referidas Diligencias Previas núm. 1352/03, de las que, al parecer, tuvo noticia, por vez primera, el día 18 de febrero de 2008, a raíz de que las Abogadas del Sr. Borja , D^a. Olga Tubau Martínez y D^a Lydia Lajara Fernández, se personaran, junto a éste, en el Juzgado de DIRECCION000 , a los efectos de solicitar explicaciones sobre el motivo de la detención de su defendido, y una vez constatado el error sufrido en la firma del Auto, toda vez que D. Borja estaba perfectamente identificado en la causa, tenía domicilio conocido y había comparecido cuantas veces había sido citado por el Juzgado, la Juez recibió a dichas Letradas, en presencia de la Secretaria Judicial, hallándose la primera muy consternada por lo acontecido, sin casi poder pronunciar palabra, siendo, no obstante, atendidas correctamente, por la Secretaria Judicial del Juzgado D^a. María José Joli Pérez, tras pedirles disculpas por la disfunción judicial que conllevó la detención del Sr. Borja . Éste recibió, a través de sus Letradas, una carta explicativa de la Juez sustituta, Doña Marisol , disculpándose de lo sucedido, una vez ya había sido admitida a trámite la querella que ha dado lugar al presente procedimiento abreviado.

12. El querellante, D. Borja , considera que se le han irrogado perjuicios morales, derivados del error padecido, que valora en la suma de 50.000 euros.

III. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Para la calificación jurídica de los hechos objeto del presente juicio se ha de partir de las siguientes premisas que la doctrina científica y la jurisprudencia han puesto de relieve al tratar del delito de **prevaricación** judicial, haciendo hincapié precisamente en la distinción entre la modalidad dolosa, tipificada en el artículo 446 del CP , y la culposa, prevista y penada en el artículo 447 del CP :

1ª) En la **prevaricación** culposa no basta que la resolución prevaricadora sea injusta, sino que debe ser "*manifiestamente injusta*". La **prevaricación** culposa sólo resulta aplicable en relación con las resoluciones que entrañan una infracción del ordenamiento jurídico patente, grosera, evidente, notoria o esperpéntica, según la terminología del Tribunal Supremo. No basta la mera ilegalidad, sino que debe concurrir una contradicción clara y palmaria con la norma, debiendo ser aquélla tan patente que resulte evidente por sí misma, sin necesidad de ningún esfuerzo interpretativo o justificativo de su existencia.

2ª) El artículo 447 del Código Penal configura la **prevaricación** judicial culposa, aunque limitada a la "*imprudencia grave*" o "*ignorancia inexcusable*", por lo que la resolución manifiestamente injusta dictada por imprudencia simple no resulta subsumible en este precepto.

3ª) La pena correspondiente a la **prevaricación** culposa no queda condicionada al tipo de resolución que se dicte, ni a la clase de proceso que se siga, como si acontece con la **prevaricación** dolosa.

Pues bien, según la jurisprudencia integradora del artículo 447 del Código Penal de 1995, en dicho precepto se tipifica una ignorancia clamorosa, manifiesta y palmaria, que de ninguna manera puede atribuirse a una decisión incorrecta (STS., Sala 2ª, 1953/2001, de 23 de octubre). Se exige asimismo que la injusticia sea manifiesta (Ss. TS., Sala 2ª, de 23 de noviembre de 1993, 27 de mayo de 1994, 4 de julio de 1996, 27 de enero y 3 de febrero de 1998, 17 de marzo de 2005 y 19 de septiembre de 2006), lo que requiere que el órgano jurisdiccional con conocimiento del contenido de la resolución, se haya representado -culpa con representación- la posibilidad de realización del tipo, habiendo confiado *injustificadamente*, al mismo tiempo, en la adecuación a derecho de dicha resolución. La injusticia de la resolución no debe ofrecer ninguna duda y son, pues, los casos extremos de desatención de los deberes judiciales lo que ha querido resolver el legislador a través del artículo 447 del Código Penal (STS., Sala 2ª, 359/2002, de 26 de febrero, ATSJAND de 14 de septiembre de 2005, AATS, Sala 2ª, 6275/2008, de 16 de julio y 14040/2009, de 13 de octubre y ATS, Sala 5ª, 3191/2009, de 24 de febrero). *"En consecuencia, el delito del art. 447 CP requiere que el autor haya obrado con culpa consciente o con representación pues cuando la injusticia es manifiesta tiene necesariamente que haberla captado inmediatamente. De aquí se deduce que si el autor tiene que haber tenido representación de la injusticia de la resolución, dado el carácter manifiesto de ésta, su error sobre la injusticia no sólo excluye el dolo, sino también la culpa consciente, pues el elemento cognitivo de ambas formas de acción es coincidente. Consecuentemente, si el tipo penal del art. 447 CP requiere siempre culpa consciente o con representación, cuando el error versó sobre la injusticia de la resolución, se debe tener por excluida la culpa consciente, pues el autor no era consciente de la posibilidad de realización del tipo. Si esto es así y el tipo penal no alcanza la culpa inconsciente, no cabe la sanción del delito como imprudente en la forma en la que lo prevé el art. 14.1 CP, por lo que esta última forma de la acción queda fuera del ámbito jurídico-penal"* (ATS, Sala 2ª, de 23 de julio de 2002 y ATSJM de 19 de mayo de 2004).

Por ende, la configuración del mentado tipo penal del artículo 447 CP requiere dos elementos: uno *subjetivo*, o sea, la imprudencia grave o ignorancia inexcusable, y uno *objetivo*, la manifiesta injusticia de la resolución. Con relación al primero, la ley se refiere a la desatención en el desempeño de las labores jurisdiccionales, y no de cualquier entidad, sino de la mayor dosificación jurídica, pues tanto la imprudencia como la ignorancia se encuentran calificadas con los adjetivos *"grave"* e *"inexcusable"* (AATSJV de 3 de junio de 2002 y 31 de diciembre de 2003). *"Grave"*, en la terminología del Código Penal, se contrapone, obviamente, con leve (imprudencia leve, apostilla dicho texto legal en varios preceptos cuando valora la conducta culposa del agente), y significa una desatención intensa, sustancial, perceptible fácilmente, de una gran entidad, siendo tal módulo subjetivo, el que debe ser apreciado judicialmente, por tratarse de un concepto jurídico indeterminado" (ATS, Sala 2ª, de 14 de mayo de 2002), lo que conduce a que sólo será admisible la imprudencia temeraria, quedando fuera cualquier otra imprudencia (STS., Sala 2ª, de 23 de noviembre de 1993), aunque la doctrina especializada resalta como el concepto de imprudencia grave o ignorancia inexcusable en el delito de **prevaricación** previsto en el artículo 447 del CP de 1995, no es absolutamente homogéneo con el tradicional concepto de imprudencia temeraria.

Ahora bien, cuando esta desatención no reúne el calificativo de *imprudencia grave* o *ignorancia inexcusable*, puede tener un componente disciplinario, que la LOPJ reserva para las conductas más extremas (faltas muy graves) en el artículo 417.9 de la misma. Al respecto, es de reseñar que la jurisprudencia ya se ha pronunciado en el sentido de que es perfectamente factible la respuesta disciplinaria contra un Juez o Magistrado en sede administrativa, cuando se aprecie grave descuido en su proceder (ad exemplum, STS, Sala 3ª, de 14 de julio de 2000).

El Juez o Magistrado, pues, está sometido al ordenamiento jurídico como todo ciudadano, y la responsabilidad se predica de todo comportamiento humano. Según expresa el mentado Auto del Tribunal Supremo de 14 de mayo de 2002 "... *La responsabilidad del juez es triple: penal, civil y disciplinaria. Solamente los comportamientos más intolerables, deben ser incluíbles en la responsabilidad penal del juez, como ocurre en todos los ámbitos profesionales; de manera que el módulo de imprudencia o negligencia, por un lado, debe ser extremo -y así lo califica la Ley- y las consecuencias de sus actos insostenibles de todo punto, con grave incidencia en derechos que deben ser objeto de protección*". Es decir, lo que el Alto Tribunal afirma es, que la injusticia de la resolución no debe ofrecer ninguna duda y son, pues, los casos extremos de desatención de los deberes judiciales lo que ha querido resolver el legislador a través del artículo 447 del Código Penal, pues siendo el Derecho Penal la última *"ratio"* y teniendo un carácter fragmentario y de intervención mínima, sólo debe actuar cuando en los otros ordenamientos jurídicos no exista remedio para corregir o depurar el error producido en la resolución (ATSJPV de 23 de mayo de 2007). De ahí que, el *principio de intervención*

mínima impone excluir del ámbito punitivo aquellas conductas o resoluciones que no se encuentren plena y claramente enmarcadas dentro del tipo penal. El derecho penal solo debe aplicarse cuando para proteger los bienes jurídicos se revelen y resulten ineficaces los demás medios de tutela y sanción preferentes (SSTS, Sala 2ª, de 20 de febrero , 20 de abril , 10 y 14 de julio 6 y 13 de octubre y 14 de noviembre de 1995 , AATS, Sala 2ª, de 9 de octubre de 2005 y 16 de julio de 2008 y ATSCJ de 1 de septiembre de 2003). En definitiva, la aplicación de normas civiles o disciplinarias constituye el ámbito adecuado para la respuesta que el ordenamiento jurídico dispensa frente a los errores judiciales. La desatención emerge de esa forma como el núcleo que fundamenta la responsabilidad disciplinaria.

Al respecto, la jurisprudencia constitucional viene sosteniendo *"que la garantía material de certeza derivada del principio de legalidad en materia penal tiene implicaciones no sólo para el legislador, sino también para los órganos judiciales, que en su labor de interpretación y aplicación de las leyes penales se encuentran, por razones de seguridad jurídica y de legitimidad democrática de la intervención punitiva, en situación de sujeción estricta a la ley penal, estándoles vedada la interpretación extensiva y la analogía "in malam partem", es decir, la exégesis y aplicación de las normas fuera de los supuestos y de los límites que ellas mismas determinan (entre otras muchas, SSTC 133/1987, de 21 de julio, FJ 5 ; 182/1990, de 15 de noviembre, FJ 3 ; 34/1996, de 11 de marzo, FJ 5 ; 156/1996, de 14 de octubre, FJ 1 ; 137/1997, de 21 de julio, FJ 6 ; 151/1997, de 29 de septiembre, FJ 4 ; 232/1997, de 16 de diciembre, FJ 2 ; 64/2001, de 17 de marzo, FJ 4 ; 170/2002, de 30 de septiembre, FJ 12 ; 13/2003, de 28 de enero , FJ 2). Por lo que respecta al alcance del control que el Tribunal Constitucional puede ejercer respecto de la interpretación y aplicación de los preceptos sancionadores efectuados por los órganos judiciales, nuestra doctrina parte de que toda norma penal admite diversas interpretaciones como consecuencia natural, entre otros factores, de la vaguedad del lenguaje, el carácter genérico de las normas y su inserción en un sistema normativo relativamente complejo (SSTC 189/1998, de 28 de septiembre, FJ 7 ; 42/1999, de 22 de marzo, FJ 4 ; 167/2001, de 16 de julio , FJ 3), y de que la función de interpretar y aplicar la legislación vigente, subsumiendo en las normas los hechos que llevan a su conocimiento, corresponde en exclusiva a los Jueces y Tribunales, de acuerdo con lo establecido en el art. 117.3 CE , sin que pueda este Tribunal sustituirlos en dichas tareas, ni determinar cuál de entre todas las interpretaciones posibles de la norma es la más correcta, ni qué política criminal concreta debe orientar esa selección (por todas, SSTC 137/1997, de 21 de julio, FJ 7 ; 189/1998, de 28 de septiembre, FJ 7 ; 142/1999, de 22 de julio, FJ 4 ; 167/2001, de 16 de julio , FJ 3). En otras palabras, "es ajena al contenido de nuestra jurisdicción la interpretación última del contenido de los tipos sancionadores y el control de la corrección del proceso de subsunción de los hechos probados en los preceptos aplicados(STC 137/1997, de 21 de julio , FJ 7)" (STC 229/2003, de 18 de diciembre , FJ 16).*

En función de la expresada doctrina del Tribunal Constitucional, la Sala 2ª del Tribunal Supremo ha declarado, a los efectos del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva del artículo 24 de la CE , que *"es doctrina reiterada que la disconformidad con una resolución judicial no permite constituir sin más la base de un procedimiento penal"* (ATS de 9 de octubre de 1995). Asimismo se ha pronunciado aquélla, en lo concerniente al bien jurídico protegido del mentado ilícito penal de **prevaricación**, en el sentido de que: *"Este delito no consiste en la lesión de bienes jurídicos individuales de las partes en el proceso, sino en la vulneración del Estado de Derecho al quebrantar la función judicial de decidir aplicando el derecho". "Se produce un abuso de la posición que el derecho otorga al juez, con evidente quebranto de sus deberes constitucionales"* (STS., Sala 2ª, 2/1999, de 15 de octubre y ATSCJPV de 23 de mayo de 2007), y también ha subrayado cuál es el fundamento del delito de **prevaricación**, al mencionar que: *"La existencia de un poder judicial, o de una autoridad judicial, que desarrolle la función jurisdiccional de un Estado democrático, es uno de los pilares básicos de un Estado de Derecho. Su consideración de independiente es una condición que posibilita la condición de legitimidad del Estado. Al mismo tiempo un elemento fundamental de la independencia judicial es la vinculación del juez exclusivamente a la ley, art. 117 CE . Esta sujeción del juez a la norma supone la ausencia de responsabilidad del juez por las decisiones que adopte, siempre y cuando actúe en el ámbito de la ley. De esta manera se garantiza la vigencia real del Derecho y la protección jurídica de los ciudadanos.*

La independencia del poder judicial se legitima democráticamente porque el juez solo aplica la ley creada por el Parlamento. Esta construcción tiene hondo fundamento en todos los textos que legitiman la función jurisdiccional desarrollada por los jueces.

El juez es custodio de la ley y legítima su función en cuanto aplica la voluntad del Parlamento expresada en la norma. Así la función judicial, consiste en la resolución de conflictos de manera vinculada con la realización del ideal de un Estado de Derecho, es decir la vigencia efectiva de las leyes.

Esta tarea judicial es susceptible de extralimitaciones y disfunciones. En primer lugar, pueden existir disfunciones nacidas de la simple falibilidad humana, disfunciones propias del sistema, formado por hombres que no son infalibles para las que el propio sistema prevé el régimen de recursos. El error, en estos casos, es imputable al propio sistema jurídico en la medida que la aplicación errónea del Derecho proviene de la propia falibilidad humana para las que el ordenamiento previene el régimen de recursos. Incluso el ordenamiento internacional prevé como derecho del condenado un régimen de revisión por una instancia superior (art. 14.5 PIDC y P), y los ordenamientos procesales se estructuran en torno a la doble instancia para asegurar el acierto en la decisión del conflicto...

En la **prevaricación**, sea del tipo que fuere -punible con dolo o culpa (Art. 447 CP), cuyo fundamento común es el hecho de "torcer el derecho"-, lo relevante es el abuso de la función judicial en la aplicación del Derecho, comprensivo de la resolución del conflicto y de la dirección de una causa jurídica" (STS. 102/2009, de 3 de febrero).

SEGUNDO.- De la prueba practicada en el acto del juicio oral y en concreto de la declaración de todos los testigos que han depuesto en el mismo, se desprende con absoluta claridad que en el supuesto enjuiciado no ha quedado constituido el delito de **prevaricación** culposa, previsto y penado en el artículo 447 del Código Penal , que la acusación particular imputaba a la Juez Sustituta, D^a. Marisol , pues, si bien es cierto que en el proceder de dicha Juez se configura uno de los elementos del referido tipo penal, el objetivo, por cuanto el Auto de 25 de enero de 2008, en el que se decretó la busca y captura de D. Borja (folio 345) debe reputarse como una resolución manifiestamente injusta, toda vez que, cual resulta de las actuaciones y consta en el relato fáctico, "D. Borja estaba perfectamente identificado en la causa, tenía domicilio conocido y había comparecido cuantas veces había sido citado por el Juzgado" , no es menos cierto que no concurre, ni se da, el elemento subjetivo del injusto, pues la actuación de la Juez Sra. Pérez Cascant en tal particular, es decir, la firma de la susodicha resolución, partiendo y tomando en consideración todos los elementos concurrentes por aquél entonces en el Juzgado número NUM000 de DIRECCION000 , no puede ser calificada como constitutiva o consecuencia de una ignorancia inexcusable, ni de una imprudencia con la gradación de grave, como exige la norma.

En efecto, la Juez sustituta D^a. Marisol , cuando firmó el Auto de 25 de enero de 2008, desconocía la existencia de las Diligencias Previas 1352/2003 que se tramitaban en el Juzgado de Instrucción núm. NUM000 de DIRECCION000 , puesto que ha quedado debidamente acreditado que, en el corto período de tiempo que llevaba la Sra. Marisol sustituyendo en dicho Juzgado, ninguna funcionaria, ni siquiera la oficial, D^a. Araceli Aranda Cañas, que transcribió tal resolución de busca y captura -por cierto "de modelo", como ella mismo puntualizó en el acto del juicio oral (y de ahí la incoherencia de la misma)- le dio cuenta de esa causa para que procediese a dictar alguna resolución, como tampoco que dicha Juez hubiese solicitado tales Diligencias Previas, ni que fuera ella la que hubiera minutado la busca y captura de D. Borja , pues no puede ignorarse que la causa se encontraba paralizada desde el día 12 de marzo de 2007 (vide. folio 344), pendiente de que las partes pudieran alcanzar un acuerdo extrajudicial, propiciado por la Juez titular del referido Juzgado, D^a. Montserrat Fernández Cabezas -cosa que lograron precisamente en el mes de julio de 2008, cuando ésta ya se había incorporado nuevamente al Juzgado, tras su baja por maternidad, y que motivó el dictado de un Auto de sobreseimiento libre de tales Diligencias Previas núm. 1352/2003 en fecha 30 de octubre de 2008 (folios 369 y 376)-, lo que permite al Tribunal dudar, de forma razonable, de que la anterior Juez, Sra. Fernández Cabezas, hubiere minutado la busca y captura del Sr. Cuyás, máxime cuando, de una parte, no se ha encontrado en la causa minuta alguna de cualquiera de las dos Jueces que justificase el Auto de busca y captura de constante alusión -pese a haber varios post-its de la Juez titular, D^a. Montserrat Fernández Cabezas, relativas a otras cuestiones-, y, de otra, que el único post-it que hace referencia a "BUSCA. Citar al imputado, cree que es el Borja ", que se halla grapado en el reverso de la cubierta de estas Diligencias Previas, fue redactado, al parecer, por una tal Laia, que se trata de una funcionaria interina que había prestado sus servicios en la Sección Penal del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. NUM000 de DIRECCION000 en el curso del año 2007 y que ya no coincidió ni con la Juez sustituta Sra. Marisol , ni con la oficial Sra. Aranda Cañas, al haber aquélla cesado cuando la primera tomó posesión de su cargo el día 1 de enero de 2008, y cuando la segunda se reincorporó al Juzgado el día 2 de enero de 2008, tras unos meses de baja por enfermedad y ser reubicada por la Sra. Secretaria de dicho Juzgado, D^a. María José Joli Pérez, de otra Sección Penal a la que había sido trasladada hacía unos meses, proveniente de la Civil, a la Sección Penal de referencia, por el atasco existente en la misma.

Por tanto, la Juez sustituta, D^a. Marisol , persona con poca experiencia en la Administración de Justicia - sólo había trabajado de forma puntual 70 días sueltos en distintos Juzgados, sin que conste queja alguna por parte de ningún justiciable, siendo ésta la primera sustitución prolongada en el tiempo que se disponía

a hacer-, fue nombrada para cubrir una situación de baja por maternidad -en la que no existe obligación de hacer alarde- en el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. NUM000 de DIRECCION000, el cual sufría un colapso considerable, especialmente en su Sección Penal, teniendo, además, la inmensa mayoría del personal auxiliar del referido Juzgado la condición de interinos, no puede considerarse que aquélla incurriera en imprudencia *grave*, y menos en ignorancia inexcusable, cuando firmó el Auto de busca y captura del Sr. Borja, pues ella no dictó dicha resolución, ni siquiera la minutó (lo que implica dar la orden de transcribirla), sólo la firmó cuando se la pusieron en la "pila" de la firma de buscas y capturas, en la creencia de que lo que le pasaban a la firma había sido por ella minutado, siguiendo precisamente el modo de proceder de la titular de dicho Juzgado a quien estaba sustituyendo de forma temporal, y más en este caso, en que en dicho "montón", realizado por la oficial Sra. Araceli Aranda Cañas, en base a las instrucciones escritas dejadas, al parecer, por Laia, había un total de 8 buscas y capturas, siendo las 7 restantes, asimismo transcritas por dicha oficial, todas correctas y ajustadas a derecho. O sea, que D^a. Marisol actuó sobre la base del principio de la confianza que debe imperar en la actuación de los órganos judiciales, dado que resulta del todo punto inviable en el sistema judicial actual el control de todos y cada uno de los asuntos que se llevan en los Juzgados cuya carga de trabajo es harto superior a la de posible llevanza, como suele acontecer con algunos Juzgados de la periferia de las grandes ciudades que se encuentran totalmente colapsados, como acontecía en aquéllas fechas con el referido Juzgado de DIRECCION000, por lo que la disfunción padecida puede reputarse como propia del sistema. No obstante ello, la cuestión sería distinta, a los efectos de la constitución del elemento subjetivo del tipo de **prevaricación** culposa, si dicha Juez sustituta hubiera llevado dichas Diligencias Previas desde el principio o hubiera tenido conocimiento de las mismas con anterioridad, o incluso si se le hubiere dado cuenta a los efectos de acordar lo que considerase conveniente, lo cual ha quedado del todo punto demostrado, con la prueba testifical practicada en el acto del juicio oral, que no sucedió así.

Pero es más, el citado Auto de busca y captura del Sr. Borja, de fecha 25 de enero de 2008, no fue notificado a las partes personadas en dichas Diligencias Previas, hasta el día después de la detención del Sr. Cuyás, en que se notificó a éste en la persona de su Letrada D^a. Olga Tubau Martínez (folios 345 vuelto y 349). Por otro lado, la mentada orden de busca y captura fue remitida a los Mossos d'Esquadra el día 5 de febrero de 2008 (folios 346 al 348), quienes procedieron a realizar la detención en el domicilio del Sr. Borja, el día 16 de febrero de 2008 -sábado por la mañana-, esto es, 11 días después de emitida la orden, sin que comunicaran al Sr. Borja el motivo de su detención, ni le dejaran, en principio, efectuar llamada telefónica alguna, pese a que expresamente así lo solicitó, ni que aquéllos, por motivos desconocidos, pudieran ponerse en contacto, con la Policía municipal de DIRECCION000, ni con la Juez y Secretaria del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. NUM000 de dicha localidad, todo y hallarse de guardia y tener, por dicha razón, tanto la Juez, como la Secretaria, el correspondiente teléfono móvil conectado.

Se trata, pues, de una serie de desgraciadas circunstancias, que dieron lugar, efectivamente, a un considerable perjuicio moral a D. Borja, quien, por el cúmulo y concatenación de una serie de hechos puntuales desafortunados, permaneció 30 horas detenido. Pero, cual se ha apuntado, tal perjuicio no puede tener su acomodo en la vía penal, al no podersele atribuir a Doña Marisol, por todo lo indicado, una conducta **imprudente**, que alcance o tenga el calificativo de *grave*, debiendo considerarse la firma de la orden de busca y captura de constante referencia, una mera desatención en su función jurisdiccional, que, dado el principio de intervención mínima del Derecho penal, al existir, sin embargo, un evidente perjuicio para el querellante Sr. Borja, debe dar lugar a otro tipo de responsabilidad, ya sea civil, disciplinaria o patrimonial de la administración.

En definitiva, como quiera que, cual se colige de la doctrina jurisprudencial plasmada en la anterior fundamentación jurídica, la desatención en el ejercicio de la jurisdicción, siempre que no sea intensa, sustancial y de gran entidad, que no es el caso de autos, emerge como el núcleo que fundamenta la responsabilidad disciplinaria, es por lo que este Tribunal, tras decretar la absolución de D^a. Marisol del delito de **prevaricación** culposa del que venía siendo acusada, estima adecuado deducir testimonio de las Diligencias Previas núm. 1352/2003 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. NUM000 de DIRECCION000 a la Sala de Gobierno de este Tribunal Superior de Justicia a los efectos de valoración de la posible responsabilidad disciplinaria de la Juez Sustituta, D^a. Marisol.

TERCERO.- Acorde con lo estatuido en los artículos 123 "a contrario sensu" del Código Penal y 240,1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, procede declarar de oficio las costas procesales causadas, al ser absolutorio el pronunciamiento que procede proferir y no apreciarse en la actuación procesal de la acusación particular temeridad ni mala fe que determinen su imposición a dicha parte - Art. 240,3º LECr -.

Vistos los artículos de general y pertinente aplicación,



FALLAMOS

LA SALA DE LO PENAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA, HA DECIDIDO:

ABSOLVER a D^a. Marisol del delito de **prevaricación** culposa del que se le acusaba por parte de la acusación particular, declarando de oficio las costas procesales causadas. Asimismo, se acuerda **cancelar las medidas cautelares** adoptadas respecto de la misma.

Deducir testimonio de las Diligencias Previas nº 1352/2003 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm . NUM000 de DIRECCION000 a la Sala de Gobierno de este Tribunal Superior de Justicia a los efectos de valorar la posible responsabilidad disciplinaria de la susodicha Juez Sustituta, D^a. Marisol .

Notifíquese la presente resolución a todas las partes personadas, haciéndoles saber que contra la misma cabe recurso de casación ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo en los términos que previene el artículo 847 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal .

Así por esta sentencia, lo pronuncian, mandan y firman el Presidente y los Magistrados expresados al margen.

PUBLICACIÓN. La anterior Sentencia fue leída, firmada y publicada en el mismo día de su fecha. Doy fe.

FONDO DOCUMENTAL • CENDOJ