



ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA, CEUTA Y MELILLA
SALA CIVIL Y PENAL

PROCEDIMIENTO ABREVIADO Nº 2 / 2008

SENTENCIA Nº 10

ILMA. SRA. PRESIDENTA:
D^a. INMACULADA MONTALBÁN HUERTAS.
ILMOS. SR. MAGISTRADOS:
D. FERNANDO OLIET PALÁ.
D. SANTIAGO CRUZ GÓMEZ.

En la ciudad de Granada a siete de agosto de dos mil ocho

Vista en juicio oral y público por la Sala de lo Civil y Penal, actuando como Sala de lo Penal, del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla, integrada por la Ilma. Sra Presidenta y los Ilmos. Sres Magistrados al margen relacionados, la precedente causa seguida por delitos de prevaricación judicial; delito de asesoramiento accidental o negociación prohibida a funcionario público; un delito de cohecho activo y un delito de cohecho pasivo, contra los siguientes acusados:

1 Francisco Javier De Urquía Peña, mayor de edad, con D.N.I número _____ nacido en Alicante, el día 18 de agosto de 1968 hijo de Faustino y de María, con domicilio en _____ Marbella. De profesión Magistrado, suspendido provisionalmente en el ejercicio de sus funciones judiciales, sin antecedentes penales, cuya solvencia no consta. Representado por el Procurador: D. Juan Antonio Montenegro Rubio y defendido por el Letrado: D. Antonio González - Cuellar García.

2. Juan Antonio Roca Nicolás mayor de edad, sin antecedentes penales, con D.N.I numero _____, nacido en Cartagena el 30 de noviembre de 1953 hijo de Juan y de Dolores, con domicilio en c) _____ de Marbella (Málaga), cuya solvencia no consta. Representado por el Procurador: D. José Gabriel García Lirola y asistido del Letrado D. José Aníbal Álvarez García

3. Arnaud Fabrice Albouhair, mayor de edad, de nacionalidad francesa, sin antecedentes penales y con número de pasaporte nacido en Suresnes (Francia) el 14 de febrero de 1971, hijo de Albert Abraham Albouhair y de Olivia, con domicilio en San Pedro de Alcántara (Málaga) cuya solvencia no consta. Representado por la Procuradora D^a. M^a Victoria Aguilar Ros y asistido del Letrado D. Javier Boix Reig.

Ha sido parte en la causa el Ministerio Fiscal.

Actúa como Magistrada Ponente la Ilma. Sra. Magistrada D^a. Inmaculada Montalbán Huertas, quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En esta Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla, y por el designado Instructor de las mismas, el Ilmo. Sr. Magistrado de la Sala D. Miguel Pasquau Liaño, se incoaron Diligencias Previas número 3/2007, en fecha 4 de julio de 2007, con ocasión de la recepción de Exposición Razonada remitida por el Magistrado titular del Juzgado de Instrucción nº 5 de Marbella, relativa a posibles indicios de delito de cohecho y delito de prevaricación imputables al Magistrado titular del Juzgado de Instrucción nº 2 de Marbella.

Por Auto de 11 de diciembre de 2007 y, tras las práctica de las diligencias de comprobación de hechos y determinación de las personas partícipes que consideró convenientes, el Ilmo. Sr Magistrado Instructor acordó continuar la causa respecto del aforado por su condición de Magistrado Francisco Javier de Urquía Peña; y contra Juan Antonio Roca Nicolás y Arnaud Fabrice Albouhair por los trámites del Procedimiento Abreviado previstos en los artículos 780 y ss de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. El recurso de reforma interpuesto contra este Auto por las defensas fue desestimado por Auto de 21 de diciembre de 2007; y esta decisión fue confirmada por Auto de fecha 11 de marzo de 2008 – dictado por la Sala de lo Civil y Penal – desestimatorio del recurso de apelación interpuesto contra aquél.

El día 4 de Febrero de 2008, el Fiscal Superior de Andalucía planteó incidente de recusación del Excmo. Sr Presidente del Tribunal Superior de Justicia y de la Sala de lo Civil y Penal, D. Augusto Méndez de Lugo y López de Ayala y del Ilmo. Sr Magistrado del mismo órgano jurisdiccional, D Jerónimo Garvín Ojeda, Magistrado de la Sala de lo Civil y Penal, por haber podido tener acceso a las Diligencias 1/2008; en las cuales se contienen transcripciones telefónicas anuladas judicialmente que recogen extremos que tienen que ver con la estrategia de la defensa en el presente procedimiento. Por informe de 12 de febrero de 2008 dichos magistrados admiten la causa de recusación propuesta por el Ministerio Fiscal y por Auto de fecha 19 de febrero de 2008, la

Sala Especial del art. 77 de la Ley Orgánica del Poder Judicial acepta la recusación planteada. Tras este incidente quedó el Tribunal en la composición actual, que fue debidamente notificada a las partes.

El día 2 de abril de 2008 se presentó escrito de acusación por el Ministerio Fiscal contra los tres imputados antes mencionados, solicitando prueba para el Juicio Oral. Por el Ilmo. Sr Magistrado Instructor, en fecha tres de abril de 2008, se dictó Auto acordando la apertura de Juicio Oral contra los acusados Francisco Javier de Urquía Peña, Juan Antonio Roca Nicolás y Arnaud Fabrice Albouhair; declarando competente para el juicio oral, por la condición de aforado del primero, a la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla; al tiempo que acordaba dar traslado a las representaciones procesales de los acusados para emitir sus correspondientes escritos de defensa, que se presentaron en tiempo y forma con proposición de las pruebas que tuvieron por conveniente.

SEGUNDO.- Elevadas las actuaciones a esta Sala, por Auto de fecha 28 de mayo de 2008, se acuerda lo siguiente: 1º. Se admiten y declaran pertinentes todas las pruebas propuestas por las partes - con excepción de las que han sido declaradas impertinentes o innecesarias en los razonamientos jurídicos de esta resolución -2º. Se acuerda mantener la situación de libertad provisional de los tres acusados con fijación de obligación de comparecer los días 1 y 15 de cada mes y además cuantas veces fueran llamados ante este Tribunal. Procédase a la apertura de las correspondientes piezas de situación personal, con testimonio de este particular. 3º. Se señala para el inicio de las sesiones del Juicio oral el día VEINTIUNO de JULIO de dos mil ocho, a las nueve horas y treinta minutos, en la Sala de Plenos de este Tribunal, citándose para dicho acto, día y hora a todas las partes y, personalmente, a los acusados; así como para los días que también se dirán, a los testigos y peritos, librándose para las citaciones de todos ellos los correspondientes exhortos. 4º. Se designa Ponente para sentencia a la Ilma. Sra. Magistrada D^a Inmaculada Montalbán Huertas, haciéndoselo saber a las partes.

CUARTO.- El juicio oral comenzó el día 21 julio de 2008, con asistencia de los acusados, asistidos de sus Letrados y Procuradores y del Fiscal Superior de la Comunidad Autónoma. Tras el planteamiento de Cuestiones Previas por las defensas - en concreto el cuestionamiento de la imparcialidad objetiva del Fiscal Superior - el Fiscal Superior de Andalucía solicitó la suspensión del Juicio Oral hasta que el Fiscal General del Estado resolviera el escrito presentado por la defensa del aforado que solicitaba su apartamiento en esta causa penal al estar afectado por las causas de abstención previstas en los números 11 y 16 del art. 219 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Tras desestimarse dicha petición de suspensión, por no concurrir las causas previstas en el art. 745 y 746 de la LECrimn, el Fiscal Superior se abstuvo en tanto se resolviera dicho incidente en el seno de la Fiscalía General del Estado y solicitó la suspensión de la vista oral hasta la mañana del día siguiente para poder ser sustituido por otro miembro del Ministerio Fiscal debidamente

preparado para el juicio oral. Por el Tribunal se accedió a dicha petición quedando citadas las partes a las 8.30 horas del día siguiente.

El juicio oral se reanudó en la mañana del día siguiente 22 de julio, a la hora fijada y concluyó el día 23, interviniendo en todas sus sesiones el Teniente Fiscal Superior de Andalucía. Durante los días 22 y 23 de julio se practicaron las siguientes pruebas, con el resultado que consta en el acta del juicio oral:

1º.- Interrogatorio de los acusados, por el siguiente orden: Juan Antonio Roca Nicolás; Arnaud Fabrice Albouhair, y Francisco Javier de Urquía Peña.

2º.- Interrogatorios de testigos propuestos por el Ministerio Fiscal: 1). Inspector Jefe con número profesional 81.626. 2). Inspector Jefe con número profesional 87.587. 3). Funcionario de la Agencia Tributaria (AEAT) con número A62024876991, 4). Funcionario de la Agencia Tributaria (AEAT) con número 2507484702VA0014, 5) Ainoa Coca Gorosito, 6). María José Lovera Hernández, 7). Salvador Gardoqui Arias 8). José María Pino García. 9). Santiago Pino García.10). Cristóbal Toro Ortiz, 11). Fernando Blázquez Fernández, 12. Jesús Leyva Muñoz, 13). María Luz Fernández Moncayo.14). María Luisa Muriel Maldonado, 15.) Eduardo Luís Dueñas Moreno, 16). Miguel Ángel Fernández Barrilao.

3º. Interrogatorio de testigos propuestos por el Procurador D. Juan Antonio Montenegro Rubio, en nombre y representación de D. Francisco Javier de Urquía Peña: 17). Francisco Pérez Cañas; 18). Gonzalo Divar Bilbao. Magistrado del Juzgado de Instrucción nº 3 de Marbella; 19). Juan Carlos López Coig. Teniente Fiscal de la Audiencia Provincial de Alicante. 20). Rosa María Moya Pérez. Fiscal sustituta adscrita al Juzgado de Instrucción nº 3 de Marbella en la fecha de los hechos. Actualmente con destino como Secretaria sustituta en el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 3 de Málaga. 21). Mª del Carmen Aznar Chavez. Funcionaria del Juzgado de Instrucción núm. 2 de Marbella. 22). Mª Victoria Aguilar Zoilo. Funcionaria de la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Málaga. 23). Faustino de Urquía Gómez, 24). Pilar Barbero Guerrero. La defensa renunció a los testimonios de Antonio Rafael Rodríguez Cali. Funcionario del Juzgado de Instrucción núm. 2 de Marbella, y Mª Luisa Álvarez Rodríguez. Funcionaria del Juzgado de Instrucción núm. 2 de Marbella.

4º Interrogatorio de testigos propuestos por el Procurador D. José Gabriel García Lirola, en nombre y representación de D. Juan Antonio Roca Nicolás: 25). Inspector Funcionario de policía número 82.658; 26) Funcionario de Policía con número Profesional 92.763; 27). Funcionario de Policía con número Profesional con número Profesional 84.168

5º.- Audición en el acto del Juicio Oral de las conversaciones telefónicas intervenidas, que aparecen transcritas en la causa y que fueron puestas a disposición de este Tribunal Superior de Justicia por el Juzgado de Instrucción número 5 de Marbella. Para practicar ésta prueba recábese de la Delegación de Justicia en Granada los medios técnicos y personal especializado necesario.

La defensa del acusado Juan Antonio Roca renunció a la práctica de la Pericial del Jefe de la Sección de Acústica Forense, D. Carlos Delgado Romero.

6º. Pericial caligráfica de Dª Mª de los Ángeles Esteban Castro.

7º. Documental mediante lectura de los folios de las actuaciones señalados por las partes en sus respectivos escritos.

QUINTO.- El Ministerio Fiscal, tras la prueba practicada en juicio oral, modificó en parte sus conclusiones provisionales; y calificó definitivamente los hechos como constitutivos de los siguientes delitos:

1. Un delito de prevaricación judicial del artículo 446,3 del Código Penal por el dictado del Auto de 16 de marzo de 2006 del Juzgado de Instrucción número 2 de Marbella.
2. Un delito de asesoramiento accidental o negociación prohibida a funcionario público del artículo 441 del Código Penal.
3. Un delito de cohecho del artículo 419 del Código Penal en relación con lo establecido en el artículo 423 apartado primero del mismo texto legal.
4. Un delito de cohecho del artículo 423, apartado segundo del Código Penal.

Considerando al acusado Francisco Javier De Urquía Peña, autor de los tres primeros delitos que se acaban de enumerar. Considerando al acusado Juan Antonio Roca Nicolás, autor, en su condición de cooperador necesario del delito de asesoramiento accidental o negociación prohibida a funcionario público; y como autor de un delito de cohecho, en su modalidad prevista en el artículo 423, apartado segundo del Código Penal. Considerando al acusado Arnaud Fabrice Albouhair autor, en su condición de cooperador necesario, del delito de asesoramiento accidental o negociación prohibida a funcionario público, y de cohecho en su modalidad prevista en los artículos 419 del Código Penal y 423 del mismo texto legal.

Considera, asimismo, que no concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal; interesando para cada uno de los acusados y en base a los delitos por los que acusa, las siguientes penas:

1. Para Francisco Javier De Urquía Peña por el delito de prevaricación judicial, la pena de multa de doce meses, con una cuota diaria de cien euros (100 Euros) y la responsabilidad personal y subsidiaria de un día de arresto por cada dos cuotas insatisfechas previstas en el artículo 53.1 del Código Penal; e Inhabilitación Especial para empleo o cargo público de Juez o Magistrado, de acuerdo con el art. 42 del mismo texto legal, por tiempo de diez años. Asimismo, en segundo lugar, por el delito de asesoramiento accidental o negociación prohibida a funcionario público la pena de multa de nueve meses con una cuota diaria de 100 Euros y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de dos años. Por último, en tercer lugar, por el delito de cohecho, la pena de tres años de prisión, multa en cuantía de 150.000 euros, con la responsabilidad personal y subsidiaria de dos meses caso de impago,

conforme al art. 53.2 del Código Penal; e inhabilitación especial para empleo o cargo público de Juez o Magistrado, de acuerdo con el artículo 42 del mismo texto legal por tiempo de siete años.

2. Para Juan Antonio Roca Nicolás, por el delito de asesoramiento accidental o negociación prohibida a funcionario público la pena de multa de nueve meses con una cuota diaria de 100 Euros y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de dos años. Asimismo, en segundo lugar, por el delito de cohecho la pena de un año de prisión con multa en cuantía de 73.800 euros con la responsabilidad personal y subsidiaria de un mes, conforme al art. 53.2 del Código Penal, e inhabilitación especial para empleo o cargo público de acuerdo con el artículo 42 del mismo texto legal.

3. Para Arnaud Fabrice Albouhair por el delito de asesoramiento accidental o negociación prohibida a funcionario público la pena de multa de nueve meses con una cuota diaria de 100 Euros y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de dos años. Asimismo, en segundo lugar, por el delito de cohecho la pena de tres años de prisión, multa en cuantía de 150.000 euros, con la responsabilidad personal y subsidiaria de dos meses caso de impago, conforme al art. 53.2 del Código Penal; e inhabilitación especial para empleo o cargo público de Juez o Magistrado, de acuerdo con el artículo 42 del mismo texto legal, por tiempo de siete años.

En todos los casos anteriores, accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de dicha condena.

SEXTO.- Las defensas de los acusados Francisco Javier De Urquía Peña y Arnaud Fabrice Albouhair, elevaron a definitivas sus conclusiones provisionales; solicitando la libre absolución de sus defendidos. La defensa del acusado Juan Antonio Roca Nicolás modificó sus conclusiones provisionales; y en las definitivas se conformó con la pena que se solicita en cuanto al cohecho, solicitando la libre absolución de su defendido en cuanto al delito de asesoramiento accidental o negociación prohibida a funcionario público.

SÉPTIMO.- El Tribunal, en aplicación del art. 184.3 de la LOPJ y al art. 9 del Reglamento 1/05 de Aspectos Accesorios de las Actuaciones Judiciales, en atención a la complejidad de la causa y para evitar dilaciones innecesarias dada la proximidad del mes de agosto, inhábil a efectos judiciales, antes de concluir el juicio oral, acordó habilitar de los días 1 al 14 del mes de Agosto para dictado y notificación de la sentencia, así como posibles escritos de aclaración; haciendo saber a las partes que el plazo para los posibles recursos contra la sentencia se iniciaría a partir del primer día hábil de septiembre.



HECHOS PROBADOS.

PRIMERO. A finales de enero o principios de febrero del año 2006, el acusado aforado Francisco Javier De Urquía Peña - mayor de edad, con D.N.I número sin antecedentes penales, Magistrado titular del Juzgado de Instrucción nº 2 de Marbella - decidió comprar la vivienda unifamiliar número 46 A de la Urbanización Azalea Beach, próxima a su domicilio y sita en el término municipal de Marbella, que resultó ser propiedad de la mercantil "SANITARIA S.L". A tal efecto solicitó la mediación de Fernando Blázquez Fernández, amigo personal que conocía al administrador de dicha sociedad, Jose María Pino García. Aquél, tras comprobar la disposición del propietario para la venta del inmueble, puso en comunicación al acusado aforado con Santiago Pino García, a quien había encomendado las negociaciones su hermano.

Resuelto a hacer la compra, en días posteriores al 7 de febrero, el acusado aforado encargó a su amigo el también acusado Arnaud Fabrice Albouhair - mayor de edad, de nacionalidad francesa, sin antecedentes penales y con número de pasaporte - que le buscara un abogado para redactar los documentos necesarios para la compra de la vivienda. Así lo hizo este último quien transmitió el encargo al también acusado Juan Antonio Roca Nicolás - mayor de edad, sin antecedentes penales, con D.N.I número entonces gerente de la Sociedad Municipal "Gerencia de Obras y Servicios de Marbella SL", antes denominada "Planeamiento 2000 S.L" - quien aceptó la encomienda, con conocimiento del acusado aforado, ya que ambos se conocían desde finales del año 2005, eran amigos comunes de Arnaud Fabrice y habían coincidido y conversado al menos en varias ocasiones en el restaurante y local de ocio de Arnaud en Marbella.

En fechas no concretadas con exactitud, pero con anterioridad al día 16 de marzo de 2006, el Magistrado acusado Francisco Javier De Urquía Peña, pidió dinero al acusado Juan Antonio Roca Nicolás para abonar la cantidad que se le exigía a la firma del contrato de compraventa de la vivienda, a cambio de un trato favorable en asuntos judiciales.

El día 16 de marzo de 2006, el Magistrado acusado, para favorecer a Juan Antonio Roca y de la manera que se relatará en el apartado SEGUNDO de esta sentencia, dictó un Auto por el que accedía a la petición de Juan Antonio Roca y suspendió cautelarmente la emisión de un programa televisivo titulado "Misión Imposible: Operación JAR" alusivo a distintas actividades de aquél, algunas de ellas investigadas en el Juzgado Central de Instrucción nº 6 de Madrid. El Auto de suspensión cautelar se dictó por el Magistrado en un procedimiento penal de Diligencias Previas, cuyo archivo había decretado el día anterior, sin diligencia probatoria alguna y sin constar recurso alguno de las partes.

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

1º. Se identificó como “Fernando, abogado de Paco” siguiendo lo convenido con el Magistrado acusado que, en días anteriores dijo al hermano del vendedor que le llamaría su abogado “Fernando Jiménez” para preparar la documentación necesaria de la compraventa.

2º Acordó con José María y Santiago Pino García, la confección de un contrato privado de compraventa en el que se harían constar los siguientes datos de interés:

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

Para el abono de esta parte del precio el acusado Francisco Javier Urquía solicitó, el día 15 de marzo, un préstamo hipotecario por dicha cantidad a su amigo Miguel Ángel Fernández Barrilao, empleado de la Caja San Fernando, sucursal Camino de Ronda, sita en la ciudad de Granada .

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

b) La cantidad de 10.800,00 Euros, en concepto de intereses devengados al 3% por el aplazamiento del pago de 180.000,00 Euros, que se abona por la parte compradora en el momento de la firma del contrato privado, sirviendo el mismo contrato como “eficaz carta de pago de dicho importe”, según la cláusula Quinta del mismo .

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

3º. El acusado Juan Antonio Roca Nicolás confeccionó en soportes informáticos –sendos documentos Word denominados “ contrato de compraventa” y “recibo contrato compraventa”, respectivamente - tanto el

contrato privado de compraventa que se acaba de relatar, como un recibo también fechado a 17 de marzo, por el importe de una de las entregas en metálico acordadas (la de 63.000 Euros). Incluyó los datos personales del comprador, los datos de la entidad vendedora Sanitaria 2000 S.L, los datos registrales de la finca objeto de la venta, precio de la misma, forma de pago, y demás estipulaciones, dejando la identificación de la cochera al momento de la firma del contrato, que se añadiría de manera manuscrita una vez eligiera entre dos posibles el comprador y acusado Francisco Javier De Urquía Peña, añadido manuscrito que efectivamente se realizó.

4º. Una vez confeccionados tales documentos, el acusado Juan Antonio Roca ordenó a una de sus secretarías, Ainoa Coca Gorosito, que los imprimiera rápidamente porque el acusado Arnaud Fabrice Albohair los recogería de la oficina denominada "Maras" donde ella se encontraba, - sita en el número 65 de la c) Ricardo Soriano de Marbella - lo que efectivamente realizó este antes de finalizar el horario de trabajo matinal de la secretaria.

5º. Entre las 14:30 horas y las 15:00 horas del mismo día 17 de marzo y una vez que se marcharon los empleados de la oficina de Maras, el acusado Juan Antonio Roca Nicolás, en su despacho de Maras, *entregó* al acusado Francisco Javier De Urquía Peña 73.800 Euros, justo el dinero necesario para la firma del contrato de compraventa, aceptándolo este justo al día siguiente de haber admitido la querrela presentada por aquél en su Juzgado y haber estimado su petición de suspensión cautelar de la emisión del programa televisivo.

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

Al objeto de contabilizar la entrega de ambas cantidades, poco tiempo después y como era habitual, el acusado Juan Antonio Roca Nicolás ordenó a Salvador Gardoqui Arias - quien llevaba su contabilidad personal- que realizara en las Hojas de Contabilidad de Maras Asesores, correspondientes al mes de marzo de 2006, dos anotaciones contables de fecha 17 de marzo por tales cantidades (63.000 euros y 10.800 euros) extraídas de la denominada Caja General - correspondiente a un fondo cuya disposición correspondía exclusivamente al referido acusado - para su trasvase a la cuenta denominada " *Caja Ayuntamiento. Cuenta nº 1*", que reflejaba las salidas; y en cuya Hoja de Contabilidad aparecen otra vez las dos cantidades, anotadas con fecha 17 de marzo, con la indicación "sobre" y como empresa "Ayuntamiento", con la abreviatura "Ayto".

El acusado Juan Antonio Roca utilizaba la denominación de "Ayuntamiento", dentro de la casilla de "Empresa" que contenían sus Hojas de Contabilidad,

para contabilizar las cantidades de dinero que entregaba a otras personas, prestaran o no servicios en el Ayuntamiento; a diferencia de la anotación de "Particular" que se referían a gastos personales.

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

7º Como el acusado Juan Antonio Roca Nicolás fue detenido el día 29 de marzo de 2006 - en el marco de la investigación que se realizaba en las Diligencias Previas número 4.796/2005, seguidas ante el Juzgado de Instrucción nº 5 de Marbella – el Magistrado acusado solicitó a su amigo empleado de banca la ampliación del préstamo hipotecario hasta el importe total del precio de venta que figuraría en la escritura de compraventa – esto es, 360.000,00 Euros – y pidió a José María Pino cambiar la forma de pago estipulada en el contrato privado de compraventa. Con esta nueva forma de pago se extendió Escritura Pública notarial el día 7 de abril de 2006, momento en el que el acusado Francisco Javier De Urquía paga el total del precio consignado en la escritura con un cheque bancario extendido por la Caja San Fernando en favor de Sanitaria 2000 S.L, al tiempo que suscribe el préstamo hipotecario. Circunstancia esta que determinó que el vendedor José María Pino devolviera al acusado Francisco Javier De Urquía la cantidad de 10.800 Euros que había recibido el día de la firma del contrato privado como importe de los intereses por el aplazamiento de parte del precio de venta.

SEGUNDO.- En ejecución de lo convenido entre el acusado aforado y Juan Antonio Roca Nicolás, a partir del día 14 de marzo tuvieron lugar las siguientes diligencias judiciales en el Juzgado de Instrucción nº 2 de Marbella del que era titular el acusado Francisco Javier De Urquía Peña:

1º. El día 14 de marzo, cuando se encontraba en servicio de guardia judicial el acusado aforado, la Procuradora de los Tribunales D^a Irene Molinero Romero, en nombre y representación de Juan Antonio Roca Nicolás, presentó escrito de denuncia dirigido " *Al Juzgado de Instrucción de Guardia*"- fechado el mismo día 14 de marzo y firmado por su representado Juan Antonio Roca Nicolás – contra D. Cristóbal Toro Ortiz, titular y propietario de la emisora de Televisión "Telemar", por proyectar desde el día 10 del mismo mes, y de manera ininterrumpida hasta el momento del redactarse la denuncia, un programa de televisión conteniendo datos personales y familiares del denunciante, obtenidos de asuntos judiciales.

Según la denuncia, tales hechos podrían ser constitutivos de delitos contra la intimidad y contra el derecho a la propia imagen - previstos en el art. 197 del

Código Penal- y en el párrafo anterior al Suplico de la misma anunciaba que *"Dado que las emisiones de TV que hace el denunciado contiene conceptos y manifestaciones claramente calumniosas, y/o injuriosas, el aquí denunciante, formulará la preceptiva querrela personándose en las actuaciones para ejercitar las acciones que le corresponden".* Terminaba el escrito de denuncia solicitando, de conformidad con los artículos 13 y 544 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y concordantes: *" Se acuerde la inmediata suspensión de las emisiones en que se cometen los hechos, y, la ocupación de los soportes mecánicos o magnéticos en que se encuentra la grabación..."*.

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

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

Así lo acuerda, manda y firma D. FRANCISCO JAVIER DE URQUIA PEÑA, Magistrado-Juez del Juzgado de Instrucción nº 2 de Marbella”.

Este segundo Auto se dictó sin practicar diligencia probatoria alguna y tras el Acta de Comparecencia por la cual el denunciado designaba Procuradora y Abogado que le representaran en la causa penal. Aproximadamente al medio día se notifica a Cristóbal Toro Ortiz, quien reanuda la emisión televisiva del programa de manera ininterrumpida. La notificación del Auto a la Procuradora del acusado Juan Antonio Roca consta que se realizó al día siguiente 16 de marzo.

4º. Ante la reanudación del programa televisivo, a las 14:50:40 horas de ese mismo día 15 de marzo de 2006, el acusado Arnaud Fabrice Albouhair, amigo común de los otros dos acusados, llamó al teléfono 600 00 24 30, usado por Juan Antonio Roca Nicolás - cuya interceptación estaba autorizada por Auto judicial de fecha 24 de febrero de 2006, dictado en Diligencias Previas número 4.796/2005, seguidas ante el Juzgado de Instrucción nº 5 de Marbella – y, de manera simultánea, le repite la información que le proporcionaba el acusado Francisco Javier De Urquía Peña, quien se hallaba junto al mismo Arnaud; explicándole que el programa se emitía de nuevo porque su abogado presentó denuncia y no querrela, obligatoria tratándose de calumnias, y que era necesario aportar papeleta de conciliación. La conversación concluyó con el acuerdo entre el acusado aforado y Juan Antonio Roca Nicolás de que la querrela se presentaría al día siguiente y que el programa no se emitiría.

5º. En la mañana del día 16 de marzo de 2006, en ejecución de lo acordado telefónicamente la tarde anterior, la Procuradora de los Tribunales D^a Irene Molinero Romero, en nombre y representación de Juan Antonio Roca Nicolás, presentó en el “Registro General de Entrada” - sito en el Decanato de los Juzgados de Marbella - escrito con forma de querrela contra Cristóbal Toro Ortiz, titular y propietario de la emisora de Televisión “Telemar”, *por los delitos de injurias graves hechas con publicidad, delito de calumnia hecha con publicidad y delito de descubrimiento y revelación de secretos con vulneración de la intimidad.*

El escrito de querrela estaba dirigido, literalmente, *“Al Juzgado de Instrucción num.2 de Marbella”* y *“para su unión a las Diligencias Previas 1167/06, que instruye por los mismos hechos”*. Tiene fecha de ese mismo día 16 y está firmado por el propio acusado Juan Antonio Roca Nicolás.

Dicho escrito se acompañaba de copias de los dos siguientes escritos: a) copia de Poder General para Pleitos otorgado, a favor de la mencionada Procuradora de Tribunales; y b), copia de un escrito encabezado con las palabras **“PAPELETA DE ACTO DE CONCILIACIÓN”** dirigido *“ Al Juzgado de Primera Instancia que por turno de reparto corresponda de los de Marbella”* y

solicitando señalamiento de día y hora para celebrar acto de conciliación con Cristóbal Toro. Este escrito consta presentado ese mismo día 16 de marzo en "Registro General de Entrada" del Decanato de los Juzgados de Marbella.

6º. Con la copia del escrito de querrela - sellada su presentación por el Decanato - el Magistrado acusado Francisco Javier De Urquía Peña, redactó y firmó en la mañana de ese mismo día 16 de marzo de 2006 un tercer Auto. En esta tercera Resolución copia literalmente los tres Razonamientos Jurídicos y la "Parte Dispositiva" del primer Auto de 15 de marzo anulado; ordenando, nuevamente, la Incoación de las Diligencias Previas 1167/06 y "*la inmediata suspensión de la redifusión del programa "Misión Imposible: Operación JAR"*", con los mismos requerimiento del primer Auto.

El Magistrado acusado dictó este tercer Auto de fecha 16 de marzo, sabiendo que el Decanato aún no le había adjudicado el conocimiento del escrito de querrela; conociendo que el día anterior había decretado el archivo de las Diligencias Previas 1167/06 - sin que constara recurso alguno contra tal decisión - y sabiendo que la copia de la querrela no venía acompañada de la *certificación de haber intentado sin efecto el preceptivo acto de conciliación - requisito este que expresamente había exigido en el Auto anterior -* y así lo hizo para favorecer los intereses de Juan Antonio Roca Nicolás y obtener dinero para la compra la vivienda en la que estaba interesado. El programa de televisión dejó de emitirse ese mismo día 16 de marzo.

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

TERCERO.- El acusado Arnaud Fabrice Albouhair tenía una íntima amistad con los otros dos acusados, a quienes había presentado a finales del año 2005, en el local que aquél regentaba y en el coincidieron varias veces. Más allá de presentar en su día a los otros acusados y hacer los recados que estos le pedían, intermediando entre ellos de la manera descrita anteriormente, no consta acreditado que el acusado Arnaud Fabrice Albouhair realizara alguna acción sin la cual el acusado aforado no hubiera podido solicitar dinero al acusado Juan Antonio Roca Nicolás para la compra de la vivienda a cambio de

la resolución judicial que ordenó el cese de la emisión del programa de televisión. Tampoco consta acreditado que realizara una acción sin la cual el acusado Juan Antonio Roca no hubiera podido entregar el dinero al acusado aforado a cambio de la suspensión cautelar de la emisión del programa televisivo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

A. CUESTIONES PREVIAS

PRIMERO. Procede completar, en primer lugar, la motivación que justificó la decisión de este el Tribunal de desestimar "*in voce*" - conforme a lo dispuesto en el art. 786.2 de LECrim.- determinadas Cuestiones Previas planteadas por las defensas de los acusados al inicio de las sesiones del juicio oral

1º. *En relación con la alegada vulneración del principio acusatorio y del derecho de la defensa a conocer todos los extremos y hechos por los que se le acusa (art. 24 CE), en lo concerniente al delito de prevaricación judicial.* Sostienen las defensas que el escrito de acusación formulado por el Ministerio Fiscal es tan excesivamente escueto que produce indefensión, añadiendo que el quebrantamiento de las normas de reparto, sobre el que sustenta el delito de prevaricación en dicho escrito, no se encuentra acreditado.

Las razones por las que se desestimó esta alegación de indefensión, se mantienen incólumes. Efectivamente, basta con la lectura de los hechos contenidos en el escrito de acusación para comprobar que el delito de prevaricación no descansa sobre el único elemento fáctico de quebrantamiento de las normas de reparto, sino también sobre otras actuaciones procesales del juez acusado que se describen en el extenso apartado Primero del mismo. Entre otras, las siguientes, siguiendo el tenor literal de uno de los apartados fácticos del escrito de acusación: "y con el ánimo de favorecer los intereses de Juan Antonio Roca, previamente concertado con el anterior y con Arnaud Fabrice, sin dar entrada oficial al documento en el Juzgado de Instrucción del que era titular, llevó a cabo, por segunda vez, el dictado de un Auto acordando la incoación de las Diligencias Previas con el número 1.167/2006 que ya habían sido incoadas en resolución del día anterior, haciendo constar que, en esta ocasión, los hechos podrían ser constitutivos de un delito de injurias y haciendo constar también que había sido presentada una papeleta de conciliación, circunstancia la anterior que no era cierta por cuanto solo había sido presentada la Demanda de Conciliación previa y persistían las irregularidades procesales que habían determinado el previo archivo de la causa, volviendo a reproducir literalmente la misma argumentación que ya sostuvo en su resolución del día 15 de marzo y suspendiendo la emisión del programa con los mismos apercibimientos; todo ello sin verificar traslado previo alguno a la parte denunciada".



Este relato de hechos no se puede calificar de escueto o insuficiente; pero es que, además, ha de ponerse en relación con el resto del escrito de acusación relativo al delito de prevaricación y de cohecho, por lo cual no resulta atendible el alegato de indefensión respecto de los hechos por los que se formula la acusación del delito de prevaricación. Por lo demás, tal y como se motivó "in voce", es en la sentencia, tras la práctica de las oportunas pruebas y petición de las partes, cuando el Tribunal deberá decidir si concurren o no los elementos fácticos y jurídicos del delito de prevaricación judicial.

En realidad esta cuestión previa está relacionada con la siguiente; pues persigue la expulsión del escrito de acusación del delito de prevaricación - y, por lo tanto su exclusión del objeto de este proceso penal - para así poder afirmar la competencia objetiva del Tribunal de Jurado. Se analiza a continuación esta segunda cuestión.

2º. En relación con la alegada infracción del derecho al Juez Predeterminado por la ley (Art. 24.2 CE), por afirmarse la competencia objetiva del Tribunal del Jurado, para conocer del delito de cohecho y de asesoramiento ilícito.

Se cuestiona la competencia objetiva de esta Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en relación con el delito de cohecho y de asesoramiento ilegal. No obstante este Tribunal ha de seguir la reiterada doctrina del Tribunal Supremo (entre otras, STS Sala 2ª, S 12-7-2004, nº 904/2004, rec. 716/2003) según la cual la competencia del Jurado queda excluida en los supuestos en que se incorpore en la materia delictiva del objeto procesal un delito conexo no incluido en la competencia del Jurado, como es el delito de prevaricación, que el art. 5 .2 inciso final (de la Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado) expresamente excluye como de la competencia del Jurado. Esta doctrina jurisprudencial es pacífica y ha sido corroborada recientemente por sentencia del Tribunal Supremo de fecha 27-11-2007, nº 982/2007, rec. 1634/2006. que, tras recordar la vigencia del acuerdo del Pleno no jurisdiccional de esta Sala de 5 de febrero de 1999, reitera que "En hipótesis de conexidad subjetiva no existe en la Ley de Jurado un precepto como el Art.17.5 L.E.Cr., previsto para el procedimiento general de nuestra Ley Penal de Ritos. El silencio del art. 5 de la Ley de Jurado se interpreta en el sentido de que imputándose a una persona diversos delitos, unos competencia del Jurado y otros que deben solventarse por las vías del procedimiento general, es este último el que debe prevalecer. En nuestro caso separar el delito contra la salud pública y el de cohecho es romper la continencia de la causa, ya que la dádiva o promesa tenía por objeto la comisión de un delito contra la salud pública".

Lo mismo sucede en el caso aquí enjuiciado y por ello ha de ser desestimada esta cuestión previa; pues el escrito de acusación ha incluido el delito de prevaricación, junto al de asesoramiento y cohecho, por la relación cronológica y psicológica que presenta los hechos imputados en su relato, y el

enjuiciamiento separado de aquél sería tanto como romper la continencia de la causa y provocar una limitación inaceptable para el órgano sentenciador.

3º. *En relación con la alegada vulneración del derecho de defensa (art. 24.2 CE) por la intervención en este Acto de Juicio Oral del Excmo. Fiscal Superior de la Comunidad Autónoma de Andalucía.* Una las defensas - en concreto la de Francisco Javier Urquía, aunque el resto de defensas se adhirió - cuestionó su imparcialidad objetiva por haber podido conocer unas escuchas telefónicas declaradas nulas por resolución judicial y por haber intervenido en el procedimiento disciplinario seguido contra el aforado aquí acusado. Asimismo, presentó copia del escrito de fecha 27-06-2008, dirigido a la Fiscalía General del Estado, en el que se interesaba el apartamiento de aquél por afirmar que carece de imparcialidad.

Esta cuestión previa se desestimó, sin necesidad de entrar en el fondo de la misma, *porque su objeto devino inexistente, o dicho en otras palabras, quedó sin objeto*; pues el Excmo. Fiscal Superior de Andalucía - en el trámite de audiencia preliminar del art. 786 de la LECR de este Juicio Oral y antes del comienzo de la práctica de las pruebas - en una prudente decisión procesal, se abstuvo de intervenir en juicio oral hasta se resolviera por la Fiscalía General del Estado el escrito que le afectaba, siendo sustituido por el Teniente Fiscal Superior de Andalucía en el desarrollo del juicio oral y hasta la conclusión del mismo. De tal manera que el cuestionamiento del principio de imparcialidad que rige la actuación del Ministerio Fiscal - recogido en el art. 7 de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal - quedó sin fundamento fáctico y sin objeto.

4º. *En relación con la alegada vulneración del derecho fundamental a un juez imparcial (art. 24.2 CE) y solicitud de Nulidad del Auto de Apertura de Juicio Oral de fecha 3 de abril de 2008, dictado por el Magistrado Instructor de la Sala de lo Civil y Penal.*

Por el letrado del acusado Arnaud Fabrice se planteó, como primera cuestión previa, de conformidad con lo establecido en los artículos 238.3 y 240.2 de la LOPJ, la nulidad del auto de apertura del juicio oral dictado el 3 de abril de 2008 en el presente Procedimiento abreviado nº 2/2008 por el Ilmo. Sr Magistrado Instructor Sr Pasquau Liaño. Y ello al considerar que el derecho de defensa consagrado en el artículo 24 de la Constitución queda seriamente comprometido - y por tanto viciado de nulidad el auto de apertura de juicio oral de 3 de abril de 2008 - al haber sido dictado por un Magistrado Instructor conecedor de la estrategia de las defensas a través de material de investigación correspondiente a otro procedimiento, aclarándose por el letrado que no se está ante un problema de contaminación del instructor. A esta cuestión previa se adhirieron los letrados de los otros dos acusados.

En apoyo de su alegación aportó la siguiente documentación que se unió como anexo al acta del juicio oral a los folios 2835 a 2845: esto es, providencia y auto de la Sala de lo Civil y Penal de este Tribunal Superior de Justicia de 9 y 11

de enero de 2008; providencia y auto de 15 y 21 de enero de 2008 del Ilmo. Sr Magistrado Sr Pasquau Liaño, designado instructor en el auto de 11 de enero de 2008; así como de las declaraciones como imputados del aforado Urquía y de Arnoud de 28 y 31 de enero de 2008, referidos todos esos particulares a las Diligencias Previas 1/2008, que se siguen ante esta Sala de lo Civil y Penal contra entre otros el aforado Urquía en el que intervino dicho Magistrado Instructor.

Sostienen las defensas que dicho Magistrado Instructor pudo limitar el derecho de defensa de los acusados al haber intervenido en los siguientes momentos:

a) Al decidir la competencia de esta Sala en las referidas Diligencias Previas 1/2008, en las cuales se contienen transcripciones telefónicas que recogen extremos que tienen que ver con la estrategia de la defensa en el presente procedimiento y a las que pudieron tener acceso dos de los anteriores componentes de esta Sala, siendo esta la razón por la que el Ministerio Fiscal planteó el incidente de recusación de dichos magistrados del que trae la causa la actual composición de este Tribunal. Se remite el letrado, a efectos de acreditar estos hechos a la pieza separada del Rollo de Apelación Penal núm. 2/2008; y mas concretamente al escrito de recusación del Ministerio Fiscal de 4 de febrero, así como al informe de 12 de febrero de 2008 de dichos magistrados en que admiten la causa de recusación propuesta por el Ministerio Fiscal, particulares que también fueron unidos al acta del juicio con motivo del planteamiento de otra cuestión previa.

b) Intervino, además, dicho Magistrado Instructor en las repetidas Diligencias Previas 1/2008; pues el día 21 de enero de 2008 dicto Auto declarando la nulidad de esas intervenciones telefónicas, con lo que no es que pudiera conocer, sino es que conocía dichas escuchas que contienen transcripciones que afectan al ejercicio del derecho de defensa en el presente Procedimiento Abreviado 2/2008.

Esta cuestión previa fue desestimada "in voce" a la vista de que las partes proponentes no usaron el mecanismo de la recusación en el momento procesal oportuno, así como a la vista de que el Auto de apertura de juicio oral – cuya nulidad se pretende- no puede introducir extremos distintos a los consignados en los escritos de acusación y confiere un estrecho margen al Instructor para decretar la apertura del juicio oral, estrecho margen que se limita a dos supuestos: en el caso de estimar que los hechos no son constitutivos de delito; o bien en el caso de considerar que no existen indicios de criminalidad contra el acusado. Ambos extremos ya fueron analizados en el Auto de acomodación a Procedimiento Abreviado de fecha 11/12/07 – y, por tanto, antes de la declaración de nulidad de las conversaciones – por el Magistrado Instructor. Se añadía que las defensas no han explicado cómo se pudo comprometer la imparcialidad objetiva del Instructor; pues no basta la referencia al posible conocimiento de la estrategia procesal, sino que habrían sido necesarios datos concretos o suficientes de los que se pudiera deducir que han sufrido una limitación o han sido restringidos en su defensa como consecuencia del

conocimiento del Magistrado- Instructor en distinto procedimiento al que nos ocupa de las conversaciones telefónicas que él anuló.

Para completar la anterior motivación se ha decir que, aunque el letrado de la defensa quiera eludir que en realidad está planteando un problema de "contaminación", no es otra la cuestión a resolver. Esto es, si se puede dictar Auto de Apertura del Juicio Oral por un magistrado que ha conocido de algunos aspectos relacionados con el ejercicio de derecho de defensa en dicho procedimiento como consecuencia de su actuación como instructor en distinto procedimiento. En realidad, lo que se está poniendo en tela de juicio es la imparcialidad por conocimiento objetivo del Instructor, creándose así artificiosamente y de manera extemporánea un incidente de recusación, que no podría prosperar. Y no podría prosperar porque el supuesto que nos ocupa es absolutamente ajeno a las causas objetivas de abstención y, en su caso, de recusación recogidas en el artículo 219 de la LOPJ. Más específicamente, si comparamos con las mas cercanas - esto es las causas de abstención y recusación contempladas en los números 11, 13 y 16 - no concurre el necesario presupuesto de que el magistrado instructor que dicto el Auto cuya nulidad se pide, intervenga también en el juicio oral y enjuicie el caso; pues es la confusión entre las funciones instructoras y decisorias la que determina la pérdida de la imparcialidad objetiva exigible.

Como declara el Auto del Tribunal Constitucional de 17 de febrero de 2005, (recurso 4320/1999) ,"*....cuando la Ley Orgánica del Poder Judicial veda a un Magistrado enjuiciar un pleito o causa que tenga por objeto un asunto en el que haya participado ocupando un cargo público (219.13 LOPJ) , o de cuyo objeto haya podido tener conocimiento y formar criterio en detrimento de la indebida imparcialidad (artículo 219.16) , en modo alguno se refiere a asuntos de los que haya conocido en sede judicial , con todas las garantías procesales , en su calidad de Juez o Magistrado...*". En definitiva, siguiendo la doctrina del Tribunal Constitucional respecto de la imparcialidad objetiva de los magistrados sentenciadores - entre otras, en su sentencia de fecha 9-5-1994, nº 138/1994, rec. 40/1992 - plenamente aplicable al caso del Magistrado Instructor cuya imparcialidad objetiva se cuestiona se constata que "no se ha producido una relación o contacto previo con el objeto específico del *proceso del que se pretende su apartamiento. Ciertamente, el objeto de este proceso puede presentar similitudes, más o menos amplias, con el de un procedimiento anterior. Pero la imparcialidad objetiva del juzgador... (También del instructor, a entender de este Tribunal)...* no se ve comprometida por la mayor o menor similitud de los hechos objeto de enjuiciamiento con los conocidos por ese mismo juzgador en el curso de un distinto proceso." Sigue añadiendo en su Fundamento de Derecho Octavo: "*La imparcialidad objetiva despliega su eficacia sobre el específico objeto del proceso, sin que pueda extenderse al resultado del contraste entre dicho objeto y el de cualesquiera otros procesos de los que haya podido conocer el juzgador. Las similitudes así resultantes, aparte de inevitables, en modo alguno ponen en cuestión la imparcialidad objetiva de los Jueces y Magistrados*".



SEGUNDO.- Procede decidir en esta sentencia las Cuestiones Previas planteadas en relación a una eventual vulneración de derechos fundamentales en la obtención del material probatorio – en concreto el derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 de CE) y el derecho a la inviolabilidad del domicilio (art. 18.2 de CE) - que convertiría aquél en pruebas ilícitas no valorables según el art. 11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial; así como en relación a una eventual indefensión material por el retraso injustificado en la imputación del aforado.

Como en el momento procesal que fueron planteadas (comenzado el juicio oral y antes de la práctica de la prueba), este Tribunal no apreciaba irregularidad procedimental relevante o esencial de las del art. 238 de la LOPJ, susceptible de haber provocado indefensión material a las partes, se acordó estar al resultado de las pruebas del juicio oral para así decidir en sentencia, con plenitud de conocimiento, de tales cuestiones relacionadas con la validez y eficacia de los medios probatorios.

A.- En relación con las Intervenciones Telefónicas (también conocidas como Escuchas Telefónicas) las defensas solicitaron la nulidad de las obrantes y transcritas en la causa, al amparo del art. 238 y 240 de la LOPJ, por haberse realizado con vulneración del art. 24.1 y 18.3 de la Constitución.

I. Con carácter general.

La jurisprudencia constitucional - en varias sentencias como las número 166/1999 y 171//1999, ambas de 27 de septiembre - ha sintetizado su doctrina sobre la violación en el proceso penal del derecho al secreto de las comunicaciones y sobre la prohibición de valoración de las pruebas obtenidas con vulneración de los derechos constitucionales, y excepciones que se han ido asentando desde la STC 81/1998. De la sentencia mencionada en primer lugar se transcribe, a continuación, la doctrina constitucional pacífica en esta materia.

“De la síntesis de la jurisprudencia constitucional (SSTC 114/1984, 85/1994, 86/1995, 181/1985, 49/1996, 54/1996, 81/1998, 121/1998, 151/1998, 49/1999) y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos -casos Klass (Sentencia 6 de septiembre de 1978), Malone (Sentencia 2 de agosto de 1984), Kuslin y Huvig (Sentencia 24 de abril de 1990), Haldford (Sentencia 25 de marzo de 1998), Klopp (Sentencia 25 de marzo de 1998) y Valenzuela (Sentencia 30 de julio de 1998)-, deriva que una medida restrictiva del derecho al secreto de las comunicaciones sólo puede entenderse constitucionalmente legítima desde la perspectiva de este derecho fundamental si, en primer lugar, está legalmente prevista con suficiente precisión -principio de legalidad formal y material (STC 49/1999, fundamento jurídico 4º); si, en segundo lugar, se autoriza por autoridad judicial en el marco de un proceso (STC 49/1999, fundamento jurídico 6º); y si, en tercer lugar, se realiza con estricta observancia del principio de proporcionalidad (STC 49/1999, fundamento jurídico 7º); es decir, si la

medida se autoriza por ser necesaria para alcanzar un fin constitucionalmente legítimo, como -entre otros-, para la defensa del orden y prevención de delitos calificables de infracciones punibles graves, y es idónea e imprescindible para la investigación de los mismos (ATC 344/1990, SSTC 85/1994, fundamento jurídico 3º, 181/1995, fundamento jurídico 5º, 49/1996, fundamento jurídico 3º, 54/1996, fundamentos jurídicos 7º y 8º, 123/1997, fundamento jurídico 4º; SSTEDH casos Huvig y Kruslin, y Valenzuela)”.

La proporcionalidad implica, además, de un lado, que la medida solo puede ser adoptada por resolución judicial que exprese la ponderación exigida por el juicio de necesidad en atención a los fines legítimos y a las circunstancias concretas concurrentes en cada momento (SSTC 160/1994, 50/1995, 181/1995, 49/1996, 54/1996, fundamentos jurídicos 7º y 8º); de otro, que la ejecución de la misma debe atenerse a los estrictos términos de la autorización, tanto en cuanto a los límites materiales o temporales de la misma como a las condiciones de su autorización (SSTC 85/1994, fundamento jurídico 3º, 86/1995, fundamento jurídico 3º, 49/1996, fundamento jurídico 3º, 121/1998, fundamento jurídico 5º); y, finalmente, que la medida debe ser verificada bajo control judicial (por todas SSTC 49/1996, fundamento jurídico 3º, 121/1998, fundamento jurídico 5º, 151/1998, fundamento jurídico 4º).

Sin embargo, no constituye vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones, sino del derecho a un proceso con todas las garantías, la utilización como prueba del contenido de las conversaciones intervenidas, pero respecto de las cuales las irregularidades, que implican ausencia o deficiente control judicial de la medida, no tienen lugar durante la ejecución del acto limitativo, sino en la incorporación de su resultado a las actuaciones sumariales; es decir, en la entrega y selección de las cintas grabadas, en la custodia de los originales o en la transcripción de su contenido (SSTC 121/1998, fundamento jurídico 5º, 151/1998, fundamento jurídico 4º, 49/1999, fundamentos jurídicos 12 y 13). Pues elementales exigencias del derecho de defensa y contradicción -art. 24.2 C.E.- exigen que, con intervención de los afectados, se incorporen a las actuaciones, como elementos de debate, y eventualmente de prueba, todos aquellos pasajes que se consideren precisos para sustentar las diversas hipótesis -acusatorias, de defensa- que se contraponen en la investigación para así posibilitar equitativamente el debate previo a la apertura del juicio oral y finalmente el desarrollo del propio juicio.

En consecuencia, como ha sido expuesto en la STC 121/1998, fundamento jurídico 5º (ratificado en la STC 151/998, fundamento jurídico 4º), la intervención de las comunicaciones telefónicas puede constituir una vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones si no se respetan las garantías constitucionales a él inherentes en alguna de las fases diferenciables en el curso de la misma: en primer lugar, en la decisión de intervención, en segundo lugar, en su ejecución policial, y, en tercer lugar, en el control judicial de la ejecución.



a) La decisión de intervención puede ser ilegítima, en primer término, por no haber sido adoptada por órgano judicial (por todas STC 86/1995, fundamento jurídico 3º); en segundo lugar, por inexistencia de los presupuestos materiales que habilitan legal y constitucionalmente para la adopción de la decisión judicial de intervención, cuya ausencia convierte a la medida en desproporcionada. "Pues, de una parte, mal puede estimarse realizado ese juicio, en el momento de adopción de la medida, si no se manifiesta, al menos, que concurre efectivamente el presupuesto que la legitima. Y, de otra, sólo a través de esa expresión, podrá comprobarse ulteriormente la idoneidad y necesidad (en definitiva, la razonabilidad) de la medida limitativa del derecho fundamental (SSTC 37/1989, 3/1992, 12/1994, 13/1994, 52/1995, 128/1995, 181/1995 y 34/1996)" [STC 49/1999, fundamento jurídico 7º]. Estos presupuestos, fijados en el art. 597.2 y 3 L.E.Crim. y coincidentes con la jurisprudencia del T.E.D.H. (reiterada en el caso Valenzuela contra España, Sentencia del T.E.D.H. de 30 de julio de 1998, 46 y ss.), residen en la existencia de una investigación en curso por un hecho constitutivo de infracción punible grave, en atención al bien jurídico protegido y a la relevancia social del mismo, y en la existencia de indicios sobre el hecho constitutivo de delito y sobre la conexión con el mismo de las personas investigadas. En tercer lugar, afecta a la legitimidad de la decisión la falta de necesidad estricta de la medida; es decir, puede ser constitucionalmente ilegítima, dado su carácter prescindible, bien porque los conocimientos que pueden ser obtenidos carecen de relevancia respecto de la investigación del hecho delictivo o respecto de la conexión de las personas investigadas, o bien porque pudieran obtenerse a través de otras medidas menos gravosas de los derechos fundamentales en litigio (SSTC 54/1996, fundamento jurídico 8º, 49/1999, fundamentos jurídicos 7º y 8º).

Por último, incide en la legitimidad de la medida la falta de expresión o exteriorización, tanto de la existencia de los presupuestos materiales de la intervención -investigación, delito grave, conexión de las personas con los hechos- como de la necesidad y adecuación de la medida -razones y finalidad perseguida (STC 54/1996, fundamento jurídico 8º); y todo ello es exigible, asimismo, respecto de las decisiones de mantenimiento de la medida, en cuyo caso, además, deben ponderarse las concretas circunstancias concurrentes en cada momento y el conocimiento adquirido a través de la ejecución de la medida inicialmente prevista (SSTC 181/1995, fundamento jurídico 6º, 49/1999, fundamento jurídico 11º).

b) La ejecución policial puede resultar constitucionalmente ilegítima en la medida en que se verifique al margen de la cobertura judicial de la misma, es decir, excediéndose de los límites temporales -se mantiene la intervención más tiempo del habilitado-, personales -se investigan personas distintas de las autorizadas-, materiales -hechos diferentes-, u otros que constituyan condiciones judicialmente impuestas de la autorización (SSTC 85/1994, fundamento jurídico 3º, 86/1995, fundamento jurídico 3º, 49/1996, fundamento jurídico 3º, 121/1998, fundamento jurídico 5º).

c) El control judicial puede resultar ausente o deficiente en caso de falta de fijación judicial de los períodos en los que debe darse cuenta al juez de los resultados de la restricción, así como en caso de su incumplimiento por la policía; igualmente, queda afectada la constitucionalidad de la medida si, por otras razones, el juez no efectúa un seguimiento de las vicisitudes del desarrollo y cese de la intervención telefónica, y si no conoce el resultado obtenido en la investigación (STC 49/1999, fundamento jurídico 5º).

II. En este caso concreto.

En este caso concreto las defensas solicitan la nulidad de las grabaciones telefónicas obrantes como pieza de convicción en la causa; así como de las transcripciones de las mismas - obrantes como prueba documental- invocando al efecto el art. 238 y 240 de la LOPJ. Afirman que la intervención telefónica se realizó con vulneración del art. 24.1 de la Constitución y del derecho al secreto de las comunicaciones (18.3 de la Constitución), en los siguientes momentos de la decisión y ejecución de la medida restrictiva de derechos:

a) En la decisión de la intervención y en su ejecución policial.

Sostienen las defensas que el Auto judicial que la autorizó contiene una motivación estereotipada, que impide conocer los motivos de la injerencia en el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones y les ha provocado indefensión. Añaden que el Auto no proporcionó una clave de acceso a los policías, no explica cómo se accedió al teléfono intervenido ni qué funcionarios policiales tenían acceso a dicha intervención.

Estas alegaciones han de desestimarse. Tanto el Auto de 26 de enero de 2006, como el Auto de fecha 24 de febrero de 2006, por el que se autoriza la prórroga de la intervención telefónica por plazo de un mes del teléfono número 600.0.24.30, utilizado por Juan Antonio Roca Nicolás – ambos dictados en el marco de las Diligencias Previas número 4.796/2005, seguidas en el Juzgado de Instrucción núm. 5 de Marbella, por delitos graves tales como los de cohecho, prevaricación, tráfico de influencias, contra el aquí coacusado Juan Antonio Roca y otros - son decisiones judiciales que exteriorizan las razones fácticas y jurídicas que justifican la concurrencia del presupuesto habilitante de la intervención, y cumplen con los requisitos legales y jurisprudenciales exigidos por nuestro ordenamiento jurídico.

Efectivamente, basta con la mera lectura de ambos Autos – que contienen cuatro amplios apartados en sus “Razonamientos Jurídicos” - para deducir que la intervención de las comunicaciones telefónicas estaba justificada por la existencia de indicios de delitos graves imputables a personas concretas – proporcionados por sendos informes policiales previos que se analizan y a los que se remite el Instructor en el apartado Tercero de los Razonamientos Jurídicos – resultando evidente la necesidad y proporcionalidad de la medida de la intervención telefónica, en aras de la comprobación de hechos delictivos

graves y descubrir e identificar a sus responsables. En definitiva, existieron "indicios fundados" que Magistrado instructor, en el juicio de proporcionalidad emitido, estimó suficientes para acordar la medida que estaba adornada de todos los requisitos legales. Ninguna indefensión material, pues, han padecido las defensas con tales decisiones judiciales.

En cuanto a las denunciadas irregularidades de los Autos autorizantes – por ausencia de identificación de una clave de acceso a los policías, ausencia de explicación sobre cómo se accedió al teléfono intervenido y ausencia de identificación de los funcionarios policiales que tenían acceso a dicha intervención – ha de decirse que no existe norma alguna que exija tales menciones en el Auto autorizante de las intervenciones. Con independencia de ello en el juicio oral quedó acreditado que el Inspector Jefe del Grupo III de la UDYCO- Costa del Sol era la persona encargada de identificar los funcionarios policiales que pueden acceder a las intervenciones, lo cual es absolutamente razonable si se tiene en cuenta que solo desde el sistema policial se puede conocer los medios personales y materiales disponibles. Los funcionarios de policía, a su vez, recibían una clave que el propio sistema SITEL les proporciona y que, junto a sus respectivos números profesionales, les permite acceder a las intervenciones telefónicas. Con lo cual estaba garantizada la confidencialidad en el acceso a las intervenciones telefónicas.

No obstante, lo decisivo en esta cuestión es que los mencionados Autos se ajustaron a los parámetros constitucionales exigidos; pues en la Parte Dispositiva de los mismos se establece un adecuado y riguroso control. Tanto la intervención inicial y la prórroga se acuerdan por el plazo de un mes, precisando el teléfono y titular del mismo, y los agentes que debían verificar la medida (esto es, los agentes de policía solicitantes de la medida, pertenecientes a la UDYCO- COSTA DEL SOL, Sección de Delincuencia Económica y Blanqueo de Capitales); fijando la obligación de entrega de los soportes originales en que se hayan registrado las conversaciones grabadas en su totalidad. Constando acreditado, por el testimonio de los policías encargados de la intervención, que la dación de cuenta al Magistrado Instructor se realizaba semanalmente, de manera verbal, por parte del Inspector Jefe del Grupo III de la UDYCO- Costa del Sol. El control así acordado tanto de la decisión de intervención telefónica como de su prórroga, fue realmente riguroso y se cumplió en todos sus extremos.

b) En el momento del control judicial de la ejecución de la medida.

Las defensas también solicitaron la nulidad de las grabaciones telefónicas alegando ausencia de control judicial sobre la cinta que contiene las conversaciones intervenidas; ya que, según alegan, no consta la cinta ni grabación *original* y el Juzgado de Instrucción solo recibió de la policía una *copia* de ellas en un CD. Añaden, además, que la copia no contiene todas las intervenciones telefónicas realizadas, sino una selección de las conversaciones sobre las que se practicó la audición y sobre las cuales se realizó la transcripción policial; de tal manera que, según afirman, la defensa no pudo

escuchar el contenido íntegro de las conversaciones intervenidas, lo cual determinó una limitación de su conocimiento para la defensa de sus patrocinados.

En contra de la tesis de las defensas, tras el juicio oral y a la vista de los documentos y piezas de convicción obrantes en la causa, se ha de afirmar que ha existido un control judicial real y eficaz sobre la *autenticidad* de los *soportes* que contienen las grabaciones de las escuchas telefónicas intervenidas. Esto es, que los dos CD que obran en la causa - uno con la leyenda ADRIANO que contiene las conversaciones telefónicas seleccionadas por el Magistrado Instructor de interés para la causa; y otro CD que contiene todas las grabadas, incluyendo aquellas que no afectan a esta causa - coinciden con la grabación matriz que se encuentra en el sistema informático utilizado por la Dirección General de la Policía y de la Guardia Civil, denominado SITEL, que es inmodificable; de tal manera que toda la información que expulsa o transmite dicho sistema en todos los casos se ha de calificar como "*original*". No se convierte en "*copia*" en el sentido literal de reproducción de otro objeto - en contra de la tesis de la defensa - por el hecho de que la información original necesariamente haya de ser recibida y recepcionada en soportes aptos, como es el CD, para así poder ser utilizada en las diligencias de investigación policiales o judiciales, como es el caso. También ha existido un control judicial efectivo sobre las transcripciones mecanografiadas de las conversaciones grabadas; ya que, hasta en dos ocasiones, se ha comprobado judicialmente que coinciden con las interceptadas originariamente.

Efectivamente, el control judicial ha sido efectivo y real habida cuenta los siguientes extremos

a). En primer lugar, por la audición realizada en fecha 27/06/08 por el Magistrado del Juzgado de Instrucción nº 5 del formato CD entregado por la Policía, y la diligencia de cotejo de la Secretaría Judicial expresiva de la identidad de lo contenido en dicho CD - esto es, conversaciones telefónicas intervenidas entre los días 15 a 20 de marzo de 2006- con las conversaciones transcritas en el Informe Policial de la Udyco nº 13.288/97.

b). En segundo lugar, por la diligencia de audición y cotejo realizada *desde los Archivos Sonoros Informáticos* o archivos sonoros *matrices* por la Secretaría Judicial la Sala de lo Civil y Penal. Diligencia acordada por el Magistrado Instructor a fin de comprobar que los *Archivos Sonoros Informáticos del sistema SITEL* (a los que se tuvo acceso desde una Terminal sita en la Jefatura Superior de Policía de Andalucía Oriental, ubicada en Granada), se corresponden y coinciden con las transcripciones de las conversaciones consideradas relevantes en la instrucción de la causa, y *seleccionadas* por dicho Magistrado en su Providencia de fecha 3 de septiembre de 2007: unas transcritas en el Informe Policial de la Udyco nº 13.288/07; y otras seleccionadas por dicho Magistrado transcritas en las Diligencias Previas de la Sala de lo Civil y lo Penal. Diligencia de audición y cotejo que se realizó el día 8 de octubre de 2007, con citación y posibilidad de participación de las partes

personadas, incluyendo las defensas; y en la que se comprobó la exactitud y autenticidad de las conversaciones y transcripciones que el referido Magistrado Instructor consideró relevantes.

Sin perjuicio de que nuestro Tribunal Supremo ha declarado que la entrega de las transcripciones en el Juzgado, sin entrega de las cintas originales, puede ser utilizables como arranque de investigaciones posteriores (STS de 24/11/95 y 31/10/98), lo cierto es que en la instrucción realizada por el Magistrado Instructor de esta Sala se ha subsanado una eventual ausencia de comprobación de los archivos sonoros originales; y se puede afirmar que el control judicial sobre las Intervenciones Telefónicas ha sido completo y efectivo, no solo sin merma del derecho defensa, sino con una activa garantía de este derecho de defensa.

Por lo demás, en cuanto a la *selección* de las conversaciones de interés directo o indirecto para la causa, consta documentalmente acreditado que del total de conversaciones grabadas - correspondientes al periodo comprendido entre los días 15 a 20 de marzo - las de interés para esta causa han sido *seleccionadas* por el Magistrado Instructor del total de las grabadas y transcritas. No existe ninguna norma que exija la transcripción de la totalidad de lo grabado; y, además, corresponde al Juez instructor velar porque aquellas conversaciones sin interés para la causa penal queden en el ámbito de la privacidad de los afectados (entre otras, STS de 22 de mayo de 2003 y 14 de febrero de 2006); y esta decisión no limita en lo más mínimo el derecho de defensa, dado que las partes pueden tener acceso a los originales cuando se levanta el secreto de las actuaciones.

En conclusión, no ha existido vulneración alguna del derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE); puesto que los Autos habilitantes y la posterior aplicación de la medida satisfacen los requisitos establecidos por el Tribunal Constitucional, estando aquéllos motivados y existiendo indicios suficientes para justificar la proporcionalidad de la intervención. El control judicial de la medida se ha constatado real y efectivo, tanto en la comprobación de la autenticidad de las intervenciones telefónicas como en la selección y transcripción de aquellas de interés para la causa; y por lo demás, la grabación se reprodujo en el juicio oral con observancia de los principios de contradicción y defensa (STS de 5 de febrero de 1988 y STC 121/1998, de 15 de junio) posibilitando así su valoración por este Tribunal sentenciador.

Finalmente y en cuanto a la afectación de las Intervenciones Telefónicas a interlocutores del titular del teléfono intervenido - en este caso los interlocutores fueron los acusados Arnaud Fabrice y el acusado aforado - reiterada doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo afirma la inexistencia de vulneración constitucional con la medida invasora. Esta aseveración resulta de la propia naturaleza de la intervención la cual determina que afecte no sólo al titular de la línea sino también a sus interlocutores (STS de 3 de diciembre de 1999 y 6 de junio de 2005). En palabras de la STS de 21 de septiembre de 1998 nº 1052/1998. *"la teoría que defiende la parte recurrente según la cual la*

limitación del derecho al secreto en las comunicaciones sólo afecta a las personas señaladas nominativamente en la resolución judicial, no es de recibo, toda vez que ni tal exigencia -como veremos seguidamente- halla cobijo entre los requisitos que esta Sala Segunda ha perfilado como necesarios para la validez constitucional de la medida de intervención telefónica, ni se compadece con lo razonable, puesto que ello determinaría, sin más, algo tan absurdo como que quedaran fuera de los efectos policiales, procesales y penales todas aquellas personas a quienes la intervención telefónica hubiera identificado como partícipes en la actividad delictiva objeto de la investigación, por el mero hecho de no haber sido nominadas en la resolución judicial, sobre todo teniendo en cuenta que la citada medida -ordinariamente adoptada al comienzo de las investigaciones de instrucción- tiene por finalidad, entre otras, el descubrimiento de quiénes puedan estar involucrados en la comisión de los hechos ilícitos que se trata de concretar y determinar”.

B. En relación con la alegada vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio (art. 18.2 de CE) en la obtención del material probatorio.

Alegan las defensas que en la diligencia de entrada y registro efectuada el día 29 de marzo de 2006, en ejecución el Auto de fecha de 28 de marzo de 2006 – dictado en el marco de Diligencias Previas 4.796/2005 del Juzgado de Instrucción nº 5 de Marbella - en el edificio de la Delegación de Urbanismo, del Ayuntamiento de Marbella y sede social de “Gestión y Recursos S.L.” (antigua “Planeamiento 2.000” S.L), sito en calle Ramón Gómez de la Serna nº 16, Marbella (Málaga) vulneró el art. 564, 546, 552 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, porque el Juez de Instrucción no libró previo oficio a la Autoridad o Jefe de la que dependía la delegación de Urbanismo del Ayuntamiento de Marbella.

Dispone el art. 564 LECrimn, en su primer y segundo párrafo: *“Si se tratare de un edificio o lugar público comprendido en los núms. 1º y 3º del art. 547, el Juez oficiará a la Autoridad o Jefe de que aquellos dependan en la misma población. Si éste no contestare en el término que se le fije en el oficio, se notificará el auto en que se disponga la entrada y registro al encargado de la conservación o custodia del edificio o lugar en que se hubiere de entrar y registrar”.* En el número 1 del art. 547 se reputan edificios o lugares públicos para la observancia de lo dispuesto en este capítulo: 1º) Los que estuvieren destinados a cualquier servicio oficial, militar o civil del Estado, de la provincia o del Municipio.

Efectivamente, el día 29 de marzo tuvo lugar diligencia judicial de entrada y registro en el edificio de la Delegación de Urbanismo del Ayuntamiento de Marbella, sede social de Gestión y Recursos S.L. (antigua Planeamiento 2.000 S.L, folios 1634 y siguientes de Pieza Separada Tomo VI). En el despacho y en el escritorio del ordenador utilizado por una de las secretarías del acusado Juan Antonio Roca se ocuparon archivos informáticos de interés para esta causa.

Este Tribunal considera que la omisión del oficio previo de comunicación a la Autoridad de la que dependía la Delegación de Urbanismos del Ayuntamiento de Marbella, es una mera irregularidad procedimental en modo alguno invalidante de la diligencia y de su resultado. Solo merecería la calificación de irregularidad formal de norma no esencial del procedimiento, que no afecta al derecho fundamental de la inviolabilidad del domicilio, que en modo alguno ha provocado indefensión y ello por las siguientes razones.

1º. La Delegación de Urbanismo de un Ayuntamiento, en la cual el acusado Juan Antonio Roca ejercía parte de su actividad profesional, no es un lugar privado ni constituía el domicilio de este. Es un lugar en el que se encuentran unas dependencias municipales abiertas al público; es decir, a toda persona que quiera acceder a las mismas para el asesoramiento y la gestión de asuntos relacionados con problemas urbanísticos. En consecuencia, no se puede calificar como "espacio de privacidad necesario para el libre desarrollo de la personalidad", que es el garantizado por el derecho fundamental del art. 18.2 de la Constitución (STS de 11 de octubre de 1993 entre otras); ni se puede alegar inviolabilidad como si se tratase de un domicilio privado cuya entrada exige autorización judicial con todos los requisitos legales y jurisprudenciales correspondientes.

Como señala la STS de 14 de abril de 1994 (Recurso 797/1994) el criterio para precisar hasta dónde puede extenderse el concepto de domicilio en relación con los locales en los que una persona ejerce su actividad profesional o comercial ha de fijarse en la nota de apertura o no al público, pues si bien es cierto " *que algunos locales de negocios o despachos profesionales, en los que la actividad del titular se desarrolla sin admitir libremente el acceso a terceros, pueden formar parte de su ámbito de privacidad e intimidad, extendiéndose a ellos el concepto de domicilio (Así, S 11 octubre 1993). Pero no cabe confundir, como ha hecho la Sala de instancia, el ámbito comercial privado con aquel que se abre al público para obtener un lucro de los asistentes al mismo*".

En el mismo sentido la STS de 6 de julio de 1995 (recurso 860/1995) declara no necesaria la existencia de autorización judicial para proceder al registro de " *oficina y despacho abiertos al público, es decir, a toda persona que quisiera acceder al mismo para el asesoramiento y la gestión de asuntos relacionados con problemas laborales, fiscales o de otro tipo, que nada tenían que ver con el ejercicio por el acusado ni por ninguno de sus empleados o clientes de las actividades propias de su intimidad que es lo que constituye el fundamento de la protección que para el domicilio reconocen la CE y la L.E.Cr (STC. 22/1.984 y, entre otras, la de esta Sala 32/1.995, de 19 de enero)*".

b) En segundo lugar, no parece que el "oficio" al que se refiere el art. 564 sea "condictio sine qua non" que pudiera determinar la nulidad de una entrada y registro en *edificio o lugar* público. En una interpretación teleológica de la norma debe considerarse que esa comunicación forma parte de la ejecución de la diligencia de entrada y registro; y en este caso dicha comunicación se

observó con la notificación del Auto de Entrada y Registro a una de las personas allí presentes, Sr. Francisco Merino Mata. En otro caso, si dicha comunicación se considerara un requisito esencial y previo a la entrada y registro, la finalidad propia de esta diligencia de investigación sumarial quedaría frustrada; pues se permitiría la ocultación de las pruebas con el anuncio previo de su práctica, más aún en la época actual que la información, por lo general, se contiene en soportes informáticos y pueden ser borrados o eliminados en pocos segundos o minutos.

En conclusión, en el presente caso, no existió vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio (art. 18.2 de CE) en la aprehensión del material probatorio que tuvo lugar en las dependencias de la Delegación de Urbanismo del Ayuntamiento de Marbella, con ocasión de la entrada y registro autorizada judicialmente en Diligencias Previas núm.4796/05 del Juzgado de Instrucción número 5 de Marbella.

C .En relación con la eventual indefensión por retraso injustificado en la imputación del aforado.

Sostienen las defensas que existió un retraso injustificado por parte de la Policía en la dación de cuenta al Magistrado de Instrucción nº 5 de Marbella, de las conversaciones telefónicas que dieron lugar al Informe Policial nº 113.288/2007; y, en consecuencia, un retraso injustificado por parte de dicho Magistrado en la remisión de la Exposición Razonada de indicios delictivos contra una persona aforada a esta Sala de lo Civil y Penal competente.

a) La primera alegación ha de ser desestimada por las siguientes razones.

Ha resultado acreditado en juicio oral – por el testimonio de los policías y funcionarios de la Agencia Tributaria que participaban en la investigación – que si bien las conversaciones de interés para esta causa acaecieron entre el día 15 al 20 de marzo de 2006, estas conversaciones cobran importancia y relevancia en la investigación con posterioridad, cuando se interrelacionan con declaraciones de otros imputados y con las pruebas documentales que se obtuvieron el 29 de marzo de 2006, con ocasión de diligencias de entrada y registro y detenciones llevadas a cabo en Diligencias Previas 4796/05,.

Consta explicado en el Informe Policial nº 113.288/2007 que tras la declaración judicial el día 28-05-07 de otro imputado en Diligencia Previas 4796/05 – el cual reconocía haber entregado 150.000 euros a Juan Antonio Roca en el mes de marzo de 2006 a cambio de tres licencias de primera ocupación de viviendas - se abrió una línea de investigación policial para determinar el posible destino dado a esos fondos. Para ello se realizó una exhaustiva labor de análisis de la ingente cantidad de documentos físicos e informáticos que se habían ocupado en las diligencias de entrada y registro y detenciones acordadas en aquellas Diligencias Previas, así como de las intervenciones telefónicas realizadas. Fruto de esta labor de investigación y con ocasión de la ocupación al contable



de Juan Antonio Roca de las denominadas Hojas de Contabilidad, con dos anotaciones de entregas fechadas el día 17 de marzo de 2006 (de 63.000 euros y 10.800 euros), uno de los especialistas tributarios que trabajó en la investigación realizó el hallazgo de la correspondencia e identidad entre dichas cantidades y las que obraban en los documentos *words* que contenían el contrato de compra de vivienda, en el que figuraba como comprador el acusado aforado, con una cláusula otorgando carta de pago por la cantidad de 10.800 euros en concepto de intereses por precio aplazado, así como un recibo de cantidad por importe de 63.000 euros. Documentos ocupados el 29 de marzo de 2007, con ocasión de las diligencias judiciales de entrada y registro, contenidos en el Pendrive ocupado en la oficina de Maras, y en el ordenador del despacho de la secretaria en la oficina de Gerencia de Obras y Servicios S.L., sita en la delegación de Urbanismo, ambos lugares bajo control de Juan Antonio Roca. Documentos que finalmente cuadraron con las conversaciones en las que se negoció la venta de la vivienda y se hablaba de la presentación de una querrela en el Juzgado. Conversaciones también necesitadas de pesquisas policiales para identificar claramente, con todas las garantías, a las personas que pudieran ser directamente responsables de los delitos que se estaban investigando.

El Informe Policial nº 113.288/07 dando cuenta de todas estas diligencias de investigación es de fecha 6 de junio de 2007, y en esos primeros días de junio se presentó en el Juzgado. Así ha resultado acreditado por informe recibido del Comisario Jefe Provincial de Málaga y por el testimonio de los policías que participaron en su elaboración. Y si bien la defensa cuestiona esta data, lo cierto es que dicho informe policial, en cualquier caso, solo pudo ser confeccionado después del día 28-05-07, que la declaración sumarial de un imputado en Diligencia Previa 4796/05, ofreció esta línea de investigación y comprobación de los delitos aquí enjuiciado

En conclusión no es acogible la alegación de retraso injustificado en la confección del Informe Policial nº 113.288/2007. La actividad investigadora del Grupo Policial que participó en la confección y elaboración del Informe 113.288/2007 se ha revelado como demostrativa de un buen hacer profesional, en atención al ingente y diverso material ocupado, la complejidad de los hechos y la dificultad intrínseca que tienen las investigaciones de los delitos de cohecho, prevaricación y demás delitos contra la Administraciones Públicas.

b) En cuanto a la segunda alegación, relativa a un eventual retraso injustificado por parte del Magistrado de Instrucción nº 5 de Marbella, en la remisión de la Exposición Razonada de indicios delictivos contra una persona aforada a esta Sala de lo Civil y Penal competente, ha de seguir igual suerte desestimatoria.

La doctrina del Tribunal Constitucional (entre otras, STC Sala 2ª, S 14-2-2000, nº 35/2000, rec. 3932/1995, y ATC 262/94 de 3 de octubre) reiteradamente ha declarado que *"El derecho al Juez predeterminado por la Ley únicamente puede quedar en entredicho cuando un asunto se sustraiga*

indebida o injustificadamente al órgano al que la Ley lo atribuye para su conocimiento, manipulando el texto de las reglas de distribución de competencias con manifiesta arbitrariedad". Debe añadirse que es doctrina jurisprudencial pacífica aquella que reconoce al Juez de Instrucción un margen temporal razonable que le permita reunir elementos incriminatorios para que el Tribunal competente por el aforamiento pueda asumir la competencia del asunto. En este sentido la STS Sala 2ª, S 17-4-2006, nº 473/2006, rec. 366/2005 (remitiéndose entre otros pronunciamientos idénticos al auto del 22/11/1999) recuerda que el Tribunal Supremo, exige, antes de hacerse cargo de la instrucción respecto a un aforado, que se dilucide la existencia de algún indicio o principio de prueba que pudiera servir de apoyo a la imputación.

En el presente caso, el examen de las Diligencias Previas 4796/05 seguidas por el Juzgado de Instrucción nº 5 de Marbella – en los extremos que afectan a esta extremo – revelan, de manera inequívoca, que el Magistrado de Instrucción nº 5 de Marbella realizó las diligencias estrictamente necesarias para valorar los elementos incriminatorios existentes contra el aforado y no incurrió "retraso ni demora" en la imputación del aforado.

Esta conclusión se desprende de los siguientes datos:

1º. El Informe Policial nº 113.288/07, se emite el día 6 de junio de 2007 y, en esos primeros días de junio, se presentó en el Juzgado de Instrucción nº 5 de Marbella. El día 18-6-07 el Ministerio Fiscal informa sobre la existencia de indicios contra el acusado aforado y el día 28-06-07 el Magistrado eleva Exposición Razonada a esta Sala de lo Civil y Penal, competente para el enjuiciamiento, que la recibe el día 03/07/07. Por lo tanto, no transcurre ni un mes desde el inicial conocimiento de indicios delictivos contra un aforado hasta su remisión al órgano judicial competente. Plazo obviamente razonable.

2º. El Magistrado de Instrucción nº 5 no realizó diligencias adicionales de investigación después de tener conocimiento del Informe Policial nº 113.288/07, ni del Informe del Ministerio Fiscal. Por tanto, no existen diligencias adicionales contra persona aforada que pudieran ser cuestionadas por incompetencia del Juzgado de Instrucción.

En consecuencia con lo anteriormente expuesto, se ha de concluir que no existió "retraso" en la imputación del aforado, ni vulneración del art. 118 de la LECrim. como tampoco existió retención de la causa o demora en su remisión a la Sala de lo Civil y Penal.

B. SOBRE EL FONDO

PRIMERO.- *De la declaración incriminatoria de los coimputados y de la prueba indiciaria en general.*

El principio de presunción de inocencia que el artículo 24.2 de la Constitución declara como derecho fundamental, significa que toda persona acusada de una infracción no puede considerarse culpable hasta que se acredite el hecho delictivo y su participación ante un Tribunal independiente, imparcial, previamente establecido por la Ley, tras un proceso celebrado con plenitud de garantías.

Está recogido en diversos Convenios de rango internacional. Así el art. 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948 dispone que *"toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se prueba su culpabilidad, conforme a la ley"*. Declaración reiterada en el artículo 6º.2 del Convenio de Roma para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 4 de noviembre de 1950 y en el artículo 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos firmado en Nueva York el 19 de diciembre de 1966.

La exigencia probatoria destructiva de la presunción de inocencia viene exigida por el Tribunal Constitucional a través de una reiterada y constante jurisprudencia (así, SS. TC de 17 de noviembre de 2000, 25 de enero de 2001, 24 de octubre de 2005, 17 de julio de 2006, entre otras) que se iniciaba en la sentencia de 28 de julio de 1981, al puntualizar que la presunción de inocencia se destruye por "una mínima actividad probatoria producida con todas las garantías y que pueda considerarse de cargo". Para que la actividad probatoria sea de cargo, debe ser capaz de conducir, mediante un razonamiento lógico, al juez, a través de una valoración conforme a las reglas del saber humano, a una convicción acerca de la culpabilidad del sujeto activo del proceso.

I.- De la declaración inculpativa de los coimputados en general y en este caso.

El Tribunal Supremo ha admitido, con reiteración, la validez como prueba de cargo hábil para desvirtuar la presunción constitucional de inocencia de las declaraciones de los coimputados, por estimar que están fundadas ordinariamente en un conocimiento extraprocesal y directo de los hechos, y que la circunstancia de la coparticipación delictiva no las invalida, constituyendo únicamente un dato a tener en cuenta por el Tribunal sentenciador a la hora de ponderar su *credibilidad* en función de los particulares factores concurrentes en los hechos (entre otras, STS de 1 de diciembre de 1999 de 17 de septiembre de 1999 y 5 de diciembre de 2000, núm.1866/2000).

Sin embargo, cuando la declaración del coimputado es la única prueba de cargo, nuestra jurisprudencia considera que carece de consistencia plena si no resulta mínimamente corroborada por otras pruebas. En este sentido se ha pronunciado tanto el Tribunal Constitucional (en STC 153/1997, de 29 de septiembre y 118/2004, de 12 de julio, entre otras) como el Tribunal Supremo (en STS de 15 de noviembre de 1999 y 21 de octubre de 2004, entre otras). Como ha recordado el Tribunal Constitucional en sus sentencias de 17 de marzo de 2001, sobre el caso Marey, no se exige una corroboración plena sino una mínima corroboración, y tampoco puede definirse que ha de entenderse

por corroboración, más allá de la idea obvia de que la veracidad de la declaración del coimputado ha de estar avalada por algún hecho, dato o circunstancia externa, dejando a la casuística la determinación de lo que deba ser valorado como corroboración.

La sentencia TS Sala 2ª, S 17-10-2001, nº 1833/2001, rec. 768/2000 explica con detenimiento los controles que ha de superar la declaración del coimputado para poder erigirse en válida prueba de cargo. Tras advertir que la valoración de las declaraciones de los coimputados debe ser cuidadosa y prudente, atendiendo a que se trata de declaraciones prestadas sin previa prestación de juramento de decir verdad, señala que *" Esta valoración debe asegurar, en primer lugar y en la medida de lo posible, la ausencia de factores de incredibilidad subjetiva en el declarante, como pueden ser los móviles de autoexculpación, exculpación de terceros, obtención de ventajas procesales, o bien motivaciones espurias como la venganza, el resentimiento, la animadversión, obediencia, etc. En principio, al Tribunal sentenciador, en virtud de la inmediación y audiencia directa de que ha gozado y como parte de la función valorativa de la prueba que el art. 741 de la L.E.Criminal, le atribuye, corresponde ponderar si las declaraciones del coimputado se encuentran o no viciadas por dichos factores. En consecuencia constituye un ineludible requisito formal de las sentencias que fundamenten la condena en la declaración de un coimputado incluir un análisis más o menos somero de la concurrencia o no de dichas causas de incredibilidad subjetiva. Y, en caso afirmativo, constituye un requisito material ineludible la razonabilidad de la fundamentación que debe justificar el que se haya otorgado credibilidad a la declaración del coimputado pese a que alguno de dichos factores efectivamente concurra. Se trata, en realidad, de un concepto asimilado al de corroboraciones periféricas que utiliza la doctrina jurisprudencial para contrastar la credibilidad de la declaración de la víctima (STS 23-03-1999, núm. 430/1999, entre otras muchas). En consecuencia, no se exige que existan otras pruebas de cargo adicionales, sino elementos objetivos, externos a la propia declaración del coimputado, que avalen la credibilidad de ésta, que puede continuar siendo, sin embargo, la única prueba de cargo en sentido propio en la que fundamentar la sentencia condenatoria"*.

En el presente caso que la declaración inculpativa del coacusado Juan Antonio Roca Nicolás, se produjo en el propio acto del juicio oral, con plenas garantías de contradicción, oralidad y publicidad, compete al Tribunal sentenciador la valoración de su credibilidad y poder de convicción, conforme a los principios de inmediación y de valoración en conciencia de la prueba que rigen nuestro Ordenamiento procesal penal.

Siguiendo la línea discursiva de la mencionada sentencia del Tribunal Supremo, este Tribunal ha de poner de manifiesto que, en la declaración inculpativa del coacusado Juan Antonio Roca, no se aprecian motivaciones espurias, tales como la venganza, el resentimiento, la animadversión u obediencia. No obstante puede que efectivamente concurren dos vicios o factores de incredibilidad subjetiva:

a) *el móvil de exculpación de terceros; en concreto la finalidad de excluir la participación del tercer acusado Arnaud Fabrice en los delitos de cohecho, cuando aquél afirma que recibió la solicitud del dinero e hizo la entrega de este al Magistrado, directamente y sin participación de terceros;*

b) *el móvil de obtener ventajas procesales, como un tratamiento favorable en la calificación del delito y en la pena, lo cual efectivamente sucedió cuando el Ministerio Fiscal modificó el escrito de acusación inicial, tras el juicio oral, y le acusó como autor de un delito del art. 423.2 del CP - en lugar del inicialmente acusado, como cooperador necesario del delito previsto en el art.419 CP – solicitando una pena inferior a la inicialmente recogida en el escrito de acusación.*

Pues bien, a pesar de la posible concurrencia *de dichas causas de incredibilidad* subjetiva, este Tribunal otorga *credibilidad a la declaración inculpativa del coacusado* respecto del aforado. Ello es así porque el reconocimiento por parte del acusado Juan Antonio Roca del hecho de la entrega del dinero al Magistrado para la compra de la vivienda, a cambio de un trato favorable en asuntos judiciales y del hecho de que el Magistrado le pidiera el dinero, es un reconocimiento de hechos que se realizó en juicio oral con las garantías que le son propias. Hechos que no solo están probados por la declaración de Juan Antonio Roca; sino también corroborados por numerosos *elementos objetivos externos a la propia declaración del coimputado (corroboraciones periféricas)*; así como por la prueba indiciaria practicada, la cual por sí sola - sin necesidad de la declaración inculpativa del coacusado – también se presenta como suficiente para desvirtuar el principio de presunción de inocencia, al reunir todos y cada uno de los requisitos exigidos para ello por el Tribunal Supremo y Tribunal constitucional, como seguidamente se expondrá.

Debe añadirse que, en contra de la opinión de la defensa del acusado aforado, la declaración inculpativa del coacusado en juicio oral – respecto a los días en que conversaron y aquél le solicitó el dinero- no presenta contradicción con el contenido de la conversación telefónica grabada el día 15 de marzo de 2006, a las 13:02:18 entre Arnaud Fabrice y Juan Antonio Roca, en la que este responde a la pregunta de *“cuándo regresas”* con la respuesta *“mañana noche”*. El coacusado Juan Antonio Roca afirmó en juicio oral, a preguntas del Ministerio Fiscal: *“que el dinero se lo pidió el Sr. Urquía, que le pidió que le echara una mano; se reunió con el Sr. Urquía en dos ocasiones, el 17 se hizo la entrega y el 16 o el 15 no lo puede recordar”*. Y a preguntas de la defensa reiteró *“que él no ha precisado el 15 o el 16, que ha dicho que fue con anterioridad al 17 y que es cierto que se produjo; que pasado el 17 no habló con el Sr. Urquía, que después de ese día no se han vuelto a llamar”*. De estas manifestaciones solo se puede extraer la conclusión de que las conversaciones tuvieron lugar días anteriores al día 17, incluso puede que alguna de ellas tuvieran lugar el día 16 – pues la firma de Juan Antonio Roca obra en el escrito

de querrela de esa fecha- afirmación esta compatible con la posibilidad de que el día 15 Juan Antonio Roca estuviera fuera de Marbella.

De otro lado y también en contra de la tesis de la defensa del aforado, la declaración inculpativa del coacusado no necesitaba haber sido confrontada por la parte acusadora con las precedentes declaraciones sumariales ni con la prestada en el expediente disciplinario seguido contra el Magistrado, en las cuales aquél negaba los hechos. El requisito de la lectura en juicio oral de las declaraciones sumariales es un mecanismo - previsto por el art. 714 de la LECrimn.- para que el Tribunal pueda utilizar como fundamento de la condena la declaración sumarial del coimputado rectificada en el juicio oral y ello con el fin de someterlas a contradicción y que puedan prevalecer frente al silencio o retractación de los testimonios prestados en juicio oral. No es este el caso, en el cual no hay retractación del coacusado Juan Antonio Roca ni revelación inesperada de hecho alguno para el acusado aforado que no pudiera estimarse comprendido en el escrito de acusación, en el que desde el primer momento estaba acusado de "recibir" dinero. Lo que en realidad se ha producido con la declaración inculpativa de Juan Antonio Roca es un reconocimiento parcial de los hechos por los que venía siendo acusado y, una corroboración probatoria más respecto del delito de cohecho por el que venía siendo acusado el Magistrado, pues como se dirá ya sea por solicitud ya sea por recepción la acción típica del art. 419 del Código Penal se consuma.

Cierto es que el reconocimiento no abarcó a todos los hechos ni a todos los delitos por los que era acusado Juan Antonio Roca; pero esto forma parte de su derecho "*a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables*" del art. 24 de nuestra Constitución.

De tal manera que este Tribunal, tanto respecto de los hechos reconocidos como de los no reconocidos por el coacusado, inculpativos o no del acusado aforado, ha de formar su convicción con arreglo al artículo 741 de la LECrimn, tras comparar, medir y valorar unas y otras manifestaciones. Como dice reiteradamente el Tribunal Supremo - entre otras STS de 11 de enero de 1991 y de 23 de septiembre de 1998 - la sola circunstancia de contabilizarse declaraciones de signo contrario en un coimputado, ni neutraliza ni impide que la Sala sentenciadora pueda valorar una u otra para fundar su juicio de certeza. El resultado de esta valoración, cuyo proceso de formación ya se ha explicitado, es el reconocimiento de "*credibilidad*" a la declaración inculpativa del acusado Juan Antonio Roca. Declaración esta que no es la única prueba de cargo; sino que, junto a la contundente prueba indiciaria, han desvirtuado la presunción de inocencia de los acusados que se dirá y por los delitos que se especificarán.

II.- De la prueba indiciaria en general

Exigiéndose una mínima actividad probatoria de cargo, es preciso añadir que no necesariamente tal prueba ha de ser una prueba directa; sino que, como se pronunció el Tribunal Constitucional en la primera sentencia sobre esta cuestión (STS 174/1985, de 17 de diciembre) el derecho a la presunción de

inocencia no se opone a que la convicción judicial se funde sobre la base de una prueba indiciaria; pues prescindir de la prueba indiciaria conduciría en ocasiones a la impunidad de ciertos delitos especialmente los perpetrados con particular astucia, lo que provocaría una grave indefensión social. Este mismo argumento legitimador se encuentra en numerosas sentencias, como la STS de fecha 25 de enero de 2001: *"si la acreditación de una actuación criminal se asentase sólo sobre prueba directa serían múltiples los supuestos que se sustraerían a la acción de los Tribunales, de ahí nacen las presunciones e indicios del conocimiento de la naturaleza humana, del modo de comportarse habitual del hombre en sus relaciones con otros miembros de la sociedad, de la índole misma de las cosas"*. Singularmente en el caso del delito de cohecho, es poco frecuente la existencia de prueba directa siendo necesario en la mayoría de los casos acudir a la prueba indiciaria.

Por su parte el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha entendido que la utilización de la denominada prueba de indicios no se opone al contenido del artículo 6.2 del CEDH. Así, en la STEDH de 18 de enero de 1978 – Irlanda contra Gran Bretaña – declaró que *"... a la hora de valorar la prueba, este Tribunal ha aplicado el criterio de la prueba más allá de la duda razonable. Sin embargo, tal tipo de prueba se puede obtener de la coexistencia de inferencias suficientemente consistentes, claras y concordantes o de similares presunciones de hecho o rebatidas..."*; doctrina que se ha reiterado en otras sentencias, como Salaiaku contra Francia, de 7 de octubre de 1988 (TEDH 1988, 20); Salman contra Turquía, de 27 de junio de 2000 (TEDH 2000, 379); Talsin contra Turquía, de 8 de abril de 2004 (TEDH 2004, 98626)

Por todo ello tiene cabida en nuestro derecho procesal la prueba indiciaria, también denominada indirecta, mediata, circunstancial, de inferencias, adjetivos utilizados para calificar un medio probatorio distinto al directo. Ahora bien, no basta con la existencia de sospechas, conjeturas o intuiciones, sino que resulta obligado que la presunción obtenida a partir de los indicios reúnan una serie de requisitos para que pueda ofrecer tal naturaleza de prueba de cargo. Estas cautelas se expresaban en la STC Sala 2ª, S 25-9-1995, nº 133/1995, cuando declaraba: *"el indicio, que lleva desde un hecho conocido a otro desconocido, por su relación mutua, ha de ser inmediato y necesario, grave y concluyente como exigía la ley provisional sobre la reforma del procedimiento criminal de 1868, para reducir al máximo el margen de indeterminación o error del juicio probabilístico en que consiste. En tal sentido, pero con otras palabras más cercanas al concepto de la prueba por presunciones según la define el Código Civil (art. 1252 y 1253 CC), este Tribunal ha considerado admisible la indiciaria, equivalente de aquella en el ámbito penal, siempre que con base en un hecho plenamente acreditado y demostrado, dice también pueda inferirse la existencia de otro, por haber entre ambos un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano mediante un proceso mental razonado. En definitiva se trata de una operación lógica, consistente en un razonamiento inductivo, cuyo discurso ha de reflejarse en la sentencia (SSTC 174/85, 229/88, 197/89, 124/90, 175/95 y 78/94)"*.

La Jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo ha fijado dichos requisitos - unos formales y otros materiales - en numerosas sentencias como la STC de 21 de noviembre de 2005; y sentencias del Tribunal Supremo de 14 julio de 2003, y SSTS. 15 febrero de 2002 y 7 de diciembre de 2001. Así la STS Sala 2ª, S 16-5-2006, nº 552/2006 recoge como requisitos de obligatoria observancia, los siguientes:

a). Que el indicio no sea aislado sino que exista una pluralidad. Aunque no pueda indicarse con carácter absoluto cual haya de ser el número preciso, lo cierto es que esos hechos periféricos absolutamente probados a partir de los que se fija la existencia del inicio han de ser más de uno. Este requisito se explica, como hace la STS de 9 de mayo de 1996, porque la acumulación de indicios en un mismo sentido es lo que permite formar la convicción del Tribunal excluyendo toda duda.

b). Que los hechos-base han de quedar acreditados por medio de prueba practicada en juicio oral. "El Tribunal Constitucional ha venido exigiendo desde la STC 174/1985, de 17 de diciembre – como declara la STC Sala 1ª, S 24-10-2005, nº 263/2005, que la *"prueba indiciaria ha de partir de unos hechos (indicios) plenamente probados, pues no cabe evidentemente construir certezas sobre la base de simples probabilidades"* (FJ 6) sin que, no obstante, ello signifique per se la exclusión de la prueba indirecta como cauce probatorio de esos hechos-base, máxime teniendo en cuenta que, como hemos afirmado en la misma Sentencia acabada de citar, en nuestro Ordenamiento no puede sostenerse la prevalencia general de las pruebas directas sobre la indiciaria, ni que los órganos judiciales sólo puedan valorar la prueba de indicios con carácter subsidiario a las pruebas directas, en cuanto que el sistema de valoración en conciencia de las pruebas que instaura el art. 741 LECrim excluye que el poder de convicción de las diferentes pruebas esté predeterminado o jerarquizado según un sistema de prueba legal o fasada (SSTC 174/1985, de 17 de diciembre, FJ 7; 94/1990, de 23 de mayo, FJ 2; AATC 228/2000, de 2 de octubre, FJ 3; 427/2004, de 22 de noviembre, FJ 5".

c). Que los hechos-base acreditados sean periféricos respecto al dato fáctico a probar, en el sentido de que sean sucesos o acontecimientos no desconectados del supuesto delito. No todo hecho puede ser relevante, así resulta preciso que sea periférico o concomitante con el dato fáctico a probar. No en balde, por ello, esta prueba indirecta ha sido tradicionalmente denominada como circunstancial, pues el propio sentido semántico, como derivado de "*circum*" y "*stare*" implica "estar alrededor" y esto supone no ser la cosa misma, pero si estar relacionado con proximidad a ella.

d) Interrelación. Derivadamente, esta misma naturaleza periférica exige que los datos estén no solo relacionados con el hecho nuclear precisado de prueba; sino también interrelacionados; es decir, como notas de un mismo sistema en el que cada una de ellas represente sobre las restantes en tanto en cuanto formen parte de él. La fuerza de convicción de esta prueba dimana no sólo de la adición o suma, sino también de esta imbricación.

e) Racionalidad de la inferencia. Esta mal llamada prueba de presunciones no es un medio de prueba, sino una forma de valoración de los hechos indirectos plenamente acreditados. Por ello, entre éstos y el dato precisado de acreditar ha de existir, conforme a lo requerido por el art. 1253 Código Civil. *"un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano"*; o en palabras la STS de 5 de marzo de 2004: *"Entre esos hechos básicos y el hecho necesitado de prueba (hecho consecuencia) ha de existir "un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano", como dice el citado 386.1 de la LEC, es decir, ha de haber una conexión tal entre unos y otros hechos que, acaecidos los primeros, cabe afirmar que se ha producido el último, porque las cosas ordinariamente ocurren así y así lo puede entender cualquiera que haga un examen detenido de la cuestión. Al respecto se habla de las máximas de experiencia y de los conocimientos científicos con pretensiones de proporcionar unas bases concretas al raciocinio propio de este segundo elemento de la prueba de indicios"*.

f) Expresión en la motivación del cómo se llegó a la inferencia en la instancia, de tal manera que el juicio valorativo de los hechos indiciarios a partir de los cuales se llega al hecho-consecuencia, permita al acusado conocer el razonamiento del Juzgador y al Órgano jurisdiccional superior verificar la racionalidad del juicio de inferencia; es decir, que la conclusión inferida de los indicios probados responde a las reglas de la lógica y de la razón y no permite otra inferencia igualmente razonable deducida de los mismos datos indiciarios.

De esta especial exigencia de motivación, la sentencia del TS Sala 2ª, S 1-2-2006, nº 192/2006, rec. 1087/2004 – concluye que la prueba indiciaria *"Es finalmente una prueba al menos tan garantista como la prueba directa, y probablemente más porque el plus de motivación que exige para explicitar y motivar el juicio de inferencia alcanzado para llegar del hecho-base acreditado, al hecho-consecuencia, actúa en realidad como un plus de garantía que permite un mejor control del razonamiento del Tribunal a quo cuando el Tribunal Superior conoce del tema vía recurso, con lo que hay un mejor y más acabado control de la interdicción de la arbitrariedad, que en relación a la prueba directa la que por mor de la inmediatez se convierte en prueba de imposible fiscalización por quien no hubiera presenciado el juicio o incluso en una excusa o coartada para eximirse del deber de motivar o reducirlo a una entidad puramente formal, ello sin contar con los problemas de todo tipo que plantea la aprehensión de la realidad y la transmisión y exteriorización de ese conocimiento por el testigo como se pone de relieve por parte de los especialistas en psicología del testimonio, y que pueden provocar errores judiciales...."*.

En definitiva, es esencial en la prueba indiciaria el razonamiento explícito de la convicción del Tribunal que ha de contener la sentencia.

SEGUNDO.- De la calificación jurídica de los Hechos declarados probados en el apartado PRIMERO.

Los hechos declarados probados en el apartado Primero son legalmente constitutivos de los siguientes delitos:

a) Un delito de cohecho, previsto y penado en el artículo 419 del Código Penal vigente – denominado por la doctrina como delito de cohecho pasivo propio - por concurrir los elementos objetivos y subjetivos de dicho tipo penal. Dispone esta norma que: *"La autoridad o funcionario público que, en provecho propio o de un tercero, solicitare o recibiere, por sí o por persona interpuesta, dádiva o presente o aceptare ofrecimiento o promesa para realizar en el ejercicio de su cargo una acción u omisión constitutivas de delito, incurrirá en la pena de prisión de dos a seis años, multa del tanto al triplo del valor de la dádiva e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de siete a doce años, sin perjuicio de la pena correspondiente al delito cometido en razón de la dádiva o promesa"*.

b) Un delito de cohecho previsto y penado en el artículo 423. 2 CP – denominado por la doctrina como delito de cohecho activo – por concurrir los elementos objetivos y subjetivos de dicho tipo penal. Dispone esta norma lo siguiente: *" 2. Los que atendieren las solicitudes de las autoridades a funcionarios públicos, serán castigados con la pena inferior en grado a la prevista en el apartado anterior"*.

I. En relación con el delito de cohecho pasivo propio.

Las pruebas acreditativas de que el Magistrado acusado solicitó dinero al también acusado Juan Antonio Roca Nicolás para realizar una acción delictiva en el ejercicio de su cargo, se han obtenido de la declaración inculpativa de este último así como de la prueba indiciaria practicada.

Con ocasión del análisis de la concurrencia de los elementos de este delito y de la prueba indiciaria, se explicará el juicio obtenido de las mencionadas pruebas, su valor probatorio, y las inferencias a las que se ha llegado tras la valoración conjunta de las mismas conforme al art. 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

A. Con carácter previo se hace necesario explicar la naturaleza y características del delito de cohecho del art. 419 del Código Penal

En principio se puede afirmar – como se hace en reiterados pronunciamientos de este Tribunal, entre otras, sentencia TSJ Andalucía (Granada), sec. 1ª, S 20-3-2007, nº 6/2007, rec. 1/2006 – que el bien jurídico protegido por este tipo penal es, ante todo, el prestigio y eficacia en general de la Administración pública; y en particular de la Administración de Justicia, garantizando la honradez o integridad en el desempeño de la actividad de las autoridades o funcionarios y, con ello, la credibilidad de las instituciones y organismos públicos. No obstante, un análisis más concreto del tipo penal, revela que el



bien jurídico principal protegido por esta norma está relacionado con la concreta acción u omisión delictiva que el funcionario esté dispuesto a realizar a cambio de la dádiva; pues en definitiva, el tipo penal que nos ocupa lo que hace es adelantar la barrera de protección frente a las posibles lesiones que la autoridad o el funcionario público puede hacer abusando de su posición. De tal manera que, por ejemplo, con este delito de cohecho pasivo se anticipa la protección del bien jurídico tutelado por una posible prevaricación – esto es, la Administración de Justicia y su recta impartición – sin perjuicio de que, si efectivamente concurriera el delito de prevaricación, este se consumaría con independencia de aquel y sería susceptible de reproche penal separado, como expresamente prevé el art. 419 in fine, al disponer que las penas previstas se aplican sin perjuicio de la pena correspondiente al delito cometido en razón de la dádiva o promesa (art. 419 in fine).

La conducta típica o acción nuclear del cohecho del art. 419 viene constituida por una serie de conductas alternativas, no necesariamente excluyentes unas de otras, y que generan indistintamente la responsabilidad penal. Estas conductas consisten en “solicitar o recibir dádiva o presente”, o “aceptar ofrecimiento o promesa”. En realidad se trata de un delito de mera actividad (SS. TS de 11 de julio de 2002 y de 6 de mayo de 2005), que se consume por el mero hecho de solicitar, recibir o aceptar la dádiva, como se deduce expresamente del texto legal “ *por lo que no requiere para la consumación ni la aceptación de la solicitud, ni el abono de la dádiva ni la realización del acto delictivo ofrecido como contraprestación, que caso de realizarse se sancionaría separadamente en concurso con el delito de cohecho*”. (STS 776/2001, de 8 de mayo).

Según la descripción legal, para que quede completado el tipo objetivo no es necesario la realización por la autoridad o el funcionario público del delito contrapartida de la dádiva; pero éste debe llevar a cabo la acción típica con la finalidad de realizar, en el ejercicio de su cargo, una acción u omisión constitutiva de delito. Como en el resto de los delitos mutilados de dos actos – el delito de cohecho pasivo ha sido calificado por el Tribunal Supremo como “delito de resultado cortado” (STS 58/2005 de 6 de mayo) - el legislador pretende reforzar la protección del bien jurídico, considerando consumado formalmente el delito antes de la producción de la lesión.

La solicitud de dádiva o promesa es una declaración de voluntad concreta, seria y precisa, dirigida a persona determinada, que puede realizarse de cualquier forma, explícita o implícita, expresa o tácita.

En cuanto al objeto material del cohecho, es decir la dádiva o presente, tanto la doctrina como la jurisprudencia sostienen unánimemente que la dádiva, presente o promesa que se solicita, acepta o recibe, ha de tener, al menos como proyección psicológica del autor del delito, el carácter de retribución del acto contrario al cargo que se trata de generar.

B. La concurrencia, en el caso que se enjuicia, de los elementos objetivos y subjetivos exigidos por la jurisprudencia en el delito de cohecho regulado en el art. 419 del CP, resulta de lo siguiente:

1º. Por lo que se refiere a la especial condición exigida en el *sujeto activo*, la acción u omisión ha de ser cometida por una "autoridad o funcionario público". Expresión que sin duda comprende al Juez o Magistrado; ya que el artículo 24 del CP dispone que, a los efectos penales, se reputará autoridad al que por sí sólo o como miembro de alguna corporación, tribunal u órgano colegiado tenga mando o ejerza jurisdicción propia.

2º. En cuanto a los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal, ya se ha expuesto que este delito exige la concurrencia de un primer acto –en este caso concurre tanto la solicitud como la recepción de dádiva por parte del acusado aforado – y un elemento subjetivo del injusto – reflejado en la expresión "*para realizar en el ejercicio de su cargo un acción u omisión constitutiva de delito*" – que define la voluntad del sujeto activo dirigida hacia la realización de una conducta, activa u omisiva, constitutiva de delito que lesiona o pone en peligro un determinado bien jurídico.

II. *En relación con el delito de cohecho activo del artículo 423.2 del Código Penal.*

Las convicción judicial de que el acusado Juan Antonio Roca Nicolás atendió a la solicitud de dinero del Magistrado para que este realizara una acción delictiva en el ejercicio de su cargo, se ha obtenido de la valoración conjunta y en conciencia – conforme al art. 741 de la LECrimn – de la declaración incriminatoria del primero así como de la prueba indiciaria practicada.

En el caso aquí enjuiciado el delito de cohecho descrito en el art. 423.2 del Código Penal, se presenta como el reverso del art. 419; pues aquél sanciona al particular que entrega a la autoridad o funcionario dádiva en atención a la participación de éste en el ejercicio de funciones públicas, y este sanciona a la autoridad o funcionario que la solicita o recibe para realizar en el ejercicio de su cargo un acción u omisión constitutiva de delito.

Tanto el cohecho activo como el pasivo tratan de proteger la imparcialidad de la Administración "*en ambos casos se lesiona el bien jurídico protegido que es, en definitiva, el buen funcionamiento de los servicios públicos tan seriamente afectado por los comportamientos de corrupción como los ahora examinados, en los cuales, si bien la mayor responsabilidad le incumbe al funcionario por los deberes de fidelidad al cargo que notoriamente quebranta, no pueden excluirse las sanciones contra los particulares que con su conducta hacen posible el grave daño a la causa pública que estas figuras penales tratan de prevenir*" (STS de 4 de octubre de 1.990).

No obstante y de manera más específica, el bien jurídico protegido por el delito de cohecho activo, se puede concretar en la salvaguarda del funcionario y en definitiva de la Administración Pública frente a las conductas de particulares

que ponen en riesgo su integridad. De modo que, *"no se trata sólo de asegurar la rectitud de la función pública, sino también de garantizar la incolumidad del prestigio de la función y de los funcionarios, a quienes hay que mantener siempre al margen de cualquier injusta sospecha de interesada y voluntaria trasgresión de sus deberes"* (S. TS de 7 de octubre de 1993).

La concurrencia, en el caso que se enjuicia, de los elementos objetivos y subjetivos exigidos por la jurisprudencia en el delito de cohecho activo del art. 423.2 del CP, resulta de lo siguiente:

a) Por lo que se refiere al *sujeto activo*, a diferencia de lo que ocurre en el delito de cohecho pasivo, puede serlo tanto un particular como una autoridad o funcionario público cuando no se trate de cuestiones relacionadas con el ejercicio de su cargo.

b) En cuanto a los elementos del tipo penal, este delito exige la concurrencia de un elemento objetivo: esto es, *atender a la solicitud de dádiva formulada* (en este caso por una autoridad) que no es otra cosa que la aceptación por el particular de la propuesta realizada por aquél consistente en la entrega inmediata o futura de una dádiva. De tal manera que la ejecución por el particular de esta acción típica lleva consigo, la realización previa de uno de los comportamientos sancionados en los artículos 419, 420 y 421 del Código Penal: la solicitud de una dádiva. Por esta razón, el dolo del autor ha de abarcar no solo la entrega de la dádiva, sino también que esta entrega se hace a la autoridad para que realice en el ejercicio de su cargo una acción u omisión constitutiva de delito (art. 419).

III. En relación con la prueba indiciaria acreditativa de los delitos de cohecho del art. 419 y 423.2 del Código Penal

Pruebas en las que se basa el Hecho Probado Primero: Solicitud y recepción de una cantidad de dinero por el acusado aforado a Juan Antonio Roca para el dictado de una resolución injusta (delito de cohecho pasivo) y entrega de dinero de éste a aquél como contrapartida (delito de cohecho activo).

Como ya se ha expuesto, además de la prueba directa consistente en la credibilidad de la declaración inculpativa del coacusado, existe prueba indiciaria bastante para enervar la presunción de inocencia de los acusados Francisco Javier De Urquía y Juan Antonio Roca. Seguidamente se enumeran los indicios concomitantes probados, interrelacionados y que se refuerzan entre sí:

1) Conversaciones telefónicas mantenidas en la mañana del día 17 de marzo de 2006, entre el acusado Juan Antonio Roca, el vendedor de la vivienda y el hermano de este que actuaba como mandatario. En estas conversaciones Juan Antonio Roca preguntó expresamente el precio real de la operación (423.000,00, que equivalen a 70.500.000 pesetas) para calcular la *"excedencia que había que poner"* – esto es la cantidad que había que entregar a la firma sin constancia en el documento privado – y como *Santiago Pino le dijera que a*

la firma del contrato había que entregar unas cantidades, y que "Francisco" le había dicho "que iba a ver si disponía del dinero", Juan Antonio Roca contestó "no te preocupes que eso ya lo ponemos aquí, vale?": Hecho este acreditado por la prueba documental consistente en transcripciones telefónicas de la mañana del día 17 de marzo de 2006.

2) En las mencionadas conversaciones – reconocidas por el acusado Juan Antonio Roca – este se presentaba como "*Fernando, abogado de Paco*", ocultando su verdadera identidad a los interlocutores, con la evidente finalidad de ocultar su participación en estos hechos. Los vendedores creían estar hablando con un tal "*Fernando Jiménez*"; ya que el Magistrado acusado les había dado tal nombre como el de su abogado (nombre que aparece ficticio) indicándoles que les llamaría para preparar la documentación de la compra. Hecho este acreditado por la prueba documental consistente en transcripciones telefónicas de la mañana del día 17 de marzo de 2006 y por las declaraciones testificales de los hermanos Pino García.

3) En las negociaciones previas al contrato de compraventa, el acusado aforado o bien Juan Antonio Roca, propusieron la fórmula de pago de precio aplazado que figura en el contrato privado firmado por las partes. A cambio de esto, los vendedores exigieron la entrega de 10.800,00 euros que figura en la cláusula quinta del contrato, en concepto de intereses por aplazamiento de parte del precio. Así ha resultado probado por la testifical de los hermanos Pino y por la documental consistente en el documento privado de compraventa, firmado por el Magistrado acusado y el vendedor José María Pino García, así como por sendos recibos firmados por éste por la cantidad de 63.000,00 euros y 10.800,00 euros, respectivamente.

La cantidad de 63.000 euros no aparece reflejada en el contrato de compraventa, donde el precio global es de 360.000 euros, y las estipulaciones de pago son por importe de 180.000 euros mas 180.000 euros dividido en tres pagarés de 60.000 euros. De los que se deduce que los 63.000 euros son parte del precio de pago, siendo en realidad el importe total del precio de adquisición de la vivienda de 423.000 euros (360.000 euros mas 63.000 euros).

4) El acusado aforado solicitó el día 10 de marzo un préstamo hipotecario por importe de 180.000,00 euros, que corresponde a la cantidad que - según la fórmula de pago aplazada fijada en el contrato privado - tendría que abonar dos meses después de la firma de este, con ocasión del otorgamiento de Escritura Pública notarial. Hecho este acreditado por Prueba documental consistente en el expediente bancario abierto al efecto en la Caja San Fernando.

5) El acusado Juan Antonio Roca confeccionó íntegramente el contrato de compraventa y recibos encargando al acusado Arnaud Fabrice que se los entregara al acusado aforado, cosa que efectivamente hizo este. Así ha resultado acreditado por el reconocimiento de estos hechos por los acusados; por las copias de tales documentos que formaban parte del expediente bancario iniciado para la tramitación de la solicitud del préstamo; y por la

prueba documental privada consistente en sendos documentos Word denominados "contrato de compraventa" y "recibo contrato compraventa", respectivamente, que se hallaron en un Pendrive o lápiz de almacenamiento USB del despacho de una de las secretarías del acusado Juan Antonio Roca, en la oficina de este llamada "Maras", en diligencia de entrada y registro judicial. El documento de compraventa también fue hallado en el escritorio del ordenador utilizado por otra de las secretarías de Juan Antonio Roca en la oficina de "Gerencia de Urbanismo", sita en la delegación de Urbanismo del Ayuntamiento de Marbella, con ocasión de otra diligencia judicial de entrada y registro.

6) El acusado Juan Antonio Roca ordenó a su contable Salvador Gardoqui la anotación de la entrega de dinero, correspondientes a las cantidades que debían ser pagadas como parte del precio (la cual no se documentaría en la Escritura Pública) y como intereses por aplazamiento del pago. El contable hizo tales anotaciones en las denominadas Hojas de Contabilidad de Maras Asesores, (folios 80 y 82 del Tomo I) correspondientes al mes de marzo de 2006; en las que incluyó los importes de 63.000 Euros y 10.800 Euros con la indicación "día 17", en la Hoja dedicada a las salidas de dinero, añadiendo como concepto la palabra "sobre" y como empresa el término "Ayuntamiento". Hecho este acreditado por la declaración del propio acusado, la testifical del contable y la documental consistente en las copias testimoniadas de las referidas Hojas de Contabilidad, cuyos originales fueron exhibidos en el juicio oral.

Estas Hojas de contabilidad – cuya autenticidad está acreditada – se hallaban en el maletín del contable cuando este fue detenido con ocasión de las Diligencias Previas 4794/05 del Juzgado de Instrucción nº 5 de Marbella. Constituyen una prueba de cargo relevante y decisiva en cuanto a la certeza de la entrega del dinero al Magistrado acusado; pues, aunque el nombre de Francisco Javier Urquía no apareciera como destinatario de tales cantidades, lo cierto es que del extenso listado de anotaciones existentes en los denominados policialmente "Archivos Maras" - y así lo declaró en juicio oral el funcionario de la Agencia Tributaria que realizó el hallazgo en la investigación policial - solo y exclusivamente aparecen esas dos cantidades de "63.000 y 10.800 Euros" el día 17 de marzo, que se corresponde con el día de la entrega de estas cantidades al vendedor de la vivienda por parte del Magistrado acusado, con ocasión de la firma del contrato de compraventa y los recibos de entrega de dinero, de esa misma fecha, confeccionados en su integridad por el acusado Juan Antonio Roca.

Tal suma de indicios, de manera lógica y natural, convierte en certeza el hecho de la entrega del dinero al Magistrado acusado. No resulta lógica la tesis de la defensa de que tales anotaciones – por el hecho de poder haber sido realizadas como mucho "uno o dos días" después del resto de los asientos de la misma Hoja, según el informe pericial practicado por la perita calígrafa que propuso– carezcan de fuerza probatoria por poder obedecer a un indebido uso de la información obtenida por Juan Antonio Roca, con ocasión de la

confección del contrato de compraventa, y a una eventual finalidad espuria de utilizarlas cuando lo considerara oportuno. No es plausible tal versión porque de ser cierta tal finalidad espuria, lo normal y usual en dicha hipótesis sería identificar al destinatario del dinero con nombre y apellidos y no intentar ocultarlo con otro nombre, en este caso de "Ayuntamiento". Además, ha resultado acreditado por el testimonio en juicio oral de los policías que confeccionaron el Informe 113.288/2007 que el acusado Juan Antonio Roca utilizaba la denominación de "Ayuntamiento", dentro de la casilla de "Empresa" que contenían sus Hojas de Contabilidad, para contabilizar las cantidades de dinero que entregaba a otras personas, prestaran o no servicios en el Ayuntamiento; a diferencia de la anotación de "Particular" que se referían a gastos personales.

7) El día anterior a las anotaciones contables y a la firma del contrato de compra de la vivienda, el acusado aforado había dictado, por segunda vez y apartándose de las normas de procedimiento, una resolución judicial acordando una medida cautelar tan excepcional como la suspensión de la emisión de un programa televisivo que resultaba perjudicial para los intereses del acusado Juan Antonio Roca.

8) El día 29 de marzo de 2006 el acusado Juan Antonio Roca fue detenido por la policía - en el marco de la investigación que se realizaba en las Diligencias Previas número 4.796/2005, seguidas ante el Juzgado de Instrucción nº 5 de Marbella - y el día 3 de abril el acusado aforado solicita a su amigo empleado de banca un ampliación del préstamo hipotecario desde los 180.000,00 inicialmente solicitados a los 360.000,00 euros, para cubrir el total del precio de la compra que figuraría en la Escritura Pública que se otorgó cuatro días después, en concreto el día 7 de abril. Para el vendedor José María Pino resultó sorpresivo este cambio y, además, se vio obligado a devolverle los 10.800 euros que había recibido el día 17 de marzo en concepto de intereses por aplazamiento del precio. Hechos estos acreditados por la prueba documental consistente en el expediente bancario del préstamo hipotecario y declaración del propio vendedor.

9) Los hechos que se acaban de relatar son tan contundentes que no se pueden entender enervados por la eventual inexistencia del móvil de la necesidad económica del acusado aforado. Si bien este Tribunal ha comprobado que el acusado dispone unos padres y de una esposa dispuestos a ayudarle en caso de apuros económicos, lo cierto es que en las fechas de las negociaciones y firma del documento privado de compra, el acusado no dispuso del depósito bancario titularidad de sus padres - abierto el 13 de febrero de 2003 en la Caja de Ahorros y Pensiones de Barcelona (La Caixa) - cuyo saldo era de 117.991 euros en marzo de 2006; y caso de haber recibido 65.000 euros de su esposa para pago de la entrada exigida en la compraventa privada, no utilizó este dinero el día 17 de marzo y sí el dinero que le había entregado Juan Antonio Roca.

En esas fechas y en la cuenta bancaria que utilizaba para su vida normal (en la cual tenía domiciliada la nómina y se cargaban la mayoría de los pagos) y

desde el año 2005 hasta febrero de 2006, el acusado aforado siempre terminaba los meses con saldo negativo, llegando a superar los mil euros en el mes de febrero de 2006. Así resulta acreditado por Informe remitido por el Inspector Jefe del Grupo 1º. Blanqueo de la Comisaría Provincial de Málaga. Por lo demás, comienza a recibir ingresos de dinero procedentes de sus padres (por un importe total de 25.400 euros) en el periodo de abril a diciembre de 2006, cuando ya tenía que hacer frente al préstamo hipotecario obtenido de 360.000,00 euros; y si hubo alguna entrega en metálico por 3.000 euros anterior a dichas fechas, este Tribunal ha llegado a la convicción de que no fue destinado a la entrega de dinero del día 17 de marzo.

Pues bien, de los numerosos hechos base indiciarios que se acaban de relatar, relacionados unos con otros – acreditados todos ellos por prueba directa – este Tribunal ha de deducir, de manera lógica y racional y conforme a máximas de experiencia, que existió un acuerdo de voluntades el acusado aforado y el acusado Juan Antonio Roca en virtud el cual aquél recibió dinero y este lo entregó a cambio del dictado de una resolución judicial prevaricadora de suspensión cautelar de la emisión de un programa televisivo que contenía informaciones perjudiciales para Juan Antonio Roca. Hechos estos principales que integran el objeto de la acusación por el delito de cohecho pasivo y activo, que nos ocupa.

TERCERO.- De la calificación jurídica de los Hechos declarados probados en el apartado SEGUNDO.

Los hechos declarados probados en el apartado SEGUNDO son legalmente constitutivos de un delito de prevaricación judicial, previsto y penado en el artículo 446 número 3ª del Código Penal vigente, por concurrir los elementos objetivos y subjetivos de dicho tipo penal. Dispone esta norma que: *"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"*. El primer apartado de la norma contempla el supuesto de "sentencia injusta contra el reo en causa criminal por delito"; y el segundo apartado, el supuesto de "sentencia injusta contra el reo dictada en proceso por falta".

El Auto judicial prevaricador es el de fecha 16 de marzo de 2006 - dictado en Diligencias Previas número 1167/2006 seguidas ante el Juzgado de Instrucción nº 2 de Marbella (folio folios 28, 29 y 30., Tomo 1 Pieza Separada de Diligencias Previas 3/07 seguidas ante esta Sala) - y así ha quedado acreditado por los siguientes medios de prueba:

a) Documentos que constituyen las Diligencia Previas número 1167/2006 del Juzgado de Instrucción nº 2 de Marbella, que revelan un flagrante apartamiento de las normas de procedimiento básicas en la tramitación de Diligencias Previas.

b) Prueba indiciaria que pone de manifiesto, de manera lógica y natural, la intención y designio del autor del Auto Judicial de favorecer los intereses del otro acusado y los suyos propios, soslayando su deber de ajustarse al derecho.

Con ocasión del análisis de la concurrencia de los elementos del delito de prevaricación, se explicará el juicio obtenido de las mencionadas pruebas, su valor probatorio, y las inferencias a las que se ha llegado tras la valoración conjunta de las mismas conforme al art. 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

I. Previamente se estiman necesarias las siguientes consideraciones sobre la naturaleza del delito de prevaricación judicial:

El Código Penal de 1995 incluye el delito de prevaricación judicial entre los delitos que atacan la Administración de Justicia (capítulo I del Título XX del Libro II) a diferencia del anterior Código Penal que lo situaba dentro de los delitos cometidos por los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos. Este cambio de ubicación sistemática está justificado por varias razones: por un lado, porque atiende a la importancia que se otorga a la justicia en un Estado de Derecho, sancionando aquellos comportamientos que la ataquen de modo grave. De otro lado, pretende resaltar que la prevaricación judicial reviste mayor gravedad que la de funcionarios públicos, ya que sobre los Jueces recae el monopolio del ejercicio de la jurisdicción, que es tanto como la exclusiva función de juzgar y ejecutar lo juzgado, conforme al art. 117nº 3 de nuestra Constitución. Los Jueces, según esta norma constitucional, son independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley. Es el apartamiento de esta función constitucional lo que integra el delito de prevaricación judicial.

Es un delito de simple actividad que se consuma con el dictado de la resolución injusta y no precisa de la causación de efecto o resultado alguno; con independencia de que, si se produjese algún efecto pretendido, ello supondría que el autor habría conseguido su propósito y el agotamiento delictivo, como declara la Sentencia nº 1/2005 de 28 de enero, de este Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Granada.

El delito de prevaricación judicial es delito especial propio, toda vez que la acción típica está referida a un sujeto activo claramente discriminado – Juez o Magistrado – que se completa con otros dos elementos: el de naturaleza objetiva, integrado por el dictado de una resolución injusta; y el elemento subjetivo, consistente en saber que la resolución que se dicta es injusta, lo que queda objetivado en la expresión "*a sabiendas*" que aparece en todos los supuestos de la prevaricación dolosa (en este sentido y entre otras, Sentencias de 11 de diciembre 2001, 26 de febrero de 2002, 28 de junio de 2004).

A. En cuanto al *elemento objetivo del delito de prevaricación judicial* - esto es, la acción de *dictar resolución injusta*- no hay duda de que el término "*resolución*" incluye a los Autos; pues resulta innegable que los Autos son

resoluciones jurisdiccionales; esto es, declaraciones de voluntad que emite el juez en un proceso.

Es la naturaleza injusta de la resolución, lo que suele plantear mayores problemas. Ya la sentencia TS Sala 2ª, S 24-6-1998, nº 877/1998 ponía de manifiesto la complejidad en la interpretación de la palabra "injusta" de la siguiente manera: *"La injusticia puede provenir de la absoluta falta de competencia por parte del sujeto activo, por la inobservancia de esenciales normas de procedimiento, o por el propio contenido de la resolución, de modo tal que suponga un "torcimiento del derecho", o una contradicción con el ordenamiento jurídico, tan patente y manifiesta, que pueda ser perfectamente apreciada por cualquiera, dejándose de lado, obviamente, la mera ilegalidad producto de una interpretación errónea, equivocada o discutible, que ocurre en tantas ocasiones en el mundo jurídico. Para definir, pues, el carácter injusto de la resolución, se impone la perspectiva objetiva, conforme a la cual no habrá decisión injusta, cuando ésta se acomode a la legalidad, o cuando siendo ilegal se encuentre justificada por error o equivocación en la interpretación de la norma..."*.

En la comprensión del delito de prevaricación dolosa, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha rechazado concepciones subjetivas basadas en el sentimiento de justicia o injusticia que tenga el funcionario. Ha venido a mantener que la determinación de tal injusticia 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 puedan ser jurídicamente defendibles. En definitiva, el carácter objetivo de la injusticia supone el apartamiento de la función judicial propia de Estado de Derecho, que se dará cuando el Juez se aparta de la Ley, fuera de toda regla de derecho jurídicamente defendible o de la aplicación de principios implícitos o explícitos del ordenamiento jurídico.

Como se dice en TSJ Andalucía (Gra), sec. 1ª, S 20-3-2007, nº 6/2007 *"El Juez no puede por su voluntad o interés erigir su conciencia en ley. Vulnera su función constitucional el Juez que no aplica la ley o la aplica torcidamente. Por ello, el elemento objetivo de la resolución injusta, sólo puede ser definido desde la perspectiva de la legalidad porque la prevaricación comienza con el abandono de dicho principio, y no desde las mismas convicciones del Juez, pues en tal caso la subjetivización del delito de prevaricación conduce a la justificación de cualquier decisión Judicial.... Tal planteamiento es incompatible con los postulados del Estado de Derecho (S TS de 11 de diciembre de 2001)".* En el mismo sentido se ha pronunciado el TS Sala 2ª, S 8-6-2006, nº 627/2006 – con ocasión de una resolución arbitraria en asunto administrativo y cita de la STS 2/99, de 15 de octubre – al declarar que ello supone *"la postergación por el autor de la validez del derecho o de su amparo y, por lo tanto, la vulneración del Estado de Derecho"*

Y ello es así porque, como razona la mencionada sentencia de este Tribunal, "En la aplicación del art. 446 CP no debe obviarse que el delito de prevaricación

judicial es un delito de técnicos en derecho y que, consecuentemente, en la motivación de las resoluciones prevaricadoras predominan, los argumentos encubridores del carácter antijurídico del acto. Por estas razones, es preciso proceder cuidadosamente en el traslado de las exigencias que debe cumplir el acto prevaricante, dado que los adjetivos utilizados por la jurisprudencia han sido esencialmente forjados con relación a prevaricaciones de funcionarios, que, por lo general, no son técnicos en derecho. Ello explica que en algunos casos se haya exigido que la arbitrariedad sea "esperpentica", o "que pueda ser apreciada por cualquiera" (SS. TS de 2 de abril de 2003 y de 29 de septiembre de 2002) pues es comprensible que un funcionario sin formación jurídica sólo puede percibir la arbitrariedad cuando ésta sea grosera o directamente absurda. Pero un Juez, que tiene la máxima calificación jurídica no puede ser tratado como un funcionario, cuya profesión puede no tener ninguna connotación jurídica".

B. Por lo que se refiere al *elemento subjetivo del tipo* - consistente en dictar la resolución "*a sabiendas*" de su injusticia - ha de resaltarse que el art. 446 nº 3 no requiere que la injusticia de la resolución sea "*manifiesta*", a diferencia de lo que ocurre en el caso de la prevaricación imprudente, pero exige que el Juez haya obrado "*a sabiendas*". Se trata, por lo tanto, de un tipo penal que requiere un elemento subjetivo cualificado.

La doctrina jurisprudencial es unánime al afirmar que debe existir plena conciencia del carácter "injusto" de la resolución; es decir dolo, excluyéndose tan solo el dolo eventual, debiendo existir conciencia plena de la ilegalidad o arbitrariedad (entre otras, Sentencias del Tribunal Supremo de 20 Noviembre 1.995, 4 de Julio de 1.996 y la mencionada de fecha 24-6-1998, nº 877/1998). O dicho con otras palabras, el Juez ha tener conciencia de estar dictando una resolución prescindiendo del principio de legalidad y de las interpretaciones usuales admisibles en derecho, en aquellos casos en los que la norma puede ser susceptible de distintas interpretaciones, elemento que debe ser puesto en relación con la condición del Juez, de técnico en derecho, por tanto, conocedor del mismo y de la ciencia jurídica. (S. TS de 11 de diciembre de 2001). Este es el sentido en que se ha pronunciado el Tribunal Supremo, resaltando la conciencia de faltar a la justicia y a la legalidad.

Como declara la Sentencia de este TSJ Andalucía (Granada), sec. 1ª, S 20-3-2007, nº 6/2007, antes mencionada, "*Esta clara y consciente voluntad de actuar contraria a Derecho ocasiona, en definitiva, una pérdida de la imparcialidad. El Juez ya no se sitúa en un terreno neutral resolviendo conforme a la norma, sino que aparece como un prejuicio y actúa conforme a esa idea previamente concebida*". Todos los Tratados y Declaraciones Internacionales - aplicables en la materia a nuestro Derecho por virtud del artículo 9.2 de la Constitución - reconocen al derecho a un Juez o Tribunal imparcial. Así el artículo 10 de la Declaración Internacional de los Derechos Humanos, el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el artículo 6 del Convenio Europeo para la protección de Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. En interpretación de este artículo ha

declarado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (entre otras Arret 22 juillet 2008) que la constatación de la imparcialidad requiere que el Juez o Tribunal se halle libre subjetivamente de todo prejuicio o interés en relación con el caso.

II. La concurrencia, en el caso que se enjuicia, de los elementos objetivos y subjetivos exigidos por la jurisprudencia en el delito de prevaricación judicial, ha resultado acreditado por las siguientes pruebas,

A.- Por lo que se refiere a la especial condición exigida en el *sujeto activo*, no cabe duda y ha resultado acreditado – por prueba documental y testifical - que el autor de los hechos descritos en el apartado SEGUNDO de los Hechos Probados de esta sentencia, el acusado Francisco Javier De Urquía Peña, ostentaba en aquél tiempo la cualidad y condición de Magistrado en servicio activo, titular del Juzgado de Instrucción nº 2 de los de Marbella.

B.- En cuanto al elemento *objetivo* del delito de prevaricación judicial - esto es, la acción de *dictar resolución injusta*- hemos de tener en cuenta que no es tarea de un Tribunal penal en un juicio por prevaricación realizar funciones propias de un Tribunal de apelación, nuestra tarea consiste en determinar – en atención a los hechos por los que se formuló escrito de acusación por el Ministerio Fiscal - si el resultado de la prueba obtenida tras el juicio oral revela un actuar antijurídico por parte del Magistrado acusado, y si ese actuar era el resultado de su convicción jurídica debidamente obtenida; o si, por el contrario, era fruto de intereses ajenos a la justicia de la resolución, en cuyo caso la discrecionalidad concedida por el legislador se habría utilizado en contra de su finalidad que es la búsqueda de la solución que considera más justa para el caso concreto.

Pues bien, a la vista de los hechos declarados probados y la doctrina jurisprudencial que se acaba de exponer, resulta evidente que el Auto de fecha 16 de marzo de 2006 – por cuyo dictado el Ministerio Fiscal acusó al Magistrado por prevaricador - es una resolución que merece el calificativo de antijurídica; y, además, presenta un plus de antijuridicidad porque se presenta como fruto de intereses ajenos a la justicia de la resolución, y no como el resultado de la convicción jurídica debidamente obtenida por el Magistrado autor de la misma.

Así se desprende, de manera lógica y natural, de los siguientes elementos probatorios:

1º. Los propios documentos que integran el procedimiento penal de Diligencia Previa número 1167/2006 del Juzgado de Instrucción nº 2 de Marbella, los cuales revelan un flagrante apartamiento de las normas de procedimiento básicas de tramitación de Diligencias Previas. Si bien solo por el Auto de 16 de marzo de 2006 se declara la actuación prevaricadora, este Tribunal no puede

obviar las actuaciones judiciales que le precedieron; y a ellas nos referiremos para aproximarnos mejor a la verdad de lo acaecido.

A juicio de esta Sala, las actuaciones judiciales que precedieron al Auto prevaricador evidencian que, desde el inicio del procedimiento de Diligencias Previas, tras la denuncia de Juan Antonio Roca - el acusado aforado tenía la intención de acordar la suspensión cautelar de la emisión del programa de televisión, dejando en un segundo lugar el objeto propio de tal procedimiento, que es la comprobación de la naturaleza y circunstancias de los hechos denunciados y personas que en ellos han intervenido, conforme al art. 789.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Si bien es cierto que, con fórmula estereotipada, menciona este objeto procesal en el Razonamiento Jurídico del primer y tercer Auto, no lo es menos que los tres primeros Autos se dictaron sin practicar diligencia de comprobación o de investigación alguna, sin audiencia previa de las partes que se habían personado (tanto denunciante como denunciado) ni notificación alguna al Ministerio Fiscal hasta el día 21 de marzo de 2006 (Folio 30 vuelto, Tomo 1 Pieza Separada). Y si bien es cierto que antes de dictar el segundo Auto - por el cual anula la primera suspensión cautelar y archiva las Diligencias Previas - tuvo una entrevista previa con el denunciado Cristóbal Toro, no documentada, se comprueba en las actuaciones judiciales que el Magistrado omitió el trámite de audiencia previa al Ministerio Fiscal y la partes que el art. 240.2º de la Ley Orgánica del Poder Judicial nº 6/85, de 1 de julio, exige como requisito procedimental previo a una eventual declaración de nulidad de una resolución judicial

2º. Además del incumplimiento de las normas de procedimiento que se acaban de exponer, el Auto de 16 de marzo de 2006 - dictado por el Magistrado acusado - se presenta, por sí solo, como claramente antijurídico por las siguientes razones:

a) Lo dictó conociendo que el día anterior había decretado el archivo de las Diligencias Previas 1167/06 seguidas en su Juzgado, y a pesar de que no constaba recurso alguno contra tal decisión. Este hecho es una segunda una infracción por omisión de los trámites procedimentales necesarios para dejar sin efecto las decisiones judiciales - ya sea vía resolución de recursos judiciales ya sea vía incidente de nulidad de actuaciones - normas de procedimiento que pretenden garantizar el principio de seguridad jurídica a través de la intagibilidad de las resoluciones judiciales firmadas por los jueces; y cuya vulneración no encuentra justificación en el principio de economía procesal - en contra de la tesis de la defensa - pues en modo alguno es asimilable (ni formal ni materialmente) un escrito de querrela con un escrito de recurso contra una decisión de archivo.

b). Lo dictó sabiendo que aún no tenía adjudicado el conocimiento del escrito de querrela por el órgano de gobierno encargado de ello (el Decanato de los Juzgados); y, además, con ocasión de una copia de esta que no venía acompañada de la *certificación* de haber celebrado Acto de Conciliación o de haberlo intentando sin efecto - requisito este que había exigido expresamente en el Auto anterior - sin añadir ninguna motivación sobre las razones que le



ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

llevaban a cambiar de criterio ni justificación alguna distinta a la utilizado en el primer Auto anulado.

Ha de tenerse en cuenta que los requisitos de procedibilidad fijados por el legislador para el válido ejercicio de la acción penal en los delitos de injurias y calumnias inferidas contra particulares, tanto en el art. 278 como en el 804 de la LECrimn. son controles previos – no exigidos en otros delitos – que, además de pretender asegurarse de la existencia de una voluntad seria de ejercer la acción penal, cumplen la función de asegurar el fundamento y razonabilidad de los hechos denunciados y así evitar prematuras medidas restrictivas de un derecho tan fundamental como es el de libertad de información y de expresión. En el presente caso y sin explicación alguna sobre las razones por las que cambia de criterio, el acusado aforado deja de exigir el requisito de procedibilidad consistente en certificación de haber celebrado o intentado el acto de conciliación, contrariando su decisión del día anterior y el art. 804 de la LECrimn norma procesal que claramente dispone: “ No se admitirá querrela por injuria o calumnia inferidas a particulares si no se presenta certificación de haber celebrado el querellante acto de conciliación con el querellado, o de haberlo intentado sin efecto”.

Con independencia de que las Normas de Reparto de Asuntos entre los Juzgados de Instrucción - con anterioridad al Acuerdo de su Junta de Jueces de fecha 28 de marzo de 2006 - posibilitaran distintas interpretaciones acerca de cual sería el órgano judicial competente en el caso de presentarse Querrela en el Decanato referida a hechos por los que ya se siguiera procedimiento penal en otro Juzgado, lo cierto es que el Magistrado acordó una medida tan excepcional como es la suspensión cautelar de la emisión de un reportaje televisivo, sin tener adjudicado el conocimiento del mismo por el órgano gubernativo encargado de asignárselo (en este caso el Decanato) y en base a la copia del escrito que presentó una de las partes, práctica evidentemente irregular que no por su eventual repetición en otros órganos judiciales, se convertiría en legal.

c).Acordó una medida restrictiva del derecho fundamental de libertad de información (protegido por el Art. 20 de nuestra Constitución) como fue la suspensión de la emisión de un programa de televisión, de manera unilateral, sin oír al denunciado, que ya estaba personado en el procedimiento penal y sin dar oportunidad de intervenir al Ministerio Fiscal.

Dicha resolución antijurídica e injusta tuvo eficacia material; pues determinó el cese de la emisión del programa televisivo y provocó una lesión efectiva en el derecho fundamental a la libertad de información. Con independencia de que el propietario de la emisora declarara no sentirse perjudicado por la suspensión judicial de la emisión, lo cierto es que presentó un recurso judicial contra dicha decisión, por considerarla no ajustada a derecho y sentirse perjudicado. Y si bien una medida tan excepcional como esta pudo provocar curiosidad e interés en la población por conocer el contenido del programa y ello aumentó su

difusión – extremo este beneficioso para el denunciante desde un punto de vista empresarial - no se puede olvidar que dicha suspensión cautelar, al omitir las garantías y normas de procedimiento relatadas, supuso una injerencia en el derecho a la libertad de información del que es beneficiario no solo el emisor del medio de comunicación, sino también la sociedad destinataria, pues a través de dicho derecho fundamental se contribuye a la libre formación de opinión de la ciudadanía en los Estados Democráticos.

C. La concurrencia del *elemento subjetivo* del tipo – esto es dictar la resolución a sabiendas de su injusticia - ha quedado acreditada por las actuaciones judiciales que precedieron al Auto de fecha 16 de marzo de 2006, así como por la prueba indiciaria.

Entre los variados indicios destaca la acreditada conversación telefónica mantenida a las a las 14:50:40 horas de ese mismo día 15 de marzo de 2006, entre el acusado Arnaud Fabrice Albouhair y Juan Antonio Roca Nicolás, en la cual aquél transmitía, de manera simultánea, las explicaciones del acusado Francisco Javier De Urquía Peña en relación con la reanudación del programa televisivo e informaba de la necesidad de querrela y papeleta de conciliación, concluyendo la conversación con un “vale” del acusado aforado cuando Arnaud le transmite que Juan Antonio Roca presentaría la querrela “mañana” , además de la afirmación del acusado aforado de que “*el programa no lo van a emitir*”.

Este Tribunal ha llegado a la certeza de que la “*voz en off*” a que se refiere la transcripción de la conversación telefónica de la tarde del día 15 de marzo, corresponde al acusado Francisco Javier De Urquía; aun cuando la calidad de la grabación no presentara “*suficiencia cualitativa y cuantitativa para la realización de un informe pericial*”, según concluyó el Informe de la Policía la Policía Científica obrante en la instrucción. Obsérvese que la conclusión de dicho informe no descarta la correspondencia entre la voz del Magistrado acusado y la denominada “*voz en off*” de la grabación; sino que se limita a poner de manifiesto que el objeto de la pericia no pudo llevarse a cabo porque uno de los elementos necesarios para la comparación (esto es, el material original objeto de estudio, consistente en un CD conteniendo la grabación telefónica) no alcanzaba los requisitos de calidad que en esa pericia se exigen. Dicho lo anterior, no está de más recordar la reiterada jurisprudencia que afirma que la prueba pericial, de naturaleza personal, constituye una declaración de conocimiento del perito tendente a suministrar al Juzgador una serie de conocimientos técnicos, científicos, artísticos o prácticos (art. 456 LCrim) cuya finalidad es fijar una realidad no constatable directamente por el Juez (a diferencia de la testifical) que no es en ningún caso vinculante para aquél. El perito, frente al testigo, posee conocimientos técnicos, científicos, artísticos o prácticos, anteriores e indiferentes al proceso, siendo por ello sustituible. (Sentencias, entre otras de 13 de diciembre de 2001, 22 de septiembre de 2003 y 19 de enero de 2007)

Efectivamente, en el presente caso, existe un entorno circunstancial que comporta una gran fuerza indiciaria y del que este Tribunal extrae la inferencia

de que la denominada "voz en off" en la transcripción de la conversación que tuvo lugar a las 14:50:40 horas del día 15 - tras el dictado del segundo Auto por el que se anulaba la primera suspensión judicial - correspondía al Magistrado acusado. Los hechos e indicios son los siguientes:

a). La voz denominada "voz en off" corresponde a un amigo de Arnaud Fabrice que, según la transcripción, antes de la eventual difusión pública del segundo Auto judicial (pues no se olvide que Cristóbal Toro solo realizó una rueda de prensa para comunicar la suspensión), ya conocía que se había presentado denuncia y no querella y que faltaba la papeleta de la conciliación que debe acompañarla en caso de ejercicio de una acción penal por calumnias. Por lo tanto, era un amigo de Arnaud, experto en Derecho y que tenía un conocimiento directo de las diligencias penales antes de que se notificara a las partes del proceso el archivo.

b). La voz en off corresponde a una persona en situación de dominio respecto del procedimiento penal en cuestión y con posibilidad de decisión sobre el mismo. Dominio que se deduce de los siguientes extremos de la conversación: la "voz de off" muestra su conformidad con un "vale" a la propuesta de Juan Antonio Roca de presentar la querella al día siguiente; y añade, de manera asertiva, "el programa no lo van a emitir"; Arnaud Fabrice transmite a Juan Antonio Roca - de manera casi simultánea a la voz en off - que tratándose de calumnias hace falta querella y las papeletas de conciliación, añadiendo la voz en off "dice la ley taxativamente que no se puede admitir a trámite"; Juan Antonio Roca pregunta "¿cuando la presentamos?" pregunta que, lógicamente y en el contexto de la conversación, debía dirigirse al Magistrado, dado que Arnaud es un lego en derecho.

c). Los escritos procesales mencionados en la conversación en la que intervino la "voz en off", efectivamente se presentaron en el Decanato de los Juzgados al día siguiente de la conversación; y el escrito solicitando Acto de Conciliación previo a la interposición de querella consta fechado el mismo día de la conversación, día 15, cuando aún no había sido notificado el segundo Auto que señalaba tal requisito de procedibilidad. Hecho este que indica que tal formalidad era conocida por Juan Antonio Roca antes de ser notificado el Auto que señalaba su ausencia.

Por ello este Tribunal considera suficientemente apoyado en indicios el hecho relativo a que la voz dubitada pertenecía al Magistrado acusado; y que la conversación en la que participa revela su determinada decisión de suspender la emisión del programa aún antes de constatar la subsanación de los defectos de procedimiento por la parte denunciante. No es obstáculo para dicha inferencia que los coacusados no hayan identificado la voz del acusado aforado como la "voz en off"; pues debe tenerse en cuenta que estos también son acusados por el Ministerio Fiscal por su participación en dicha conversación telefónica, en calidad de cooperadores necesarios, de un delito de asesoramiento ilegal o de negociación prohibida a funcionario público; de tal

manera que es una manifestación del uso del derecho de defensa de aquellos el no reconocimiento de tal extremo.

3º. A las anteriores pruebas, expresadas tanto con relación a la vertiente objetiva como subjetiva del tipo penal, ha de añadirse otro elemento probatorio como es la sucesión cronológica de los hechos; que, de manera lógica y natural, en nada artificiosa, pone de manifiesto que el Magistrado acusado dictó el Auto de fecha 16 de marzo de 2006 en el periodo de tiempo en el que tenía la expectativa de recibir del Juan Antonio Roca dinero para la compra de la vivienda.

De todas estas pruebas documentales e indicios, relacionados unos con otros y valorados en conciencia según la regla de la sana crítica – conforme al art. 741 de la LECrim – se infiere de manera natural que el Magistrado acusado abusó de su posición de juez al dictar el Auto de fecha 16 de marzo de 2006; pues, desligándose del imperio de la ley y soslayando las normas básicas del procedimiento penal, hizo prevalecer su voluntad de favorecer los intereses del otro acusado Juan Antonio Roca, y su propia voluntad de obtener un beneficio propio.

CUARTO.- De la calificación jurídica de los Hechos declarados probados en el apartado SEGUNDO número 4º.

Los hechos declarados probados en el apartado SEGUNDO número 4º no son legalmente constitutivos del delito de asesoramiento accidental o negociación prohibida a funcionario público del art. 441 del Código Penal, por no concurrir los elementos objetivos y subjetivos de dicho tipo penal.

Dispone el referido artículo 441 del Código Penal: *“La autoridad o funcionario público que, fuera de los casos admitidos en las leyes o Reglamentos, realizare, por sí o por persona interpuesta, una actividad profesional o de asesoramiento permanente o accidental, bajo la dependencia o al servicio de entidades privadas o de particulares, en asunto en que deba intervenir o haya intervenido por razón de su cargo, o en los que se tramiten, informen o resuelvan en la oficina o centro directivo en que estuviere destinado o del que dependa, incurrirá en las penas de multa de seis a doce meses, y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de uno a tres años”.*

Esta norma trata de garantizar el correcto funcionamiento de la Administración y la imparcialidad de quienes ejercen la función pública; más concretamente, pretende establecer una protección frente a la duplicidad de posiciones del funcionario que en una misma operación interviene como gestor de la Administración y, además, como particular interesado privadamente (véase Auto de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de fecha 2 de junio de 2008, Causa Especial nº de Recurso 2026/2008).

El delito imputado de negociaciones prohibidas a los funcionarios el art. 441 del Código requiere, junto a la condición de autoridad o funcionario público en el sujeto activo, la concurrencia necesaria acumulativa de dos elementos:

1º) La realización en paralelo de una actividad en el sector público y de otra en el sector privado, profesional o de asesoramiento, permanente o accidental, por sí o por persona interpuesta fuera de los casos admitidos en las Leyes o Reglamentos. Es decir, en aquellos casos que la normativa administrativa no lo permita o el funcionario no haya obtenido la compatibilidad para el ejercicio de esas dos actividades, pública y privada.

2º) Y que, además, en la referida actividad privada paralela concurra alguna de estas dos situaciones indicadas en el tipo penal:

a) que tenga relación con un asunto en el que él deba intervenir como funcionario o en el que haya intervenido ya por razón del cargo (modalidad de peligro concreto).

b) o bien, que guarde relación con trámites, informes, o resoluciones que deban realizarse o adoptarse en la oficina o centro directivo al que se encuentra adscrito, aunque no sea a él personalmente a quien le corresponda adoptarlos (modalidad de peligro abstracto). En palabras de la STS 1.497/2.002 de 29 de septiembre "... la ejecución de una acción profesional paralela al cargo y que ésta guarde relación con el asunto administrativo en el que actúa...".

Tras la prueba practicada en juicio oral, este Tribunal no puede estimar acreditado que la conversación telefónica por la cual el Magistrado acusado transmite al denunciante en las Diligencias Previas 1167/06, Juan Antonio Roca Nicolás, la necesidad de presentar escrito con forma de Querrela con papeleta de conciliación - relatada en el apartado SEGUNDO número 4º de los Hechos Probados- constituya por sí misma una actividad de asesoramiento ilegal por parte del Magistrado acusado (menos aún que en ese eventual asesoramiento tuvieran una participación necesaria los otros dos acusados).

Este Tribunal entiende que dicha conversación es una acción ejecutada en el *iter criminis* del delito de cohecho y en el *iter criminis* del delito de prevaricación judicial, como acto preparatorio de la resolución prevaricadora y de la consecución del dinero solicitado como dádiva. En realidad, las instrucciones emitidas por el Magistrado resultaban inocuas para el bien jurídico protegido por el art. 441 del Código Penal; no solo porque el anuncio de la querrela se encontraba en el cuerpo de la denuncia presentada por Juan Antonio Roca, sino también y fundamentalmente porque ya antes de dicha conversación el Magistrado había comprometido su imparcialidad con la solicitud o la expectativa de dinero que le generaba una decisión de suspensión cautelar del programa televisivo. Razones estas que determinan un pronunciamiento absolutorio respecto de este delito.

QUINTO.- Del grado de participación de los acusados en los hechos narrados en los apartados PRIMERO Y SEGUNDO de los Hechos Probados.

I. Del delito de prevaricación por el dictado de resolución injusta - tipificado en el art. 446.3 del Código Penal.- y por el delito de cohecho pasivo cometido por autoridad o funcionario público - previsto y penado en el art. 419 del Código Penal - es criminalmente responsable, en concepto de autor, de conformidad con lo preceptuado en el art. 28 de dicho texto legal el acusado Francisco Javier De Urquía Peña, por haber tomado parte voluntaria y directamente en su ejecución, conclusión inequívoca a la que llega este Tribunal, tras valorar de forma exhaustiva la prueba practicada en el acto del Juicio oral y la prueba documental obrante en autos sometida a los principios de oralidad, contradicción y publicidad, con ocasión del juicio oral.

II. Del delito de cohecho activo, previsto y penado en el art. 423.2, en relación con el art. 419, es criminalmente responsable en concepto de autor, de conformidad con lo preceptuado en el art. 28 del Código Penal, el acusado Juan Antonio Roca Nicolás, por haber tomado parte, voluntaria y directamente en su ejecución, convicción a la que se ha llegado, no solo por su reconocimiento del hecho de atender a la solicitud de dinero, sino también por la valoración conjunta del resto de las pruebas practicadas en juicio oral, tal y como se ha fundamentado anteriormente.

III. No es criminalmente responsable de los delitos de cohecho del art. 419 y del artículo 423 del Código Penal el acusado Arnaud Fabrice Albouhair, tal y como se desprende del apartado TERCERO de los Hechos Probados de esta sentencia.

El Ministerio Fiscal le acusa en concepto de cooperador necesario del art. 28 b) del texto punitivo; sin embargo y desde el punto de vista causal, este Tribunal considera que la participación en los hechos del acusado Arnaud Fabrice Albouhair, no puede estimarse necesaria, relevante ni imprescindible para la contribución en la ejecución y consumación de los delitos de cohecho pasivo y activo cometidos por los otros acusados.

Para delimitar el concepto de autor y distinguirlo de la simple complicidad, la jurisprudencia actual (entre otras, sentencia TS Sala 2ª, S 27-9-2001, nº 1780/2001, rec. 1007/2000) viene conjugando diversos criterios, incluso el del dominio del acto, sin adscribirse a ninguno de ellos en exclusiva " pero sin ocultar sus preferencias, (para distinguir entre el auxilio necesario y otras colaboraciones contingentes y secundarias), hacia la doctrina de los bienes o actividades escasas, prestando, dentro de este criterio, una atenta consideración a la eficacia y poderío causal de la acción de auxilio". Por lo demás, admite la tesis de participación o cooperación necesaria en un delito cualificado o de propia mano cometido por autoridad o funcionario público – como es el delito de cohecho pasivo – pero únicamente en aquellos casos en que, sin la aportación del extraneus, no hubiera sido posible la comisión del delito por el intraneus. Dice al respecto al jurisprudencia (en sentencias, entre

otras, de 20 de mayo de 2004, 25 de marzo de 1997, 24 de junio de 1994, y de 3 de noviembre de 1993) : *"La jurisprudencia de esta Sala ha admitido la participación accesoría (incluso por vía de inducción o cooperación necesaria) del -extraneus- en un delito comisible sólo por un sujeto activo cualificado, al entender, que al fundirse la voluntad del intraneus -funcionario público- con la del extraneus cooperando, éste último materialmente en el hecho delictivo con una aportación causa necesaria al mismo, la conducta aparece finalmente ejecutada de forma necesaria con la participación ineludible de los dos y la conducta del sujeto no cualificado pierde sustantividad a favor de la principal y preferente del cualificado, pues ambas aparecen finalmente ejecutadas para el logro del resultado típico y el extraneus asume el plus de disvalor de la conducta del funcionario sujeto activo propio, al ser consciente de que induce y coopera a que aquel quebrante los deberes insitos a su función".*

En el presente supuesto solo ha podido ser acreditado, por encima de la duda razonable, que la intervención del acusado Arnaud Fabrice en los hechos quedó limitada a los siguientes momentos:

a) cuando encarga a Juan Antonio Roca el redactado del contrato de compraventa, recogiénolo unos días después de la oficina de Maras y entregándolo al acusado aforado. Hecho de escasa relevancia y entidad del que no se puede deducir que su cooperación fuera necesaria para la contribución al resultado – esto es la recepción o entrega de dinero a cambio de resolución judicial favorable - desde el punto de vista causal.

b) cuando interviene en la conversación telefónica de la tarde del día 15 de marzo y actúa de intermediario entre el acusado aforado y Juan Antonio Roca, trasladando a este la información que aquél le transmitía verbalmente, relativa a que era necesaria la interposición de la querrela y que el programa televisivo se interrumpiría. Hecho este que, como se ha explicado en el apartado CUARTO de los Fundamentos de Derecho, se enmarca en el iter criminis del delito de prevaricación judicial y cohecho, pero no necesario o imprescindible para la ejecución o consumación de aquellos.

c) Además, tal y como ya se ha expuesto, el reconocimiento en juicio oral por parte del acusado Juan Antonio Roca del hecho de la solicitud, recepción y entrega del dinero de manera directa entre él y el acusado aforado, ofrece como alternativa posible que Arnaud Fabrice Albouhair desconociera la existencia del acuerdo directo entre aquellos a cambio de la resolución judicial de suspensión cautelar del programa televisivo.

A la vista de lo anteriormente expuesto ha de recordarse la doctrina jurisprudencial – entre otras, STS de 20 de abril de 1990 (RJ 1990, 3289) – según la cual *"la presunción de inocencia actúa en tanto no se prueba el hecho delictivo y la participación de una o varias personas en él. Es decir, cuando existe un vacío probatorio, una laguna, desde el punto de vista jurídico procesal, de actividad probatoria. Por ello, cuando esto acontece, no hay otro camino que absolver. Pero si existe actividad probatoria de cargo y*

*paralelamente de descargo y entre las primeras se procuren evoluciones cronológicas de actitudes acusatorias y no acusatorias, decidir es tarea del juzgador de instancia, conforme al artículo 741 de la LECrim, y es en esa fase cuando, si en el ánimo del juzgador en la instancia se introduce la duda al comparar lo que hay de positividad y de negatividad en las pruebas de cargo y de descargo, es decir, de ponderar todo el material probatorio resolverá conforme al principio In dubio pro reo".*O como dice la STS de 9 de diciembre de 1998 (RJ 1998, 9659) "Llegado el punto de duda o la falta de claridad de los elementos probatorios, un principio democrático y progresista que rige el proceso penal, impone a los jueces y tribunales la obligación de pronunciarse, en el caso de duda, por una solución absolutoria".

En atención a esta doctrina jurisprudencial, el Tribunal ha de aplicar el principio penal "*in dubio pro reo*" respecto del acusado Arnaud Fabrice; dado que existe una duda razonable de que, más allá de presentar en su día a los otros acusados y ayudarles a relacionarse en los días de autos, interviniera de forma necesaria e imprescindible en la dinámica comisiva externa del hecho delictivo cometido por el acusado aforado - conducta típica del art. 419 del Código Penal - cuando solicitó o recibió el dinero a cambio de un trato judicial favorable. Tampoco podemos afirmar que suministrara a Juan Antonio Roca una ayuda y cooperación operativamente insustituible en dicha actividad. Todos ellos se conocían desde finales del año 2005 y es perfectamente posible la hipótesis de que la solicitud y entrega de dinero a cambio de un trato judicial favorable se hiciera sin participación del acusado Arnaud Fabrice. En definitiva, no ha quedado suficientemente probado que su cooperación pudiera estimarse necesaria para la contribución al resultado desde el punto de vista causal.

Razones todas estas que determinan su absolución de los delitos por los que ha sido acusado.

SEXTO.- De las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal y de la determinación de la pena.

En la realización de los expresados delitos no concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal.

En atención a la ausencia de circunstancias agravantes de la responsabilidad criminal todas las penas se impondrán en su grado mínimo - tal como se concretará en la parte dispositiva de esta sentencia - incluyendo la cuantía de la multa a imponer al acusado aforado por el delito de cohecho, que se fija en función "del tanto" del valor de la dádiva recibida (un total de 73.800 euros) lo cual exime al Tribunal de mayor motivación en esta cuestión.

No obstante, se desestima la petición del Ministerio Fiscal de imposición de la pena de Inhabilitación Especial para empleo o cargo público por tiempo de siete años, en relación con el acusado Juan Antonio Roca Nicolás. El principio de legalidad en la aplicación de las penas así lo impone; habida cuenta que aquél fue acusado como autor del delito de cohecho en su modalidad prevista en el art. 423, apartado segundo del Código Penal, y este ilícito penal se remite

al anterior a la hora de fijar la pena, con la expresión “*serán castigados con la pena inferiores grado a la prevista en el apartado anterior*”. El apartado anterior (art. 423, apartado primero) dispone que los corrompen o intentan corromper con dádivas a autoridades o funcionarios públicos “*serán castigados con las mismas penas de prisión y multa que estos*”, de tal manera que no existe una remisión legal a la pena principal de Inhabilitación Especial para empleo o cargo público que sí está prevista para la autoridad o funcionario público que solicita o recibe dádiva del art. 419 del Código Penal.

En ésta misma línea, el Tribunal Supremo (sentencia de fecha 27 de noviembre de 2007, nº 982/2007, rec. 1634/2006) declara: “Si tal sanción se establece con carácter principal, como parece ser, es evidente que no se halla prevista en el párrafo que se aplica (art. 423-2º C.P) que se remite al anterior, del que se rebaja un grado la pena, pero a su vez el anterior reenvía al 419 C.P para imponer la misma pena, si bien con la precisión de que sólo en lo referente a la pena privativa de libertad y a la multa, como específicamente constata, y es lógico que sea así, porque el art. 423-1º y 2º no exige la condición de funcionario público en el sujeto activo del delito, por lo que la pena de inhabilitación carecería de sentido”.

Añade esta sentencia que “para el supuesto hipotético de que la pena de inhabilitación fuera accesoria, única alternativa posible, ya que como vimos, con el carácter de principal no está prevista en la ley, tampoco podrá imponerse por multitud de razones...” y entre ellas resultan de aplicación a esta causa los siguientes:

a) Aun cuando dialécticamente admitiéramos la posibilidad de tal pena, ésta excedería de la pena principal que es de un año (art. 33.6 C.P) circunstancia que imposibilita establecerla en 7 años.

c) El art. 42 del Código Penal exige que en la sentencia que imponga la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público, se especifique o establezca la relación o influencia del cargo con la comisión del delito. Esto no puede suceder aquí porque el acusado Juan Antonio Roca Nicolás no tenía cargo y, por ende, huelga hablar de cualquier relación o influencia con la causa.

SÉPTIMO.- De la responsabilidad civil y las costas

No solicitándose indemnización alguna en concepto de responsabilidad civil, no procede hacer pronunciamiento sobre este particular.

Toda persona criminalmente responsable de un delito o falta, viene obligado, por imperativo legal, al pago de las costas procesales causadas (art. 123 CP y 240 de la LECrim), señalando la parte proporcional de cada uno de los acusados si fueren varios y no imponiéndose nunca a los que fueren absuelto. La jurisprudencia del Tribunal Supremo (Véanse entre otras las sentencias de 25 de junio de 1993, 30 de septiembre de 1995, 21 de noviembre de 1996, 13 de marzo y 16 de septiembre de 2002) reiteradamente ha declarado que ha de establecerse el reparto de las costas, haciendo primero una distribución

conforme al número de delitos enjuiciadas; y dividiendo luego la parte correspondiente entre los distintos autores de ellos, sin comunicación de responsabilidades de unos con otros en caso de insolvencia de algunos y declarando de oficio la porción de costas relativas a los delitos que resultaron absueltos.

Así las cosas, en el caso de autos – partiendo de que no interviene acusación privada ni popular - aparece que, siendo inicialmente cuatro los delitos por los que el Ministerio Fiscal formuló acusación en Conclusiones Provisionales – uno de prevaricación, otro de asesoramiento accidental o negociación prohibida a funcionario público, otro de cohecho pasivo y otro de cohecho activo - las costas habrán de dividirse en cuatro partes, de las que, al haberse pronunciado la absolución de uno de los delitos (el de asesoramiento ilegal), una cuarta parte del total habrá de declararse de oficio, otra cuarta parte deberá ser abonada por Juan Antonio Roca, y dos cuartas partes del total deben ser abonadas por el acusado aforado.

Vistos además de los citados los artículo 27, 39, 42, 50 a 53, 61, 66, 79 del Código Penal; y 141, 142, 203, 239, 741, 742, 802 de la LECrim, y otros de general y pertinente aplicación, EN NOMBRE DE SU MAJESTAD EL REY Y POR LA AUTORIDAD QUE NOS CONFIERE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

FALLO

Que debemos absolver y absolvemos a los acusados Francisco Javier De Urquía Peña, Juan Antonio Roca Nicolás y Arnaud Fabrice Albouhair por el delito de asesoramiento accidental o negociación prohibida a funcionario público del que venían siendo acusados. Declarando de oficio una cuarta parte del total de las costas procesales causadas.

Que debemos absolver y absolvemos al acusado Arnaud Fabrice Albouhair de los delitos de cohecho de los que venía siendo acusado.

Que debemos **condenar y condenamos** al acusado Francisco Javier De Urquía Peña:

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

b) Como autor criminalmente responsable, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, de un delito de cohecho, ya definido, a la pena de dos años de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de

dicha condena; multa en cuantía de 73.800 euros, con la responsabilidad personal y subsidiaria de un mes caso de impago; y siete años de inhabilitación especial para empleo o cargo público que implique el desempeño de funciones judiciales. Así como al abono de las dos cuartas partes del total de las costas procesales.

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

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

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

Así por esta nuestra Sentencia, de la que se unirá certificación a las actuaciones lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior Sentencia por el Ilmo. Sr. Ponente de la misma, en la audiencia pública del día de su fecha, presente yo, el Secretario; doy fe.

