

hecha por la acusación.

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

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

A) En cuanto al delito de cohecho, solo existieron en las conclusiones definitivas las modificaciones -respecto de la calificación provisional del Ministerio Fiscal (folios 1851 y ss. del tomo III)- que aparecen resaltadas en amarillo en el escrito aportado al juicio oral (folios 3058 y 2964 y ss. del tomo

VI). Al folio 2967 en concreto nos dice el Ministerio Fiscal en su escrito que fue Urquía quien pidió dinero a Roca y que este accedió. Véanse también los resaltes en amarillo de los folios 2969 y 2970. No cabe hablar de hecho nuevo alguno, en relación a la acusación formulada, en la sentencia respecto de los hechos constitutivos de este delito de cohecho. Ni tampoco cabe estimar que en este punto hubiera contradicción alguna porque en algún lugar -que no se precisa en el escrito de recurso ni tampoco en la vista oral- dijera que fue Roca quien ofreció la dádiva a Urquía y simultáneamente que Urquía la solicitó de Roca: en todo caso, aparece en el escrito de calificación definitiva esa acusación en concreto relativa a que fue Urquía quien pidió dinero a Roca, y de esto tuvo oportunidad de defenderse.

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

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

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

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

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

Desestimamos también este motivo 3º.

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

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

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

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

Rechazamos este motivo 4º.

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

jurídica, con cita también del art. 9.3 de la misma ley fundamental.

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

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

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

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

Rechazamos este motivo 5º.

OCTAVO.- En el motivo 6º ahora por la vía del inciso 2º del art. 851.1º LECr, se alega quebrantamiento de forma por manifiesta contradicción en los hechos probados.

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

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

"En fechas no concretadas con exactitud, pero con anterioridad al día 16 de marzo de 2006, el Magistrado acusado 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".

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

"En ejecución de lo convenido entre el acusado aforado y Juan Antonio Roca Nicolás, a partir del día 14 de marzo tuvieron lugar las siguientes diligencias judiciales en el Juzgado de Instrucción núm. 2 de Marbella del que era titular el acusado Francisco Javier De Urquía Peña:"

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

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

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

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

Al respecto hemos de decir aquí que cabe expresar en los hechos probados de las sentencias penales aquello que se refiera a elementos internos de

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

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

Rechazamos este motivo 6º.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

6º. **No sirve** como elemento corroborador **la declaración de otro coimputado**. El que haya manifestaciones de varios acusados, coincidentes en su

contenido de imputación contra un tercero, no excusa de que tenga que existir la mencionada corroboración procedente de un dato externo.

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

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

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

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

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

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

de valorarse la mencionada suficiencia".

2. En el caso presente, en el juicio oral, como ya se ha dicho, Roca cambió el contenido de todas sus manifestaciones anteriores. A través de un detallado interrogatorio a preguntas de las diferentes partes, concreta cuál fue su participación en la entrega del dinero que Urquía le había pedido para pagar lo que tenía que abonar al hacerse la escritura pública de compraventa de una vivienda en Marbella, un total de 73.800 €; así como lo relativo a la suspensión de la emisión de Telemar que Roca consideraba atentaba contra su honor, a través de un procedimiento seguido en el juzgado del que era titular Urquía. El contenido de tales declaraciones en el juicio oral aparece claramente en el acta correspondiente (folios 3047 a 3049 del tomo VI, con exhibición de los folios 80 a 82 del tomo I, relativos a los apuntes contables de esa cantidad total -73.800 €- y sus parciales, 63.000 más 10.800), apuntes cuya realidad nadie ha cuestionado.

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

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

esta doctrina general.

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

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

Segundo elemento: Entre esos hechos básicos y el hecho necesitado de prueba (hecho consecuencia) ha de existir "un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano", como dice el citado 386.1 de la LEC. Es decir, ha de haber una conexión tal entre aquellos hechos y este otro que, acaecidos los primeros, cabe afirmar que se ha producido también el último,

porque las cosas ordinariamente ocurren así y así lo puede entender cualquiera que haga un examen detenido de la cuestión. Al respecto se habla de las máximas de experiencia y de los conocimientos científicos con pretensiones de proporcionar unas bases concretas al raciocinio propio de este segundo elemento de la prueba de indicios. Todo puede valer en cada caso para establecer este raciocinio. Lo importante aquí es poner de relieve que no se trata de normas propiamente jurídicas, sino sencillamente de las meras reglas del pensar, para aportar al supuesto concreto un razonamiento que se pueda valorar como adecuado para conducir unívocamente desde los hechos básicos (indicios) al hecho necesitado de prueba. Para ello ordinariamente, como antes se ha dicho, se necesita una pluralidad de hechos básicos y que todos ellos, apreciados en su globalidad, no estudiados uno a uno, nos conduzcan al hecho consecuencia, por ser concomitantes entre sí y por hallarse relacionados unos con otros en esa perspectiva final que es la acreditación de un dato que de otro modo no habría quedado probado.

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

Conviene añadir aquí que es deber de todo órgano judicial que utiliza este medio de prueba expresar en el texto de la resolución correspondiente el razonamiento necesario en relación con la existencia y prueba de esos hechos básicos y con la mencionada conexión con el hecho consecuencia, así como estudiar las explicaciones que ofreció el acusado al respecto para admitirlas como creíbles o rechazarlas. Tal expresión viene ahora exigida por el párrafo II del mencionado art. 386.1 LECivil.

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

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

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

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

ese acto solemne.

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

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

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

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

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

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

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

Estos datos solo pueden coincidir en la persona del magistrado Urquía, titular del juzgado de instrucción nº 2 de Marbella donde se tramitaron la denuncia y querrela mencionadas.

4. Terminamos poniendo de relieve una significativa correlación de fechas. La denuncia y auto inicial son del 15.3.2006, fecha de esa conversación telefónica; las prisas que se deducen del contenido de esa conversación hacen pensar que todos los que participan en el coloquio están de acuerdo en que se presente la querrela en el siguiente día 16, como así se hizo; el día posterior, el 17, es cuando se entrega el dinero, los 63.800 €, en fecha coincidente con los asientos contable antes referidos (folios 80 y 82).

Desestimamos este motivo 8º.

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

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

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

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

documento pruebe algún extremo importante para añadir a los hechos probados.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Pero lo cierto es que, dictado tal auto de nulidad y archivo (folios 13 y

14 del tomo I de la pieza separada), ninguna prueba había tenido lugar, que es lo que aquí se tacha de erróneo. Faltó también el 2º de tales cuatro requisitos.

C) Lo que se señala como documento nº 3 tiene dos partes. La última alude a un auto (folios 694 y 695) del Juzgado de Instrucción nº 3, por medio del cual se acredita que esa querrela, cuyo original se presentó en el decanato de los juzgados de Marbella, se devolvió a dicho decanato de donde luego habría de pasar al juzgado nº 2, el que regía el magistrado Urquía.

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

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

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

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

Recordamos aquí que una doctrina de esta sala viene considerando que, en algunos casos excepcionales, que no hay que concretar ahora, la prueba pericial puede considerarse como documental a estos efectos de acreditación de

error del n° 2° del art. 849 LECr.

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

Rechazamos también este motivo 9° del recurso de Urquía.

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

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

(...)

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

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

Son elementos constitutivos de esta infracción penal los siguientes:

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

2°. El medio de comisión consiste en dictar una sentencia o resolución injusta, con exclusión de las pronunciadas en causa criminal contra el reo que, como acabamos de decir, aparecen penadas en los referidos números 1° y 2° del mismo art. 446. Tal injusticia puede derivar de razones de fondo y también existirá cuando haya importantes defectos de forma o procedimiento. Se trata,

como bien dice el recurrente, de un elemento constitutivo de este delito que tiene una autonomía propia, sin que pueda en modo alguno quedar contaminado por razones de carácter subjetivo, en este caso por la finalidad de beneficiar a algún interesado en la resolución que se dicte. Por muy clara que aparezca esta finalidad, ello no puede utilizarse en pro de la concurrencia de este elemento que de modo evidente tiene un carácter objetivo.

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

2. Veamos ahora lo ocurrido en el caso presente.

El Juzgado de Instrucción nº 2 de Marbella, cuando el 14 de marzo se encontraba de guardia en esa ciudad malagueña, recibió una denuncia formulada por una procuradora en representación de Juan Antonio Roca Nicolás contra Cristóbal Toro Ruiz, titular de la empresa de televisión Telemar, en la que se decía que desde el día 10 de ese mes en esa emisora se estaba transmitiendo de modo ininterrumpido un programa en el que, con datos tomados subrepticamente de unas diligencias previas de carácter secreto tramitadas contra el denunciante en el Juzgado Central de Instrucción nº 6 de la Audiencia Nacional se estaba desprestigiando al propio Roca y a otras personas, llegando incluso a acusarle de ser autor de graves delitos. Se pidió protección judicial al

amparo del art. 13 LECr mediante orden de prohibición de tal emisión televisiva y medidas consiguientes con la correspondiente incoación de procedimiento penal (folios 921 a 924, tomo II y primeras actuaciones del tomo I de la pieza separada).

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

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

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

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

En cumplimiento de lo así acordado el 16.3.2006 en el decanato de los juzgados de Marbella se presentó la referida querrela acompañada de una copia de un escrito dirigido al Juzgado de Primera Instancia en el que se solicitaba señalamiento de día y hora para la celebración del mencionado acto de conciliación. En tal querrela se hacía referencia al delito objeto de la misma:

injurias y calumnias de los arts. 205, 208 y 209 y descubrimiento y revelación de secretos con vulneración de la intimidad del 197 todos del CP.

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

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

Y esto es lo que aquí ha de resolverse.

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

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

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

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

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

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

a) Entendemos que desde luego no es un defecto formal importante a estos efectos el hecho de no esperar a que llegaran las actuaciones originales del decanato al Juzgado de Instrucción nº 2. Siendo este competente, como sin duda

lo era, ha de reputarse de relevancia muy secundaria la circunstancia de que se pusiera en marcha la querrela solo con la copia presentada en este último juzgado con el mencionado sello de haberse presentado para reparto en dicho decanato.

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

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

En la misma línea de lo dispuesto en el art. 278.2 LECr, se permite que cuando haya razones de urgencia para proteger a la víctima (art. 13 de tal ley procesal) pueda adoptarse esta prohibición de emisión de un programa de televisión. Estimamos que tales razones de urgencia existían en el presente caso, en el cual desde varios días antes, desde el 10 de marzo, se había estado emitiendo de un modo ininterrumpido un programa de Telemar cuyo contenido

no conocemos, pero que se dice gravemente perjudicial para el buen nombre del querellante Roca y de otras personas; algo que tendría que ser así, pues de otro modo no se hubiera presentado ni la denuncia del día 15 ni la querrela del 16 con la solicitud de proceder de inmediato para impedir la continuación del mencionado programa, que continuaba en antena, repetimos, sin interrupción, salvo la que se produjo, por unas horas entre el 15 y el 16.

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

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

Contestamos en los términos siguientes:

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

B) Por lo que aquí nos interesa, tales hechos probados nos dicen que Urquía pidió dinero a Roca para abonar la cantidad que se le exigía para la firma del contrato de compraventa de una vivienda cuya adquisición estaba gestionando en aquellas fechas de marzo de 2006, a cambio de un trato favorable en asuntos judiciales (pág. 7). Luego se explica la gestación de esa compraventa en la que intervino Roca en nombre de Urquía frente a los vendedores, hermanos

Pino García. Queda fijada la cantidad con que Roca va a ayudar a Urquía (págs. 8 y 9) en 73.800 €, suma de los intereses de la parte de precio aplazado (10.800 €) y de la cantidad a abonar a la firma del contrato privado (63.000 €) -págs. 8 y 9-. Para terminar narrando la entrega de tal cantidad en dos sobres entre las 14.30 y las 15.00 horas del 17 de marzo de 2006 en el despacho de Maras donde Roca tenía una oficina, una vez que ya se habían marchado sus empleados (pág. 9).

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

D) Del contenido de la emisión suspendida nada conocemos. Solo que Urquía, que la recibió en su juzgado con la denuncia inicial, indudablemente la visionó y la consideró merecedora de ser prohibida. Pero no nos dice nada, ni lo podía decir, sobre ese contenido, el relato de hechos probados, porque tal contenido no fue objeto de prueba, como bien dice el escrito de recurso. Ante esa omisión, aplicando aquí el principio “in dubio pro reo”, hemos de entender que los hechos ocurrieron del modo más favorable para el acusado; esto es, que ese contenido justificaba la resolución de suspensión de la emisión de Telemar. Es decir, hemos de estimar que el cohecho no tuvo por objeto la ejecución de un acto injusto por Urquía, con lo que no cabe aplicar tampoco el art. 420.

E) Nos hallamos ante un supuesto que encaja en el 425, pues la autoridad -el magistrado- solicitó dádiva para realizar un acto propio de su cargo, que no es constitutivo de delito ni tampoco injusto con lo que ha de ser sancionado con multa del tanto al triplo de la dádiva y suspensión de empleo o cargo público de seis meses a tres años. Luego, en la segunda sentencia concretaremos cuáles han de ser las sanciones a imponer.

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

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

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

III. FALLO

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

ocho.

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

Declaramos de oficio las costas de ambos recursos.

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

Así por esta nuestra sentencia que se publicará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Carlos Granados Pérez

Perfecto Andrés Ibáñez

José Manuel Maza Martín

Luciano Varela Castro

Joaquín Delgado García

1732/2008

Ponente Excmo. Sr. D.: Joaquín Delgado García

Vista: 11/03/2009

Secretaría de Sala: Ilmo. Sr. D. Juan Antonio Rico Fernández

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Penal

SEGUNDA SENTENCIA N°: 308/2009

Excmos. Sres.:

D. Adolfo Prego de Oliver y Tolivar

D. Perfecto Andrés Ibáñez

D. José Manuel Maza Martín

D. Luciano Varela Castro

D. Joaquín Delgado García

En nombre del Rey

La Sala Segunda de lo Penal, del Tribunal Supremo, constituida por los Excmos. Sres. mencionados al margen, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que la Constitución y el pueblo español le otorgan, ha dictado la siguiente

SENTENCIA

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

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

I. ANTECEDENTES

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

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

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

2ª. Conforme a lo razonado en el fundamento de derecho undécimo: a) hay que condenar a Francisco Javier de Urquía Peña como autor de un delito de cohecho del art. 425.1 CP y b) a Juan Antonio Roca Nicolás como autor de otro cohecho del 423.2.

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

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

Las circunstancias personales que conocemos de Francisco Javier y de Juan Antonio de nada nos sirven en este tema de individualización de las penas.

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

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

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

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

CUARTO.- En cuanto a las costas, procede declarar de oficio la mitad de las devengadas en la instancia por las absoluciones en definitiva acordadas,

así como condenar a cada uno de los dos acusados al pago de una sexta parte, por lo dispuesto en el art. 123 CP y 239 y 240 LECr. Recordamos que la sentencia recurrida absolvió por el delito de asesoramiento accidental o negociación prohibida a funcionario público.

III. FALLO

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

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

ABSOLVEMOS a FRANCISCO JAVIER DE URQUÍA PEÑA del delito de prevaricación por el que acusó el Ministerio Fiscal.

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

Con los demás pronunciamientos de la sentencia recurrida y anulada.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Carlos Granados Pérez

Perfecto Andrés Ibáñez

José Manuel Maza Martín

Luciano Varela Castro

Joaquín Delgado García

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