

EXTRACTOS DE LA QUERRELLA INTERPUESTA CONTRA ISMAEL MORENO POR UN DELITO DE PREVARICACIÓN

Relación circunstanciada de hechos

En fecha 6 de febrero de 2016, el Juez titular del Juzgado Central de Instrucción nº 2 la Audiencia Nacional, Don Ismael Moreno Chamarro, dictaba Auto por el que se acordaba la prisión provisional de dos personas en el seno de las Diligencias Previas del Procedimiento Abreviado 8/2016. La prisión provisional se acordaba como consecuencia de la petición de la representante del Ministerio Fiscal, Doña Carmen Monfort March, dependiente del Fiscal Jefe de la Audiencia Nacional, Don Javier Zaragoza Aguado

Cinco días después, el 10 de febrero de 2016, el Juez dictaba Auto por el que reformaba el anterior y sustituía la medida de prisión provisional por las medidas de (i) prohibición de salida del territorio nacional y (ii) la obligación de comparecer “*apud acta*” diariamente.

Esta parte considera que las decisiones contenidas en ambas resoluciones materializan la actividad prevaricadora del Magistrado querrellado, por los hechos que a continuación se detallan.

PRIMERO.- Omisión en la comprobación de hechos que motivan el auto de prisión provisional.

El Auto de 6 de febrero de 2016 dictado por el Magistrado querrellado, Don Ismael Moreno Chamarro, justifica la incoación de diligencias previas en virtud de un único fundamento, el cuarto, que dice lo siguiente:

*“De lo actuado hasta ahora en las presentes diligencias, se desprende que Alfonso [omitido] y Raul [omitido] en el día de ayer con motivo de las fiestas de carnaval, en la Plaza Canal Isabel II estaban representando la obra “La Bruja y Don Cristóbal”, por parte de la compañía “Títeres desde abajo”, y en el desarrollo de las misma se escenificaron por los dos antes citados numerosas acciones violentas, tales como el ahorcamiento de un guiñol vestido de juez, el apuñalamiento a un policía, y **la violación de una monja** y el apuñalamiento*

posterior con un crucifijo. Asimismo se exhibe una pancarta con la leyenda «Gora Alka-ETA»; habiendo tenido lugar tales hechos en un acto público, con numerosa concurrencia de personas y asistencia de un público infantil, a quien esencialmente estaba dirigida la representación de los títeres. Lo cierto es que era el público mayoritario acompañado de sus padres, que escandalizados de lo que estaban viendo algunos abandonaron el lugar y otros arremetieron contra los actores paralizando la obra y llamando a los agentes de la autoridad”.

A tales conclusiones llegaba el Magistrado tras la práctica de dos únicas diligencias: la lectura del atestado nº 464 de la Brigada de Provincial de Información, Dirección General de la Policía, y la declaración de ambos detenidos. A continuación dictó Auto por el que acordaba la prisión provisional sin fianza para ambos detenidos.

No corresponde a esta parte analizar el valor probatorio del atestado policial que ha sido parcialmente recogido en la resolución judicial pero sí nos corresponde expresar los motivos por lo que entendemos que el Magistrado querrelado dictó sendas resoluciones manifiestamente injustas como consecuencia de la falta voluntaria de comprobación de algunos de los hechos ocurridos y la omisión deliberada de hechos notorios o fácilmente comprobables.

A continuación se ponen en relación los supuestos hechos recogidos en el Auto de prisión y los datos fácticos omitidos o ignorados, todos ellos extraídos de información publicada o fácilmente accesible en fecha anterior al acuerdo de prisión de las dos personas:

1.1. Falta de comprobación de las concretas escenificaciones que contiene la obra de teatro

Como se desprende del propio Auto de prisión (Fundamento de Derecho Cuarto *in fine*), la obra de títeres “*La Bruja y Don Cristóbal*” había sido representada con anterioridad en otras ciudades. En concreto, en Granada, dónde fue estrenada el 29 de enero de 2016.

Asistentes al estreno, comunicaban a través de una sinopsis recogida en el Portal web <http://granada.cnt.es/> el siguiente resumen de la obra que ha sido posteriormente corroborado por diversos medios de comunicación:

*“La obra está protagonizada por una bruja, que representa a las personas de mala fama pública, y que se ve en la situación de enfrentarse a los cuatro poderes que rige la sociedad, esto es: la Propiedad, la Religión, la Fuerza del Estado y la Ley. La protagonista está en su casa, y, en primer lugar, su vida es interrumpida por la aparición del “Propietario”, que resulta ser el legítimo poseedor legal de la casa donde vive. **No existen monjas violadas; bajo la forma de los muñecos**, los adultos podemos comprobar que el propietario decide aprovecharse de la situación para violar a la bruja; en el forcejeo, la bruja mata al propietario. Pero queda embarazada, y nace un niño. Es entonces cuando aparece la segunda figura: una monja, que encarna la Religión. La monja quiere llevarse al niño, pero encuentra resistencia en la bruja, y en el enfrentamiento, la monja muere. Es entonces cuando **aparece el Policía, que representa la Fuerza del Estado, y golpea a la bruja hasta dejarla inconsciente, y tras ello, construye un montaje policial para acusarla ante la Ley, colocando una pancarta de “Gora Alka-ETA” sobre su cuerpo, que intenta mantener en pie para realizar la foto, como prueba. A partir de este montaje policial, surge la cuarta figura, que es la del Juez, que acusa, y condena a muerte, a la protagonista, sacando una horca. La bruja se las arregla para engañar al juez, que mete la cabeza en su propia soga, y la aprovecha para ahorcarle, para salvar su propia vida.***

De esta sinopsis del argumento real se extraen las siguientes contradicciones e inexactitudes entre las escenas efectivamente representadas en la obra y las supuestamente comprobadas por el Magistrado:

- El Magistrado omite el contexto de las escenas. Presenta las supuestas escenificaciones de lo que llama “*numerosas acciones violentas*” como ejecuciones mercenarias de un juez y una monja. No hace referencia a que todos los fallecimientos (figurados) son producto del forcejeo entre los muñecos o de fatales accidentes.
- La obra representada **no contenía ninguna escena en la que una marioneta vestida de monja sufriera una agresión sexual.** Circunstancia recogida en las diligencias y que no se corresponde con la realidad de los hechos.

La argumentación fáctica recogida en el Auto de prisión es a todas luces insuficiente. El único párrafo, antes citado, que extrae conclusiones de las supuestas labores de investigación es exiguo y pobre. Pero es que, además, **el Auto contiene manifestaciones radicalmente falsas sobre el argumento de la obra y las escenas efectivamente representadas.**

Estas expresiones nos llevan a pensar **que el Magistrado no conocía el contenido de la obra** que estaba valorando al momento de dictar el Auto. Este desconocimiento sólo puede deberse a dos posibles conductas del Magistrado. O bien ignoró los hechos efectivamente ocurridos; o bien se abstuvo de llevar a cabo las mínimas medidas de comprobación para conocer la realidad de lo interpretado en escena.

1.2. Omisión del contexto de la pancarta e interpretación esperpéntica del contenido del lema «Gora Alka-ETA»

El Auto de 6 de febrero justifica igualmente la medida de prisión provisional en el análisis interpretativo de uno de los instrumentos de utilería (o *attrezzo*) de los personajes de la obra: una pequeña pancarta con la expresión «*Gora Alka-ETA*».

Nuevamente, el Magistrado omite en su valoración el contexto de los hechos.

En la obra representada, el Títere-policía, uno de los personajes antagonistas, coloca sobre el cuerpo inconsciente de la Bruja, títere protagonista, la referida pieza de utilería y le hace una fotografía con el objetivo de armar un montaje con el que incriminar a la Bruja. En palabras aún más sencillas: el muñeco malo coloca una pancarta al muñeco bueno con el lema «*Gora Alka-ETA*» para que la gente piense que el muñeco bueno es malo y así detenerla.

Por tanto, ninguna persona exhibe una pancarta con el lema «*Gora Alka-ETA*». Tampoco ningún muñeco exhibe una pancarta con tal lema en señal de alabanza o loa.

La concreta escena fue filmada el día de los hechos y ha sido publicada por varios medios de comunicación, entre los que está el referido al pie¹.

1 http://www.abc.es/espana/madrid/abci-titiriteros-exhiben-pancarta-favor-4741168337001-20160205073052_video.html

Por otro lado, el Fundamento de Derecho Segundo de la resolución contiene la valoración del Magistrado sobre la subsunción de este hecho en el tipo penal del 578 CP. El Sr. Moreno dice lo siguiente:

“Obviamente, concurren los presupuestos exigidos por el Tribunal Supremo, para llegar a la conclusión de que efectivamente los hechos, a tenor de los cuales se produce la exhibición de un cartel, con la leyenda «Gora Alka-ETA», constituyen un delito de Terrorismo, pues tal hecho, supone enaltecer o justificar, públicamente los delitos terroristas cometidos no sólo por la Organización Terrorista ETA, sino también por AL-QAEDA, pues los propios investigados han manifestado en sus declaraciones judiciales que la expresión Alka es un ‘juego de palabras’, referido a la Organización terrorista antes citada, por lo que la traducción del contenido de la pancarta o cartel exhibidos viene a significar “VIVA AL-QAEDA-ETA”, o quienes han participado en la ejecución de actos terroristas, (...).”

Más allá del disparate interpretativo del Magistrado (O más bien su absoluta falta de interpretación para ceñirse a la literalidad más estricta de la pancarta de los muñecos) y la omisión del contexto antes explicada, es interesante detenerse a analizar la jurisprudencia de referencia utilizada en el Auto bajo la siguiente fórmula:

“Según ha venido sosteniendo reiteradamente la Sala Segunda del TS, SS nº 229/2011, de 25-4-2011 que “De modo pacífico el TS, en numerosas resoluciones (Cfr. STS nº 585/07, de 20 de junio; STS 539/08, de 23 de septiembre; STS 676/09, de 5 de junio; STS 1269/09, de 21 de diciembre; STS 224/(2)010, de 3 de marzo; 597/(2)010, de 2 de junio o ATS 2068/1010, de 22 de diciembre), ha señalado que los elementos que vertebran este delito son los siguientes: (...).”

Pues bien, a continuación se realiza una breve sinopsis de los hechos confirmados en cada una de las sentencias que informaron la decisión del Magistrado:

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 299/2011 de 25 abril (RJ\2011\3486) que confirma la absolución dictada por la Audiencia Nacional. Según los hechos probados las personas encausadas habían colocado

en un bar un cartel en el que, sobre fondo negro, estaba dibujado en rojo el pájaro carpintero, y, el nombre Txori Barrote junto con las expresiones "Aste Nagusia 30 Urte" (Semana Grande 30 aniversario), "Amnistía Borrokatuz Askatasuna Bizi" ("Luchando por la Amnistía. Libertad") y "Euskal Preso Eta Iheslariak Etxea" ("presos y refugiados vascos a casa"), entre otras.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 585/2007 de 20 junio (RJ 2007\3440) que confirma la condena por un delito de enaltecimiento del terrorismo en relación a la organización de la celebración de un acto público para rendir homenaje a al fallecido miembro de ETA, Argala, con motivo del 25 aniversario de muerte, profiriendo manifestaciones de encomio a sus actividades.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 539/2008 de 23 septiembre (RJ 2008\5597) que confirma la condena por enaltecimiento del terrorismo por la acción de portar en un partido de fútbol entre los equipos de la Real Sociedad de San Sebastián y el Real Mallorca C. de F, una bandera en la que se encontraba pintada la palabra ETA, el logotipo de la misma consistente en un hacha y una serpiente enroscada a su mango y las palabras "Bietan Jarrai".

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 676/2009 de 5 junio (RJ\2009\4213) que confirma la condena a varias personas y absuelve a otras de un delito de enaltecimiento del terrorismo por haber nominado y distinguido como representantes de una agrupación en las fiestas populares de su localidad a quienes se encuentran desde hace años cumpliendo importantes penas de prisión por la comisión de concretos delitos de terrorismo.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 224/2010 de 3 marzo (RJ 2010\1469) que anula la resolución de la Audiencia Nacional y **absuelve** a la encausada que había manifestado en un acto público frases afectuosas y de apoyo a dos personas detenidas días antes como presuntos autores del atentado de la T-4 del aeropuerto de Barajas.

Poco o nada tienen que ver los antecedentes de las sentencias citadas con el supuesto analizado por el Magistrado querrellado, ni en su versión real ni en la versión interpretada por el Magistrado. Tampoco justifican estos supuestos las medidas excepcionales adoptadas en este caso.

Lo cierto es que nada sustenta la calificación jurídica recogida en el Auto de prisión porque **el único elemento que formó la voluntad del Magistrado fue su voluntad expresa**. No nos encontramos ante una conducta negligente o descuidada del Magistrado. El Señor Moreno, perfecto conocedor de la jurisprudencia del Alto Tribunal, construyó su argumentario sobre la omisión consciente de datos y la perversión maliciosa del razonamiento lógico.

1.3. El público al que va dirigida la obra no es infantil.

El Auto de prisión también manifiesta como hecho comprobado que la Obra teatral iba dirigida a un público infantil. Muchas opiniones públicas y privadas se han vertido a este respecto con posterioridad a la detención de las dos personas.

Sin embargo, **con anterioridad a la detención, la clasificación de la obra ya aparecía en internet** en la propia página web de la compañía teatral.



Una sencilla búsqueda en internet remite a la página oficial de “*Títeres desde Abajo*” en cuyo encabezado podemos diferenciar las distintas producciones teatrales que ofrecen al público. Bajo la Sección “*Teatro popular*” se relacionan varias obras teatrales entre las que se encuentra “*La Bruja y Don Cristóbal*”. **Sección distinta de la de “*Espectáculos Infantiles*”, como se puede ver en la imagen.**

Añadimos igualmente que los propios acusados avisaron verbalmente al inicio de la obra que esta no era de carácter infantil y que contenía escenas de violencia

Nuevamente, el Auto de prisión eleva a la categoría de presunción un hecho notoriamente falso y cuya falsedad era fácilmente cotejable.

SEGUNDO.- Motivación genérica de la medida de prisión provisional.

Los Fundamentos de Derecho Tercero y Cuarto del Auto de prisión son una sucesión de reproducciones genéricas de preceptos legales y extractos jurisprudenciales que no aparecen asociados a ninguna de las conductas o circunstancias particulares de las dos personas acusadas.

La resolución del magistrado reitera una y otra vez el carácter excepcional de la prisión preventiva y enumera elementos que deben ser analizados para justificar la finalidad de la medida de prisión provisional.

Sorprende que el Magistrado encuentre suficientemente motivada la existencia tanto del riesgo de fuga, como del peligro de ocultación y el riesgo de reiteración de hechos delictivos, pero en ninguno de los casos aborda qué conductas o circunstancias individuales han motivado la valoración de cada uno de los fines que persigue la prisión provisional.

2.1. Falta de justificación de la necesidad de asegurar la presencia de los investigados.

El propio Auto determina que para valorar la existencia de este peligro se atenderá conjuntamente a la naturaleza del hecho, a la gravedad de la pena que pudiera imponerse al investigado o encausado, a **la situación familiar, laboral y económica de éste.**

No consta en la resolución ninguna referencia a la situación familiar, laboral o económica de los encausados. Mucho menos una valoración de tales circunstancias, que son directamente omitidas por el Magistrado querrellado.

2.2. Falta justificación de la necesidad de evitar la reiteración de hechos delictivos.

Dejando a un lado, también, las salvedades de esta parte sobre el carácter delictivo de los hechos valorados por el Magistrado, es cierto que corresponde al Instructor valorar si efectivamente existió un riesgo de que los acusados cometieran otros hechos delictivos.

No es hasta el Fundamento Cuarto *in fine* cuando encontramos una leve relación entre cualquiera de los requisitos propios de la finalidad de la medida y algún dato individualizado de las acciones o características de los encausados.

Lamentablemente, la circunstancia citada poco tiene que ver con esos requisitos jurisprudenciales que cita el Magistrado. Para justificar la existencia de un riesgo de reiteración de hechos delictivos, la resolución argumenta lo siguiente:

“En relación a evitar el riesgo de que el imputado (en singular) cometa otros hechos delictivos, se ha valorado la existencia de este riesgo atendiendo a las circunstancias del hecho, así como a la gravedad de los delitos que se pudieran cometer, máxime cuando las conductas desarrolladas por los antes citados ya se habían producido con anterioridad en Granada.”

Se entiende, por tanto, que el profundo temor del Magistrado a que nuevamente se perpetre la obra de guiñoles motiva suficientemente el ingreso provisional en prisión de los dos intérpretes **bajo el régimen de excepción FIES 3.**

En conclusión, la prisión provisional es acordada por el Juez Ismael Moreno Chamarro sobre la supuesta concurrencia de dos riesgos cuya existencia es incapaz de individualizar sobre ni uno sólo de los datos fácticos o descriptivos derivados de las diligencias.

2.3. Confirmación posterior de la falta de comprobación de hechos.

Finalmente, los argumentos contenidos en el Auto de reforma de 10 de febrero de 2016 sólo vienen a confirmar lo dicho por esta parte, es decir, que nunca han existido motivos suficientes fundados en derecho para acordar la prisión provisional. Se analiza a continuación el contenido del Fundamento Jurídico Cuarto:

*A este respecto, hemos de indicar que no obstante lo expuesto en los razonamientos jurídicos anteriores, **teniendo en cuenta las argumentaciones esgrimidas por las defensas de los investigados y, muy especialmente, LA APORTACIÓN DOCUMENTAL (no obrante en el momento de la adopción de la medida cautelar de prisión provisional incondicional), que se adjunta con los escritos de interposición de recursos, ACREDITATIVA del arraigo familiar que éstos tienen en España, domicilios conocidos, formación académica y actividades desempeñadas por los mismos, se infiere que no tratarán de sustraerse a la acción de la justicia y, consiguientemente, el riesgo de fuga queda muy mermado, pues dicho arraigo implica la existencia de razones familiares, sociales y económicas que hacen que el presunto delincuente contemple con mayores dificultades la huida que si no existieran; a lo que ha de añadirse, la inexistencia de peligro de destrucción u ocultamiento de pruebas y, asimismo, que en atención a las circunstancias concurrentes, el riesgo de que los investigados cometan otros hechos delictivos, esto es, lleven a cabo la reiteración delictiva, a juicio de este Instructor, ya es escasa en estos momentos; por lo que, de conformidad con el informe del MF, y siendo la prisión provisional incondicional una medida de carácter excepcional, se considera que no resulta imprescindible el mantenimiento de la misma y, por tanto, procede modificar dicha situación.***

Resulta sorprendente la afirmación de que el domicilio de los acusados, ambos de nacionalidad española, y su actividad económica no ocupara lugar en el conocimiento del Magistrado desde el primer momento. Más aún si tenemos en cuenta que la detención de los llamados *Titiriteros* se produjo en pleno desempeño de su trabajo, contratado por el Ayuntamiento de Madrid.

En otras palabras, el Magistrado necesitó prueba documental adicional a la ya conocida en el momento de la identificación policial sobre el domicilio en España de dos personas de nacionalidad española y sobre las condiciones laborales de dos sujetos detenidos mientras trabajaban.

En todo caso, la reforma de la medida confirma que ésta fue adoptada de manera injusta, sin sustento fáctico alguno y sobre la base de un constructo argumental falaz y dolosamente injusto.

Por último, pero no menos grave, el Auto de reforma concluye que no existen los riesgos y peligros que motivan la medida excepcional de prisión preventiva. Sin embargo, acuerda unas nuevas medidas igualmente invasivas y desproporcionadas.

Ahora bien, para evitar cualquier riesgo, el cual siempre existe en todo procedimiento penal por su propia naturaleza, este Instructor entiende necesarias otro tipo de medidas coadyuvantes de garantía. En primer lugar, decretar la prohibición de salida del territorio español, para lo que deberán entregar sus pasaportes. En segundo lugar, los investigados habrán de comparecer "apud acta" diariamente ante este Juzgado o el más próximo a su domicilio habitual, debiendo comunicar cualquier cambio de domicilio que puedan llevar a cabo.

Es decir, el Magistrado, tras evaluar la documentación aportada a los autos, concluye que no existe riesgo de fuga pero acuerda la retirada de los pasaportes y la comparecencia diaria para ambos encausados. La adopción de estas medidas, igualmente excepcionales, carece nuevamente de toda razón y conforman una nueva resolución prevaricadora.

La veloz modificación del criterio del Juzgador, hecha en sólo cuatro días y sin ningún cambio de circunstancias aparente en la situación de los investigados, responde al impacto que el encarcelamiento tuvo en los medios de comunicación. La práctica totalidad de los medios de prensa escrita, radio y televisión, se hicieron eco de la noticia y difundieron informaciones tanto técnicas como valorativas que concluían, en una inmensa mayoría de las veces, en la evidente desproporcionalidad de la medida de prisión acordada.

Ya sin señalar siquiera las continuas referencias en medios nacionales de prensa y radiotelevisión, nos hacemos eco de opiniones escritas en medios internacionales de amplísima difusión, como son Financial Times², The Guardian³, The Independent⁴,

2 <http://www.ft.com/intl/cms/s/0/d9567a52-cf29-11e5-831d-09f7778e7377.html#axzz43MckQQBh>

3 <http://www.theguardian.com/world/2016/feb/10/spanish-judge-frees-puppeteers-raul-garcia-alfonso-lazaro-basque-eta>

4 <http://www.independent.co.uk/news/world/europe/spanish-puppeteers-charged-with-glorifying-terrorism-in-show-a6859121.html>

New York Times⁵, New Yorker⁶, Libération⁷...) o manifiestos de variados agentes y organizaciones nacionales e internacionales, por citar: Amnistía Internacional⁸ o Asociación Pro-Derechos Humanos de Andalucía⁹.

Fundamentos de Derecho.

Primero.- Del delito continuado de prevaricación.

El artículo 446 del Código Penal nos indica 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".

Los elementos constitutivos de esta infracción penal, de conformidad con la STS 308/2009, de 23 de marzo, son:

"1º. Sujeto activo ha de ser un juez o magistrado, al tratarse de un delito especial propio.

2º. El medio de comisión consiste en dictar una sentencia o resolución injusta, la cual puede derivar de razones de fondo pero también existirá cuando haya importantes defectos de forma o procedimiento.

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

5 http://www.nytimes.com/2016/02/25/world/europe/spain-europe-protest-free-speech.html?_r=0

6 <http://www.newyorker.com/news/news-desk/why-is-the-spanish-government-afraid-of-a-puppet-show>

7 http://www.liberation.fr/planete/2016/02/08/des-guignols-accuses-de-terrorisme-mettent-l-espagne-en-emoi_1431928

8 <https://www.amnesty.org/en/documents/eur41/3428/2016/en/>

9 <http://www.apdha.org/la-apdha-reclama-la-puesta-en-libertad-de-los-titiriteros-detenido/>

de una manera que no deje lugar a dudas. Esa conciencia e intención deliberada no ha de confundirse con el móvil que puede ser incluso loable.”

La STS 359/2002, de 26 de febrero, define los dos conceptos jurídicos indeterminados de este tipo:

a) "*Resolución injusta*" será aquella que se aparta de todas las opciones jurídicamente defendibles, siendo en definitiva "*exponente de una clara irracionalidad*" ya que la injusticia es un plus respecto a la mera ilegalidad.

b) "*A sabiendas*" implica la conciencia de estar dictando una resolución con total apartamiento del principio de legalidad y de las interpretaciones usuales y admisibles en derecho.

Para definir la cualidad de "*injusta*" de una resolución, la jurisprudencia deja de lado la posición subjetiva del presunto prevaricador, es decir, la basada en la concepción personal del juez investigado sobre qué es justo o injusto, bueno o malo, para basarse en argumentos objetivos, esto es, en si la interpretación del ley hecha por el juez o magistrado investigado se aparta claramente de la línea habitual o normal seguida por el resto de sus compañeros jueces para acordar una resolución infundada:

“cuando la resolución adoptada -desde el punto de vista objetivo- no resulta cubierta por ninguna interpretación de la ley basada en cánones interpretativos admitidos.” (STS 76/2002, de 25 de enero).

O *“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 pueden ser jurídicamente defendibles”.* (STS 126/2012, de 28 de febrero)

En los casos de prevaricación *“el sujeto activo del delito no aplica la norma dirigida a la resolución del conflicto, sino que hace efectiva su voluntad, sin fundamento técnico-jurídico aceptable.”* (STSJ Madrid 18/2014, de 16 de octubre)

Salvo en aquellos casos en que lo sucedido haya sido un apartamiento ostentoso del procedimiento legal aplicable (Y por lo tanto perfectamente acreditable con la ley procesal en la mano), el componente subjetivo será muy difícil de demostrar por

encontrarse únicamente en el campo del pensamiento y la volición del juez investigado, pero hábilmente camuflado bajo resoluciones con una motivación en apariencia legal.

Ese maquillaje de la voluntad prevaricadora del juez bajo razonamientos en apariencia fundados en derecho es lo que el Auto del TS de 14 de abril de 2014 define como *“argumentos encubridores” del carácter antijurídicos del acto [...] La conciencia del Juez no puede erigirse en tribunal de la conciencia de la Ley, porque ello conduce en definitiva a convertir la voluntad del Juez en decisión para resolver el conflicto. Tal planteamiento es incompatible con los postulados del Estado democrático de Derecho*". (ATS 14-04-2014, Rec. Casación 20073/14)

Como dice el propio Consejo General del Poder Judicial en su página web al comentar el contenido de la STSJ 18/2014, de 16 de octubre, por la que otro juzgador es condenado por un delito continuado de prevaricación *“La resolución, que gravita sobre la idea general de la necesidad de evitar en el ordenamiento jurídico español la existencia de jueces justicieros que actúen en solitario al margen de la estricta legalidad, es muy crítica con el juez Elpidio Silva a la hora de valorar las dos órdenes de prisión que firmó contra Miguel Blesa.”*¹⁰

Por tanto, en este caso presente, al margen de que se haya seguido formalmente el cauce procesal para acordar la prisión preventiva, debemos analizar si la motivación utilizada para justificar la prisión provisional ha sido suficiente en derecho o si, como mantenemos, solo ha sido el ropaje legalista bajo el que se ha disfrazado la voluntad personal del Magistrado querrellado de meter en prisión a dos personas. Si nos encontramos, en definitiva, ante otro juez justiciero.

La prisión provisional, como explica el propio Auto de 06 de febrero de 2016 con el que es consumada la primera prevaricación denunciada, solo podrá acordarse para la *“conjuración de ciertos riesgos relevantes”*; *“En particular, estos riesgos a prevenir serían los de sustracción del imputado a la acción de la Administración de Justicia, obstrucción de la Justicia penal y, por último, reiteración delictiva.”*

10 <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Sala-de-Prensa/Notas-de-prensa/El-juez-Silva--inhabilitado-17-anos-por-un-delito-de-prevaricacion-y-dos-contra-la-libertad-individual>

Añadimos, por ser evidente, que es una medida absolutamente excepcional en nuestro ordenamiento penal y que *“La prisión provisional es una medida tan grave que solo está justificada cuando se han considerado otras medidas menos restrictivas y éstas se han considerado insuficientes para preservar la seguridad de la víctima o para salvaguardar el interés público. Esto significa que para acordar la prisión provisional no es suficiente con invocar alguno de los requisitos que establece el ordenamiento jurídico interno, sino que la imposición de la medida debe ser absolutamente necesaria atendiendo a las circunstancias concretas del caso.”* (SETDH Ambruszkiewicz v. Polonia, App 38797/03, de 04 de mayo de 2.006)¹¹

En dicho Auto el Magistrado querrellado aprecia dos riesgos indicando:

- [Respecto del riesgo de fuga]: *“es lógico pensar que a mayor penalidad el riesgo de fuga aumenta, si bien dicho peligro no puede llegar nunca a subsumirse o identificarse con el *fumus bonus iuris*... Para valorar la existencia de este peligro se ha tenido en cuenta en el presente caso conjuntamente a la naturaleza del hecho, la gravedad de la pena que pudiera imponerse al imputado, la situación familiar laboral y económica de este, así como a la previsión, dada la naturaleza y características de los hechos a que se refieren estas actuaciones, de la celebración del juicio oral.”*

- [Respecto del riesgo de reiteración delictiva]: *“se ha valorado, la existencia de este riesgo atendiendo a las circunstancias del hecho, así como a la gravedad de los delitos que se pudieran cometer, máxime cuando las conductas desarrolladas por los antes citados ya se habían producido con anterioridad en Granada, conforme a los propios interesados han declarado en esta sede judicial,..”*

“De este modo se produce la concurrencia en las presentes actuaciones del 3^{er} requisito a que se refiere el art. 503 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.”

¿Podemos considerar en este caso que, aparte de ser simplemente invocados estos dos requisitos del 503.2 LECr, su justificación es suficiente, en términos de derecho? La respuesta es no, en absoluto.

11 El subrayado es nuestro.

“El tribunal debe justificar suficientemente las razones por las que acuerda la prisión provisional y desestima la libertad provisional” (STEDH Singh v. Reino Unido; App 23389/94, de 21 de febrero de 1996).

En primer lugar, para valorar el riesgo de fuga nos encontramos con que el Magistrado cita literalmente en su auto:

- *La naturaleza del hecho.* Aquí nos encontramos ante un hecho delictivo ya inicialmente polémico desde el punto de vista judicial, circunscrito únicamente al espacio de la libertad de expresión de la ciudadanía; cometido sin ninguna violencia sobre las personas ni fuerza sobre las cosas, sin víctimas directas ni consecuencias materiales. Los imputados, asimismo, no pertenecen a ningún grupo u organización criminal ni poseen antecedentes penales.
- *La gravedad de la pena.* Que ya hemos visto no puede ser el único criterio orientador para la adopción de la medida.
- *La situación familiar de los investigados:* Dos personas de nacionalidad española y origen español, con toda su familia directa en España. Sin ningún componente extranjero en la familia.
- *La situación laboral de los investigados:* Artistas con su propia compañía de teatro (Títeres desde Abajo) que ha representado varias veces en Madrid y numerosas ciudades españolas, además de México y Senegal¹², con varias obras de teatro anteriores en su porfolio, todo ello accesible a primera vista en su página web.¹³ Es decir, con un proyecto laboral y vital perfectamente definido.
- *La situación económica:* Precaria e inestable, como la del 70% de la población nacional menor de 40 años y como es aún más habitual en el sector artístico, pero desde luego no en la indigencia.

En definitiva, los imputados contaban con una familia y un entorno que les ofrece apoyo, con un proyecto definido de vida y una situación laboral estable desde hace, por lo menos, 4 años, por lo que no resulta admisible, bajo ningún canon

12 Artículo en El Mundo: “¿Quiénes son Títeres desde Abajo?”.
<http://www.elmundo.es/madrid/2016/02/06/56b5223f22601dfc468b466d.html>

13 <http://titeresdesdeabajo.blogspot.com.es/>

admitido habitualmente en Derecho, que los investigados tengan un riesgo de sustracción a la acción de la Justicia mayor que la inmensa mayoría de las personas investigadas en este país. Entender en este caso que no existe suficiente arraigo en España es ignorar flagrante y dolosamente la realidad social española, y supone forzar hasta extremos injustos y delictivos el concepto de arraigo social, laboral o familiar.

En segundo lugar, para valorar el riesgo de reiteración delictiva, el Magistrado querrellado señala:

- *Las circunstancias del hecho.* Pero no explica cuáles y no acertamos a comprender cuáles se pueden derivar de la representación de una obra de teatro.
- *La gravedad de los delitos que se pudieran cometer.* Es decir, básicamente el peligro de que volvieran a representar esta obra.

Nuevamente afirmamos que el presunto riesgo de volver a representar una obra de teatro no tiene entidad suficiente, no es justificación suficiente, para entender que exista este riesgo y con ello acordar la prisión provisional. Especialmente cuando los imputados no tienen antecedente penales de ningún tipo, por lo que el Magistrado no ha podido hacer una presunción basada en hechos anteriores.

En realidad, ese riesgo de reiteración citado es absolutamente genérico y abstracto y por ello nunca es válido para acordar la prisión preventiva: Es tan solo el riesgo siempre potencial de que un investigado pueda volver a cometer un delito. Es el riesgo de que un conductor ebrio vuelva a conducir un coche; de que un injuriador vuelva a insultar; de que un investigado por lesiones vuelva a meterse en una pelea; de que un juez prevaricador vuelva a acordar manu militari una prisión preventiva sin causa para ello.

La alegación de que ya habían representado antes la obra carece también de peso: Si la habían representado previamente (No solo en Granada, sino obras parecidas también en Madrid) era precisamente porque ignoraban que la misma podía constituir cualquier tipo de ilícito penal, dado el carácter absolutamente público de estas representaciones. De haberlo sabido no la habrían representado y, una vez sabido (Tras la detención) tampoco la habrían vuelto a representar so pena de volver a ser detenidos e investigados.

Tras este análisis es manifiesto que la decisión del Magistrado no fue tomada de conformidad con una interpretación habitual o racional del derecho, sino en función de su propio interés personal. Parafraseando el Voto Particular de la STSJ Madrid 18/2014, de 06/10 “*la dinámica del proceso provoca la sensación -no demostrable pero claramente intuible- de que el Juez se había propuesto el ingreso en prisión de D. Raul Domingo.*”

Los razonamientos esgrimidos por el Magistrado querellado no solo son decorativos de una decisión previa ya tomada, sino que tampoco haya refrendo alguno en la actividad judicial desplegada. Ni la fiscalía ni el propio Magistrado inquirieron sobre la situación personal de los investigados, quienes, en su primera declaración y en la vista de medidas cautelares del art. 503 LECrim solo fueron preguntados por su propio letrado respecto de su arraigo y su situación familiar y laboral, contestando lo que ya hemos expuesto. Ni Magistrado ni Fiscalía les preguntaron por su familia, sus ingresos ni, mucho menos, si pensaban volver a representar la obra.

“Respecto a los citados riesgos que justificarían la prisión provisional el principio de presunción de inocencia sigue vigente a falta de que el principio acusatorio contribuya con prueba suficiente para desvirtuarlo. Un condenado no es un probable reincidente o prófugo mientras no se pruebe lo contrario. En positivo: Sólo cuando se pruebe que un condenado es un probable reincidente o prófugo se deben adoptar medidas cautelares.” (Auto Audiencia Provincial de Málaga de 13/01/2012 en P.A .42/2009)

A mayor abundamiento, incluso aunque alguno de estos indicios tuvieran entidad suficiente como para avalar la existencia de dichos riesgos, quedaría igualmente un segundo filtro que aplicar antes de acordar la prisión provisional: Comprobar que no existen medidas alternativas a la prisión provisional que permitieran conjurar dichos riesgos.

El TEDH “*ha clarificado que el Fiscal debe probar que con otra medida alternativa menos gravosa no se alcanzarían los mismos fines que con la prisión preventiva*” (SETDH Ilijkov v. Bulgaria: App 33977/96, de 26 de julio de 2001).

Muchas otras medidas habrían sido posibles de acordar antes que la más excepcional y gravosa de todas: Retirada del pasaporte, comparecencias apud acta ante

el Juzgado, prohibición de abandonar el país... para el riesgo de fuga; o prohibición de acudir a determinados lugares o realizar determinadas actividades en caso del riesgo de reiteración delictiva.

Pero no se adoptaron; ni siquiera se fijó fianza para la prisión preventiva. Prisión preventiva sin fianza para unos presuntos delitos cometidos sin violencia ni fuerza por dos personas sin antecedentes penales.

Del segundo auto de 10 de febrero de 2.016.

Por ello, que tan solo cuatro días después, el 10 de febrero de 2016, el Magistrado rectificara su propio auto y dispusiera la libertad provisional de los imputados (libertad meramente sobre el papel, porque la disponía con la obligación de comparecencias apud acta diarias en el Juzgado) no debe llevarnos a engaño. Es tan solo la estrategia del querellado de dar marcha atrás disimuladamente a la decisión prevaricadora inicial. Y por tanto es una continuación de la misma y constituye un nuevo delito de prevaricación

En dicho Auto de 10 de febrero el Magistrado querellado alega que *“Teniendo en cuenta las argumentaciones esgrimidas por las defensas de los investigados y, muy especialmente, la aportación documental (no obrante en el momento de la adopción de la medida cautelar de prisión provisional incondicional) que se adjunta con los escritos de interposición de recursos, acreditativa del arraigo familiar que estos tienen en España, domicilios conocidos, formación académica y actividades desempeñadas por los mismos, se infiere que no tratará de sustraerse a la acción de la justicia y, consiguientemente, el riesgo de fuga quedara muy mermado, pues dicho arraigo implica la existencia de razones familiares, sociales, económicas que hacen que el presunto delincuente contemple con mayores dificultades la huida que si no existieran, a lo que ha de añadirse, la inexistencia de peligro de destrucción u ocultamiento de pruebas y, asimismo, que en atención a la circunstancias concurrentes, el riesgo de que los investigados cometan otros hechos delictivos, esto*

es, lleven a cabo la reiteración delictiva, a juicio de este instructor, ya es escasa en estos momentos, ...”¹⁴

El texto de este Auto no es un cambio de razonamiento ni se produce por la aparición de nuevas circunstancias o alegaciones que justifiquen el cambio de criterio del Magistrado querellado; es simplemente una decisión encubridora que le permite rectificar su decisión anterior. El Magistrado querellado no argumenta el cambio de circunstancias, solo oculta sus huellas.

Los acusados ya habían facilitado en la vista original de medidas cautelares su domicilio en España, ya habían explicado su trayectoria profesional, ya habían desarrollado su arraigo familiar y laboral... No cambiaron las circunstancias en absoluto en los cuatro días que mediaron entre la prisión y su libertad. Lo que varió fue la conciencia del Magistrado de que su actuación dolosa había tenido demasiado repercusión pública.

Nos preguntamos también qué incidencia tiene el nivel de estudios de los acusados a la hora de evaluar su arraigo, puesto que el Magistrado lo menciona pero no detalla su significado.

Particularmente sonrojante es la explicación por la que el Magistrado decide cambiar de opinión respecto del riesgo de reiteración delictiva: unas *circunstancias* concurrentes que ni siquiera explica. No detalla el Magistrado cómo el peligro de representar nuevas obras de teatro pueda ser menor por el mero hecho de haber pasado cuatro días en prisión provisional (A no ser que nos encontremos ante la finalidad preventiva espacial del derecho penal propia de una condena, cuyo adelanto está expresamente prohibido en nuestro ordenamiento) pero podemos aventurar que se hace eco de las alegaciones de la Fiscalía.

Las alegaciones de Fiscalía, a las que no hemos tenido acceso, son según el diario El País: *"Es difícil que se puedan repetir los hechos objetos de este procedimiento, por la razón de que ha sido incautado judicialmente todo el material*

empleado en la presentación", explica la fiscalía en su escrito, donde también cuenta que se han rescindido las actuaciones que la compañía tenía previstas.”¹⁵

Ello significa que la razón por la que desaparece el riesgo de reiteración delictiva, a ojos de Fiscalía y Magistrado querrellado, es el decomiso e incautación de los títeres de la obra y el escenario así como la rescisión de los contratos de representación.

La endeblez y simpleza del razonamiento son presunción de esta voluntad prevaricadora. Primero porque dichos títeres ya fueron incautados durante la detención de los acusados, luego la motivación del auto original debería haberlo tenido en cuenta. Y en segundo lugar porque la incautación de las marionetas nunca conjurará ese riesgo en el caso de que los acusados quisieran continuar “delinquiendo”. Salvo que consideremos los muñecos de trapo incautados como elementos únicos, esenciales y de imposible re-fabricación.

La resolución de los contratos es otro argumento que no se sostiene, pues seguir representando la obra supondría un voluntad, nunca probada, por parte de los acusados de seguir cometiendo delitos. Riesgo además que podría haber sido conjurado simplemente ordenando la prohibición de volver a representar la obra en el primer Auto.

En otras palabras, el razonamiento del Magistrado en este segundo auto de 10 de febrero no es idóneo para modificar el auto anterior puesto que no se ha producido ninguna nueva circunstancia que permita inferir una disminución de esos presuntos riesgos recogidos en el Auto de 6 de febrero, es solo una tapadera para deshacer su error. Por ello, porque siguen sin existir causas suficientes para acordar medidas tan gravosas como la comparecencia *apud acta* diaria, nos encontramos ante un nuevo delito de prevaricación.

Mediante Auto de 10 de marzo de 2016, la Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional rebaja aún más las medidas cautelares, tachando las anteriores de “*excesivas*” y acordando las comparecencias *apud acta* cada 15 días para uno de los investigados y cada 30 días para el otro.

Nuevamente, no se ha producido ningún cambio de circunstancia entre el día de la detención y el de esta resolución. Pero, a diferencia de los autos anteriores, las comparecencias *apud acta* quincenales o mensuales constituyen medias cautelares normalizadas en nuestros tribunales ante la investigación de delitos para ciudadanos sin vinculación con organizaciones criminales, sin antecedentes penales y sin que medie violencia o fuerza en sus acusaciones..

LA STSJ Madrid 18/2014 dice que para el delito de prevaricación “*Se exige una indudable infracción del derecho y, además, una arbitrariedad en el ejercicio de la jurisdicción.*”

La arbitrariedad supone “*una desigualdad o discriminación entre ciudadanos, en cuanto la decisión trata de forma injustificadamente diferente a unos respecto de otros*”. (STS de 20-10- 2003)

Pues bien, solo cabe concluir de lo expuesto que el Magistrado querrellado se ha comportado de manera arbitraria para con los acusados, decretando un auto de prisión provisional bajo la invocación de unos razonamientos meramente retóricos, no fundados en hechos demostrados ni en presunciones subsumibles en lógicas jurídicas normales o habituales, con el solo fin de enmascarar su voluntad premeditada y dirigida a obtener a cualquier precio el encarcelamiento provisional de los acusados.

El Magistrado querrellado era plenamente consciente en el momento de dictar el Auto de prisión provisional de 6 de febrero de 2.016 que este no cumplía con el canon interpretativo admitido por nuestros Tribunales, y para ello forzó las presunciones admitidas en derecho acerca de los riesgos a conjurar del art. 503 LECr e invirtió la carga de la prueba en el proceso penal.

Era plenamente consciente, en suma, de que estaba dictando una resolución injusta a sabiendas.

Y era plenamente consciente cuando dictó el segundo auto, de 10 de febrero de 2.016, que a los acusados tampoco debía imponerles una medida cautelar tan gravosa como son las comparecencias diarias ante el Juzgado.

Todo ello supone la comisión de un delito continuado de prevaricación judicial del art. 446.3º CP, del cual debe responder el Magistrado en calidad de autor.

Segundo.- De los dos delitos de detención ilegal del art. 530 CP.

El art. 530 CP nos indica que:

La autoridad o funcionario público que, mediando causa por delito, acordare, practicar o prolongare cualquier privación de libertad de un detenido, preso o sentenciado, con violación de los plazos o demás garantías constitucionales o legales, será castigado con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de cuatro a ocho años.

“El bien jurídico protegido es el derecho de los ciudadanos a verse protegido en el ejercicio de sus derechos cívicos contra cualesquiera conductas provenientes de las autoridades y funcionarios que atenten al conjunto de sus derechos fundamentales, de los cuales se recogen expresamente en este apartado la libertad individual, la inviolabilidad domiciliaria el secreto de la correspondencia y el derecho a la libertad de comunicación, la asistencia letrada y demás derechos procesales, la libertad de expresión, el derecho de asociación, reunión y propiedad. Y además, de modo residual, el resto de derechos cívicos reconocidos por la Constitución y las leyes.” (STSJ Madrid 18/2014, de 06/10).

Sus requisitos, conforme a la STS 1310/2001, de 21 de julio son:

- a) un sujeto agente que sea autoridad o funcionario público, según definición del art. 24 CP, en el ejercicio de sus funciones, lo que permite entender que se trata de un delito especial propio;
- b) que la actuación de dicho sujeto agente se realice en una causa por delito, como dice el texto legal: "mediando" causa penal por delito;
- c) que la acción consista en acordar, practicar o prolongar una privación de libertad, sea una detención o la adopción de la medida de prisión;
- d) que esa conducta se refiera a un detenido, preso o sentenciado;
- e) que la privación de libertad viole plazos u otras garantías constitucionales o legales; y

f) que el agente obre dolosamente, teniendo conciencia plena que la privación de libertad que acuerde, practique o prolongue es ilegal.

“Pudiera pensarse que el tipo excluye de la comisión del delito a quien no se halla previamente detenido, preso o sentenciado, pero ello constituye un "absurdo" porque, además de que no conocemos precedentes que apoyen tal interpretación, más grave que mantener dicha medida en una persona que está detenida o presa, lo es acordarla para quien está libre, pero se le priva de libertad "con violación de los plazos o demás garantías constitucionales o legales" exigidas.

Y es que no se puede confundir una interpretación "a fortiori" como la que acabamos de realizar, perfectamente admisible y exigible, pues evita que la mera literalidad del precepto conduzca a resultados absurdos, con una interpretación extensiva, esta sí, prohibida por el ordenamiento penal.” (STSJ Madrid 18/2014, de 06/10)

Los dos investigados en las DD.PP. 8/2016 del Juzgado Central de Instrucción nº 2 la Audiencia Nacional pasaron en prisión cuatro noches, del 6 al 10 de febrero, antes de ser puestos en libertad mediante auto de 10 de febrero, por lo que se entienden perfectamente consumados ambos delitos, uno por cada ciudadano privado ilegalmente de su libertad.

De dichos dos delitos responde también el querellado en concepto de autor.