

AUTO

Presidente:

Excmo. Sr. D. Antonio Doreste Armas.

Magistrados:

Ilmo. Sr. D. César José García Otero.

Ilmo. Sr. D. Javier Varona Gómez-Acedo

En Las Palmas de Gran Canaria, a 11 de noviembre de 2016.

HECHOS

PRIMERO. Por Auto de 20 de Julio del corriente año, la Ilma. Sra. Instructora, en las Diligencias Previas 10/16, acordó admitir la personación de la Ilma Sra. D^a Victoria Rosell Aguilar en el citado procedimiento seguido contra el Ilmo. Sr. D. Salvador Alba Mesa.

SEGUNDO. Por escrito datado el 27 de Julio de 2016 la representación procesal del citado Ilmo. Sr. D. Salvador Alba Mesa formula recurso de reposición contra el Auto.

TERCERO. El Excmo. Sr. Fiscal Superior de esta Comunidad Autónoma, por escrito datado el 2 de Septiembre siguiente, se adhiere al recurso de apelación.

CUARTO. Por escrito de fecha 5 del mismo mes y año, la representación procesal de la citada Ilma. Sra. D^a Victoria Rosell Aguilar formula oposición al recurso de apelación, aportando abundante documentación en apoyo de su postura.

RAZONAMIENTOS JURIDICOS

PRIMERO. Previo a la exposición y análisis de los respectivos escritos de recurso de1 apelación y de impugnación del mismo, procede recordar -a modo de prefacio que centre el debate planteado en el presente recurso de apelación- que el Auto objeto del recurso, dictado por la Ilma. Sra. Instructora de las Diligencias Previas nº 6/2016, admite la personación de la Ilma. Sra. D^a Victoria Rosell Aguilar, Magistrada-Juez titular del Juzgado de Instrucción nº 8 de esta Capital (en adelante, la impugnante), en calidad de parte perjudicada, como acusación particular en las Diligencias referidas, seguidas contra el Ilmo. Sr. D. Salvador Alba Mesa, Magistrado de la Audiencia Provincial de esta Capital (en adelante, el primer apelante), por hechos acontecidos durante el tiempo en el que el primer apelante ocupó temporalmente, como sustituto, el Juzgado del que era titular la impugnante, vacante por su situación de servicios especiales al concurrir a las elecciones generales y, posteriormente, obtener la condición de Diputada en las Cortes Generales.

Es de resaltar que el Ilmo. Sr. Fiscal Superior de esta Comunidad Autónoma (en adelante, el segundo apelante) igualmente formula recurso de apelación, adhiriéndose a la argumentación del primer

apelante.

El sostén básico de la decisión judicial de instancia descansa en dos elementos: el uno, la calificación de la impugnante como perjudicada, y el otro, en el criterio jurisprudencial, pero aislado, de la Sala Segunda del Tribunal Supremo contenido en el Auto TS de 20-10-09 (el Auto de 2-2-10 no constituye otro precedente, porque está dictado en el mismo caso concreto, el comúnmente llamado “caso Garzón”, en previo trámite procesal de admisión), que, excepcionando la doctrina general del mismo contenida en abundantes pronunciamientos de la misma Sala, admitió como acusación particular, en los casos de eventual existencia del delito de prevaricación judicial, a personas concretas con base en las particulares circunstancias que en ellas concurrían.

SEGUNDO. Dos son las líneas de ataque de los apelantes (el Magistrado y el Fiscal).

La primera es de carácter general: la negación a la posibilidad legal de que la parte perjudicada en una causa penal pueda personarse ejercitando acción penal, afirmación que se hace apoyándose en el cambio efectuado en el tenor literal del nuevo art. 110 LECr. que ha suprimido de su texto la palabra “penales” al conceder al perjudicado la posibilidad de ejercer acciones en el seno del proceso penal, dejando solo la palabra “civiles”. El cambio ha sido operado por la Ley 4/15, de 27 de abril.

A.- La impugnante afirma que el nuevo texto legal en nada cambia la dicción del párrafo 1º del citado precepto (párrafo que es el aquí objeto de análisis), que limita, según dice, a la supresión del último párrafo (relativo a los miembros de las Corporaciones Locales), pero esta Sala no puede compartir tal objeción.

1.- De entrada, ni siquiera es cierto que esta última regulación se haya suprimido, sino que simplemente se ha trasladado, (probablemente por razones sistemáticas), al párrafo final del nuevo art. 109 bis.

2.- Y, principalmente en lo que aquí atañe, no se puede compartir la afirmación porque basta comparar el texto anterior con el actual para constatar la sustancial diferencia, decisiva en lo que aquí se debate.

En efecto, el cambio legal es evidente; el precepto citado, en su redacción anterior a la reforma operada por la citada Ley 4/15, rezaba, (en la frase que aquí interesa, depurado el precepto de aspectos ajenos al presente debate) así: “Los perjudicados..., podrán mostrarse parte en la causa... y ejercitar las acciones civiles y penales que procedan..”

2

La modificación del nuevo texto es simple, pero contundente: suprime la palabra “penales” (además de la conjunción “y”, ya innecesaria gramaticalmente).

B.- Por eso (y pese a que ni los recurrentes ni la impugnante entran en ello), el análisis de la cuestión debe completarse, por esta Sala, con el examen de la nueva redacción del art. 109 (que se desglosa en dos: art. 109 y art. 109 bis), y se dedican a regular la nueva figura de la “víctima”, concepto nuevo (desde la perspectiva estrictamente legal-procesal y dogmática) que se hace necesario precisar, puesto que los conceptos utilizados por la norma adjetiva procesal han sido los de “ofendido” y “perjudicado”.

La doctrina científica y jurisprudencial (ATS 4-9-98, por citar un solo pronunciamiento) ya ha criticado, con acierto, la imprecisión de ambos conceptos. Lo recuerda, con igual acierto, el Auto aquí recurrido, al razonar que “la doctrina científica penal distingue entre ambos conceptos, y así, se considera que por ofendido sólo cabe entender al titular del bien o interés tutelado por la norma penal transgredida o sujeto pasivo del delito, en tanto que el perjudicado es quien sufre en su esfera patrimonial los efectos nocivos de la acción delictiva, convirtiéndose en titular de la acción civil de resarcimiento. En la mayoría de los supuestos concurren ambas circunstancias legitimadoras en la misma persona, pero también puede suceder que el ofendido y el perjudicado sean personas distintas (desde el punto de vista técnico-jurídico así ocurriría, por ejemplo, en el delito de homicidio, en el que el ofendido es el fallecido, mientras que el perjudicado serían los familiares)”, exposición que la Sala hace suya.

Y continúa: “sin embargo, la LECr. utiliza ambos términos como sinónimos, y, por ello, tanto al ofendido como al perjudicado se les ha de efectuar el ofrecimiento de acciones y permitir su entrada en el procedimiento en concepto de acusaciones particulares”, lo que era igualmente certero antes de la entrada en vigor de la Ley 4/15 (Estatuto de la Víctima), como se ha anticipado y se verá seguidamente.

Sin embargo, esta ausencia legal de elementos diferenciadores no tenía la mayor relevancia en lo que respecta al derecho aquí discutido (la posibilidad de ejercicio de acciones penales), puesto que a ambas figuras, ofendido y perjudicado, les era concedido conforme a la anterior dicción normativa del art. 110 LECr., a diferencia de otros aspectos en los que los efectos eran distintos, como es el caso del poder de disposición, limitado o no, que se otorga al ofendido en los delitos semipúblicos y privados (arts. 130 y 215 CP).

C.- Ahora, el cambio de tal texto legal ya viene a corregir este defecto, porque ya no otorga igual derecho de acceso al proceso penal a ambas figuras, como se va a ver.

Debe indicarse, de entrada, que la citada Ley 4/15, aprueba el por ella denominado “Estatuto de Víctimas del Delito”, que incorpora al Ordenamiento Jurídico-penal patrio, (via la llamada “trasposición”) las disposiciones contenidas en la Directiva 2012/29/UE, referida a las citadas víctimas del delito, nuevo concepto que, según la también nueva redacción del precedente precepto (el art. 109. LECr., ahora 109 y 109 bis) se dedica a regular los derechos de la víctima. En una perspectiva expansiva, ampliándole su ámbito subjetivo (art. 2) y su proyección (arts. 3 y siguientes) y, concretamente, otorgándole la acción penal (art. 11.a).

Para esta Sala, la nueva figura, la de víctima, debe equipararse a la figura del ofendido, por las siguientes razones:

1.- En primer lugar, por aplicación de los cánones de interpretación literal y sistemática de las normas (art. 3.1 del Código Civil y STS, I de 15-3-83). En efecto, el art. 109 se refiere a la regulación de los derechos de la víctima y la dicción de la primera parte del precepto, en la que³ cita expresamente a la anterior figura (el “ofendido”) y la frase final del precepto, en unidad de criterio y armonía en su contenido, se refiere a la “víctima”, y así, en este precepto se otorga a la víctima el ejercicio de ambas acciones “civiles y penales”. Este precepto, pues, equipara ofendido con víctima porque regula armónicamente esta figura, y en el inicio de su texto se refiere a “ofendido” y en el final a “víctima.”

2.- En segundo lugar, porque la detallada regulación del estatus de la "víctima" se completa con el texto del nuevo art. 109 bis, que (además de positivizar la doctrina jurisprudencial en relación a la situación de los sucesores "mortis causa", en el ejercicio de la acción penal en los casos de muerte o desaparición del ofendido), se refiere exclusivamente a los legitimados para el ejercicio de la acción penal, legitimación que reserva, pues, sólo a la víctima, con la sola excepción (según la regla hermenéutica "inclusus unus, exclusus alterus") de sus sucesores "mortis causa" a efectos de esta singular sucesión procesal penal (positivizando, se insiste, la doctrina jurisprudencial), y sumando sólo a las Asociaciones de Víctimas y otras personas jurídicas a las que la Ley les confiere legitimación (lo que reenvía a la legislación que otorga tal legitimación a entidades de Derecho Público como las de defensa de los derechos de la mujer, reguladas por disposiciones de Derecho Administrativo, pero con incidencia procesal penal o por éstas mismas, siendo ejemplo el art. 29.2 de la L.O. 1/04).

3.- Esta regulación se encuentra en armonía con el nuevo art. 110, que se refiere a la otra figura, la del perjudicado (figura no afectada por la nueva institución de la "víctima") de forma que, de una manera ya sistemática, ahora, la legislación adjetiva penal, en esta materia, establece la distinción entre de un lado la figura del ofendido, que ahora, (actualizando el "nomen" y trayéndolo de la Directiva) denomina como "víctima", a la que dedica el art. 109 (desglosado en arts. 109 y 109 bis) y de otro lado la figura del perjudicado, a la que dedica el art. 110, estableciendo que éste sólo tiene legitimación para ejercer la acción civil, mientras que el ofendido (ahora "víctima") es titular de ambas acciones ex arts 109 y 109 bis.

4.- Esta distinción, además, resulta acorde con la misma distinción que ha efectuado la doctrina científica y jurisprudencial; en ella, que, como antes se dijo, el elemento diferenciador reside en que ser ofendido tiene la condición de afectado por alguna consecuencia dañosa (no simplemente nociva) sin afectación en la esfera patrimonial, (aunque fuere como daño moral) del delito, mientras que la afectación sufrida por el ofendido es cuantitativa y cualitativamente superior, conteniendo un "plus" de afectación al concretarse en él, de forma directa, la infracción del bien jurídico protegido por el delito, se le cause o no un perjuicio evaluable económicamente.

5.- Además, en aplicación (de nuevo) de los criterios hermenéuticos normativos (art. 3.1 del Código Civil) citados anteriormente, si el concepto de víctima abarcara a ambas figuras anteriores (el ofendido y el perjudicado) no se entendería que la nueva redacción legal de los arts. 109, 109 bis y 110 continúe utilizando la mención al perjudicado, suprimiendo la mención al ofendido, salvo la mención inicial del art. 109, que, según se acaba de ver, apoya la tesis de esta Sala, al regularse en ese precepto los derechos de la víctima, lo que es de especial relevancia, en especial en lo que atañe al art. 110. Por tanto, el binomio anterior, ofendido y perjudicado, se ha convertido en el binomio víctima y perjudicado.

6.- Por último, debido al conjunto de derechos que se le otorgan en los arts. 3 y siguientes de la Ley 4/15, que abarcan tanto a los antiguos que otorgaba la LECrim. como a los nuevos derechos de información, acceso a servicios de asistencia y apoyo.

D.- Lo anterior no agota el debate, pues la Sala, debe acometer una⁴ exégesis sistemática en relación al conjunto procesal normativo penal.

No se observa incidencia alguna de la regulación de los arts. 111 y ss. LECr., pues se ocupan sólo de la concurrencia personal o real de las acciones civiles y penales; pero sí se debe aludir al art. 761 LECr., que no ha sido modificado en su redacción anterior. Este precepto dispone que "el ejercicio por

particulares, sean o no ofendidos por el delito, de la acción penal o civil derivada del mismo, habrá de efectuarse en la forma...”; de ello se desprende que también el perjudicado (“sean o no ofendidos”) puede ejercitar la acción penal, en armonía con lo que disponía la anterior dicción del art. 110. Sin embargo, entiende esta Sala que, (al margen del posible olvido del legislador), el mantenimiento de la redacción original de este precepto no empece a la conclusión que se viene defendiendo, pues este precepto se ubica en la regulación del procedimiento abreviado, fase o modalidad procesal especial regulada en el Cap. I del Título II de la LECr. (arts. 757 y ss.), por lo que una interpretación sistemática de ambos preceptos (art. 3.1 del Código Civil y STS, I, de 15-3-83) arroja la conclusión de que, todo lo más, al perjudicado se le permitiría el ejercicio de la acción penal en el ámbito exclusivo de esta concreta fase y en este especial procedimiento, conclusión que, no obstante, puede incluso variarse negando siquiera esta posibilidad, razonando para ello que el precepto remite, en su segundo párrafo, a los arts. 109 y 110, por lo que la modificación de éstos parece arrastrar la implícita modificación del art. 757.

E.- Queda analizar la aplicación de la doctrina aislada y excepcional contenida en el citado ATS de 20-10-09 (“caso Garzón”) en la que se apoya el Auto recurrido pero que -para esta Sala - no debe tener incidencia al caso presente.

1.- En primer término, porque el criterio excepcional utilizado en ese Auto por nuestro más Alto Tribunal no es extensible -entiende la Sala- al caso presente, dadas las sustanciales diferencias obrantes entre ambos. En aquél caso, las personas a quienes se les permitió el ejercicio de la acción penal estaban directa y personalmente afectados por el delito allí objeto de investigación porque se trataba de los Sres. Abogados cuyas conversaciones con los clientes (los investigados, entonces denominados imputados) fueron objeto de interceptación y grabación por mor de la decisión judicial tildada de prevaricadora (y por la que fue condenado el Juez, como es conocido por la notoriedad del caso, en la STS 9-2-02). Los derechos afectados eran el de la intimidad y los derivados del ejercicio propio de la actividad profesional del Abogado (derechos de rango constitucional fundamental como luego se verá). En los términos del Auto, “basta tan sólo apreciar que, de ser en efecto delictivas las escuchas” (lo que así fue declarado, se repite, en la Sentencia condenatoria, STS datada el 9-2-12), “éstas habrían afectado indebidamente a un bien jurídico del que incuestionablemente era titular quien presenta la querrela como acusador particular, como su derecho a la intimidad, dentro además de las actividades propias del ejercicio particular.” Se trata, por tanto, de una situación aislada y excepcional que no puede extenderse a otros casos distintos, como distinto es el caso de la aquí impugnante, como se verá en el próximo Fundamento Jurídico, en el que, para poder llegar a la infracción de un derecho de la impugnante se haría preciso establecer una serie de hipótesis o condicionantes incompatibles con la afectación directa e inmediata de derechos relacionados con el bien jurídico protegido por los tipos delictivos que, a título de probabilidad (o mera posibilidad) son objeto de investigación en esta fase inicial del proceso penal.

2.- Súmese a ello (innecesariamente, pues lo anteriormente indicado ya se basta), que entre los delitos objeto de investigación en el supuesto del ATS citado no sólo estaba el de prevaricación judicial del art. 446 del CP, sino el cometido por la Autoridad Judicial contra la intimidad y otras garantías constitucionales del art. 536 CP, como textualmente reza el Auto del TS citado, con lo que la conexión del bien jurídico protegido con los derechos vulnerados se presenta de forma aún más diáfana, directa e inmediata, de forma bien distinta del caso de autos.

3.- Además, debe tenerse en cuenta que el derecho al ejercicio, por particular, de la acusación particular no constituye derecho fundamental constitucionalmente protegido (STCo. 190/11) mientras que los derechos vulnerados en el caso del ATS citado fueron los derechos vulnerados, de forma inmediata y directa, fueron el de intimidad y el derecho a asistencia letrada, que sí lo son ex arts. 18 y 17 de la Constitución.

4.- Por último, debe recordarse que la citada Resolución del Alto Tribunal opera sobre la normativa anterior, es decir, sobre la dicción de los arts. 109 y 110 anterior a la reforma operada por la Ley 4/15.

De igual forma, tampoco es de aplicación la doctrina del la STS 17-11-15, pues la personación de la acusación particular en ellas versaba en relación con los delitos de apropiación indebida y de administración desleal en el campo bancario, correspondientes a los arts. CP, y en ellos el bien jurídico protegido no es general y difuso, sino que consiste en la rectitud del tráfico mercantil societario, y concretamente en el de administración desleal, el individual (el concreto patrimonio social) y el colectivo (pero no difuso o general), dirigido a la permanencia de toda sociedad mercantil en el tráfico jurídico-económico (STS 11-4-07), al tratarse de “delitos patrimoniales y socioeconómicos” (en términos de esta STS 17-11-15) en los que el titular de los bienes distraídos puede ejercer con plenitud de acciones la acusación particular, que, así, puede otorgarse a quienes han sufrido directamente el perjuicio económico derivado de los delitos; caso, como se vé igualmente distinto al presente, además de que tal pronunciamiento judicial opera sobre el texto anterior de las normas citadas (arts. 109 y 110 LECr., hoy 109, 109 bis y 110, con distinto texto como se ha visto).

F.- Aún más, puede reforzarse esta conclusión a la que llega la Sala, vista la ausencia de doctrina jurisprudencial por el poco tiempo transcurrido desde la promulgación de la Ley que modifica los citados preceptos (apenas año y medio), según la cual al perjudicado por un delito se le ha suprimido la posibilidad del ejercicio de la acción penal, restringiéndose su personación en la causa al ejercicio de la acción civil.

Y tal refuerzo consiste en recordar que la acción civil es la idónea o adecuada a la naturaleza de esta figura, caracterizada por haber sufrido una lesión evaluable económicamente, sea daño material y/o moral (arts.1.106 y ss. del Código Civil), pero sin ser afectado directamente por la infracción del bien jurídico a cuya protección se endereza el tipo penal, que, en este caso, es el de la recta administración de justicia, entendida ésta en sentido material y procesal.

G.- Esta conclusión se complementa mediante la aplicación de dos cánones hermenéuticos adicionales: de un lado, el criterio finalista (art. 3.1 del Código Civil) del precepto y, de otro lado, el de reducción “ad absurdum” integrado en el canon exegético lógico (ex STS,I, de 9-6-56), ambos operando sobre el nuevo art. 110 LECr.; en efecto, de sostenerse la tesis contraria (la admisión del ejercicio de la acción penal por el simple perjudicado) la Sala estaría ignorando la supresión de la mención al ejercicio de tal acción penal (antes “acciones penales y civiles”, ahora sólo “acciones civiles”), que es precisamente la novedad de la Ley, lo que dejaría vacía de contenido la modificación legal, mediante la ficción de que esta en nada ha cambiado, cuando lo cierto es que sí que ha cambiado sustancialmente porque el texto legal es claro al haber suprimido el ejercicio de la acción penal. Al efecto, no resulta ocioso recordar el respeto que debe profesarse al legislador, al que el Poder Judicial debe acatamiento en virtud del límite único (pero vigoroso dado el término “imperio” utilizado) que impone el art. 117.1 de la Constitución a la independencia del citado Poder (sometimiento al “imperio de la Ley”).

Por tanto, en este concreto aspecto, la Sala no vé otra posibilidad que la de apartarse del criterio del Auto recurrido y, en este parcial aspecto, estimar este primer motivo del recurso con la consecuencia de negar a la impugnante el ejercicio de la acción penal.

TERCERO. El segundo motivo del recurso de apelación es más ambicioso que el anterior, pues se endereza a negar a la impugnante, no ya su condición de ofendida, sino incluso la de perjudicada, con lo que la consecuencia procesal de la acogida del motivo sería la expulsión de la impugnante del proceso penal que se está instruyendo.

A.- Antes de abordar la argumentación de este segundo motivo, obligado resulta pronunciarse sobre la contraargumentación contenida en el escrito de impugnación del recurso, en el que se defiende que la citada impugnante no sólo ostenta la condición de perjudicada, sino también la de ofendida, lo que (indudablemente) le permitiría continuar en su posición de ejercicio de la acción penal.

Ha de oponerse por esta Sala un obstáculo de tipo formal procesal, basado en el hecho de que la impugnante es concreta y específicamente declarada como perjudicada en el Auto objeto de análisis y en tal condición se autoriza su personación en la causa. Es relevante indicar que esta declaración se efectúa en la parte dispositiva del Auto.

Esta declaración formal como "perjudicada", con expreso rechazo a la de "ofendida" en la fundamentación jurídica del Auto, ha sido, pues, consentida por la parte impugnante y a ella hay que estar, con la consecuencia jurídica ya vista: la exclusión del ejercicio de la acción penal, por imperativo de la nueva redacción del art. 110 LECrim.

Comoquiera que la impugnante no recurre tal Auto, la pretensión defendida debe devenir inmodificable en su beneficio, dada la naturaleza de todo recurso de apelación (arts. 846 bis a LECr., 448 y ss LECv. y SSTCo. 54/85 y 43/98) y por operatividad del principio de congruencia procesal (art. 218 LECv.) al conformarse la impugnante con la decisión del Auto que -se insiste- le declara formalmente, en su parte dispositiva, como perjudicada, negándosele el de ofendida, como se razona amplia y acertadamente en su fundamentación jurídica.

B- Procede ahora abordar el segundo de los motivos de apelación en el que, como antes se anticipó, se pretende la expulsión de la impugnante del proceso, sobre la base de la negación de su cualidad de perjudicada.

Antes se ha expuesto sucintamente el concepto de perjudicado por la comisión de uno a varios delitos y a esa exposición remite la Sala.

En su proyección al caso de la presente causa, la argumentación de primer apelante, apoyada por la del segundo (el Ministerio Fiscal) resulta de cierta solidez al no detectarse por ellos perjuicio patrimonial concreto en la persona de la impugnante, tal y como destaca el informe de este último (el Ministerio Fiscal) emitido previo al Auto recurrido al que remite esta Sala.

Sin embargo, este Tribunal se va a inclinar por la opción de respetar el criterio de la Il.tra. Sra. Magistrada instructora de instancia, considerando que, como ella razona en el Auto recurrido, la actuación del apelante es susceptible, al menos "a priori", de haber causado daños en la esfera patrimonial de la impugnada. Añade esta Sala que, en particular, pueden derivarse daños morales (arts. 1.101 y 1.092 del Código Civil y STS,I, 20-7-88,7 expresamente referido, el segundo precepto citado, a la responsabilidad civil derivada del delito, responsabilidad que tiene concreta recepción en

los arts. 112 y, expresamente en cuanto daños morales, 113 CP), por lo que debe mantenerse a la actora en su cualidad de perjudicada, si bien con la precisión de que esta condición de actora civil no afecta, como bien indica el Auto recurrido, al delito del art. 464 CP, sino al resto de los indicados por el Ministerio Fiscal en su Informe de admisión de la exposición razonada, seguido por el Auto de esta Sala que dispuso la incoación de las Diligencias Previas. Al respecto, debe recordarse que la calificación efectuada en tal Resolución lo es a título indiciario, pues no debe olvidarse que en esta fase inicial de la instrucción penal sólo se realiza una valoración meramente posibilista que conduce a la condición de investigado del sujeto, mediante la creación de un mecanismo de garantía (pese al inmerecido e injustificado estigma social y público) que a su favor se establece en los arts. 520 y ss. LECr. y para cuya atribución basta detectar la posibilidad de que los hechos objeto de investigación puedan encajar en algún tipo penal y se aprecie indiciariamente la posible intervención en ellos del sujeto, en las formas de participación que prevee la normativa sustantiva penal ex arts. 27 y ss. CP.

Como argumento adicional en pro de la declaración de perjudicada de la impugnante, resulta obvio que la inevitable difusión pública de la situación supone, para la ella, un plus de aflicción (“pretium doloris” o “pecunia doloris” en la terminología iusprivatista) indemnizable conforme a la jurisprudencia civil (STS, I, 19-6-90), daño moral sin duda igualmente sufrido por el apelante, pero que aquí, respecto de él, no es objeto de examen.

Por tanto, no ha lugar a la estimación del segundo de los motivos del recurso, quedando la impugnante dentro del proceso penal como parte perjudicada, conforme le declaró el Auto de instancia, pudiendo ejercitar sólo las acciones civiles en las Diligencias Previas 6/06

Por último, no debe la Sala omitir alguna referencia a la particular situación creada a raíz del presente pronunciamiento.

Dada la novedad legal consistente en la disociación de la acción civil y la penal en la figura del sujeto personado en la causa penal, no resulta diáfana la aplicación concreta a los distintos trámites, diligencias o incidencias procesales que puedan plantearse en el desarrollo del proceso penal, pareciendo claro (razona la Sala a título de “obiter dicta”) sólo alguna de ellas (como sería la formulación del escrito de acusación en términos de calificación, por ejemplo); ante tal difícil situación, es competencia o función propia de la Ilma. Sra. Magistrada instructora, a su prudente juicio, la fijación de los criterios limitativos que conlleve la restricción de la presencia de la impugnante en el proceso al ejercicio exclusivo de la acción civil, por cuanto es esta Sala funcionalmente incompetente para fijarle lindes precisos en tal función o tarea, propia de la instrucción.

CUARTO. Conforme al artículo 239 de la L. E. Crim. los autos o sentencias que pongan término a la causa o a cualquiera de los incidentes deberán resolver acerca del pago de las costas procesales, sin que proceda en este caso imposición de costas.

Vistos los preceptos citados y demás de general aplicación, la Sala

LA SALA DE LO CIVIL Y PENAL DEL T.S.J. ACUERDA:

Estimar en parte el recurso interpuesto por el Excmo. Sr. Fiscal Superior y por la representación procesal del Ilmo. Sr. D. Salvador Alba Mesa y revocar, en parte, el Auto de la Ilma. Sra. Magistrada Instructora de este Tribunal, dictado en fecha 20-7-16, en el sentido de vedar a la parte personada, la representación procesal de la Ilma. Sra. D^a María Victoria Rosell Aguilar, el ejercicio de la acción penal

en las Diligencias Previas 10/16, manteniéndose su personación en el ejercicio de la acción civil. Sin expresa condena en costas.

Remítase testimonio de la presente resolución al órgano instructor.

Respecto a los escritos presentados por la parte impugnante y el primer apelante, estima la Sala que no muestran contenido que alteren sustancialmente lo antes razonado, a más de que carecen de trámite procesal por el que puedan ser tenidos en consideración.

Notifíquese la presente resolución al Ministerio Fiscal y a la representación procesal del recurrente y recurridos, haciéndoles saber que contra la misma no cabe recuso.

Así por este nuestro Auto lo pronuncian, mandan y firman. Doy fe.