

# AUDIENCIA PROVINCIAL DE MÁLAGA

## SECCIÓN 1ª



**ROLLO SUMARIO Nº: 21/2007**

**PROCEDIMIENTO SUMARIO Nº: 7/2007**

**JUZGADO DE INSTRUCCIÓN Nº 5 DE MARBELLA**

**SENTENCIA Nº 535/2013**

**TOMO 3**

---

Ilmos. Señores

**PRESIDENTE**

D. JOSÉ GODINO IZQUIERDO

**MAGISTRADOS**

D. RAFAEL LINARES ARANDA

D. MANUEL CABABALLERO-BONALD CAMPUZANO

---

En la ciudad de Málaga, a 4 de octubre de 2013.

## Indice del documento

3. TOMO III .....	2
CUESTIONES PREVIAS .....	2

### 3. TOMO III

#### CUESTIONES PREVIAS

TRAS LA CELEBRACIÓN DEL JUICIO ORAL NO ENCUENTRA LA SALA DATO OBJETIVO ALGUNO QUE ACONSEJE MODIFICAR LOS PRONUNCIAMIENTOS QUE SOBRE LAS CUESTIONES PREVIAS PLANTEADAS SE RESOLVIERON POR EL TRIBUNAL EN DOS EXTENSAS RESOLUCIONES, HABIDA CUENTA QUE LAS DEFENSAS SE HAN LIMITADO A REPRODUCIR IDÉNTICOS ARGUMENTOS Y MOTIVOS A LOS UTILIZADOS AL INICIO DE ESTE TRÁMITE, CUYOS CRITERIOS SEGUIMOS MANTENIENDO, SALVO EN LO RELATIVO AL PERIODO DE DETENCIÓN JUDICIAL SUFRIDO POR ALGUNOS PROCESADOS Y QUE HA SIDO CONSIDERADO COMO EXCESIVO E IRREGULAR POR PARTE DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN RESOLUCIONES RECAIDAS A INSTANCIA DE LA DEFENSA DEL SR. TOMÁS OLIVO Y CUYOS PRONUNCIAMIENTOS SON RECOGIDOS POR ESTE TRIBUNAL EN ORDEN A LOS EFECTOS PUNITIVOS CORRESPONDIENTES

**A) Cuestiones previas resueltas en Auto de fecha 16-10-09 de esta Sala:**

- 1.-Indefensión por no poder intervenir en la instrucción.
- 2.-Indefensión por no haber podido intervenir en la ratificación de los informes policiales.
- 3.-No se dio traslado a las partes de los informes de la Udyco, limitándose a comunicarle que las copias quedaban a su disposición en la Secretaría.
- 4.-Indefensión porque no se dio traslado a las partes de los escritos del ministerio fiscal impugnando los recursos.
- 5.-Indefensión por tres años para presentar los informes de la policía y dos días a los letrados para rebatirlos.
- 6.-Indefensión por no poder intervenir con plazo razonable entre el alzamiento del secreto sumarial y el auto de procesamiento.

7.-Procesamiento mientras estaba pendiente la recusación del Sr. instructor por concesión-aceptación de medallas.

8.-Nulidad por haberse dictado el auto de procesamiento antes de haberse resuelto los recursos contra el auto transformando las diligencias previas en procedimiento abreviado.

9.-Extemporaneidad del auto de incoación del sumario porque hacía tiempo que había datos para tal decisión.

10.-Obligación de notificar personalmente el auto de procesamiento.

11.-Efectos de la falta de notificación del auto de procesamiento.

12.-Notificación del auto de procesamiento mediante archivo informático sin intervención de la Sra. Secretario Judicial.

### **1) Indefensión por no poder intervenir en la instrucción.-**

Analicemos esta cuestión bajo el prisma de **dos principios fundamentales**:

a) El ya suficientemente explicitado en el apartado II.1) de que “no existe indefensión con relevancia constitucional, ni tampoco con relevancia procesal, cuando aún concurriendo alguna irregularidad, no se llega a producir efectivo y real menoscabo del derecho de defensa con el consiguiente **perjuicio real y efectivo** para los intereses de la parte afectada, (SSTS de 16 de enero de 1995 y 24 de enero de 1995).

b) El **derecho a la contradicción y a la igualdad de armas procesales**, insitos en el derecho de defensa, en el derecho a un proceso con todas las garantías y específicamente en el derecho “a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa”. Examinemos este derecho.

El Tribunal Constitucional en sentencia 178/2001, de 17 de septiembre establece que “**el principio de contradicción** en el proceso penal, que hace posible el enfrentamiento dialéctico entre las partes, permitiendo así el conocimiento de los argumentos de la contraria y la manifestación ante el Juez o Tribunal de los propios, constituye una exigencia ineludible vinculada al derecho a un proceso público con todas las garantías, para cuya observancia se requiere el deber de los órganos judiciales de posibilitarlo. Y se vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE, **produciendo indefensión, cuando el sujeto, sin haber tenido oportunidad de alegar y probar sus derechos en el proceso, los ve finalmente afectados por las resoluciones recaídas en el mismo**”.

“**Del principio de igualdad de armas**, lógico corolario del principio de contradicción, se deriva asimismo la necesidad de que las partes cuenten con

los mismos medios de ataque y defensa e **idénticas posibilidades y cargas de alegación, prueba e impugnación**, a efectos de evitar desequilibrios entre sus respectivas posiciones procesales, sin que sean admisibles limitaciones a dicho principio, fuera de las modulaciones o excepciones que puedan establecerse en fase de instrucción (o sumarial) por razón de la propia naturaleza de la actividad investigadora que en ella se desarrolla, encaminada a asegurar el éxito de la investigación y, en definitiva, la protección del valor constitucional de la justicia”.

Los principios de contradicción e igualdad de armas en el proceso son **de particular vigencia en dos trámites de la instrucción** que suelen presentarse sucesivamente, como son:

**La proposición de diligencias de investigación y medios de prueba**, que corresponde al imputado en las mismas condiciones y términos en que puedan hacerlo las acusaciones; derecho sometido, a la facultad directora del Juez de Instrucción que admite o rechaza apreciando o no la pertinencia y utilidad de las propuestas.

**En el momento de la práctica de la prueba**, tanto de la propuesta por la acusación como por la propia defensa, concediendo, pues, las mismas posibilidades de interrogar en forma contradictoria a los testigos e intervenir activamente en la práctica de las demás diligencias propias de la instrucción, posibilidad que, también se ha dicho, no implica la asistencia efectiva, salvo a determinadas diligencias, y sí la necesidad de la notificación de aquella práctica para posibilitar esa intervención, que garantiza el cumplimiento de los principios de contradicción y de igualdad de armas.

Pero también es verdad que **esa necesidad de notificación de la práctica de declaraciones testificales la ha matizado el Tribunal Constitucional** que en auto 8/1999, de 20 de enero, inadmite el recurso de amparo de quien reclama vulneración del principio de contradicción y de defensa por no haber sido citado para declaraciones testificales practicadas en fase de instrucción.

**El Tribunal Constitucional estimó que aquella falta de notificación de las testificales en fase sumarial y la consecuente inasistencia del imputado, no fue suficiente para generar indefensión material que fundamentase la vulneración constitucional que se achacaba al Juez de Instrucción.** Dice el auto “No obstante reconocer, como este Tribunal ha hecho en otras ocasiones, que la cuestión relativa a la participación o no de las partes a lo largo de la fase instructora del proceso penal presenta un inequívoco alcance constitucional, es doctrina reiterada que las diligencias sumariales son actos de investigación encaminados a la averiguación del delito y a la identificación del delincuente (art. 299 LECrim), las cuales no constituyen en sí mismas pruebas de cargo. La instrucción previa, se llame diligencias o de cualquier otro modo, tiene una indudable naturaleza análoga, sino idéntica a la del sumario y, como éste, la misma finalidad”.

“A la vista de lo alegado en la demanda, las vulneraciones constitucionales se achacan a los órganos judiciales por no haber notificado al actor la práctica durante la instrucción de tres declaraciones testimoniales, pero no se fundamentan en una ausencia de contradicción de la prueba testimonial practicada en el acto del juicio oral, acto en el cual debió llevarse a cabo la misma”.

**“En consecuencia, ninguna indefensión, generadora de lesión del derecho a la tutela judicial efectiva ha sufrido el recurrente. Este, en su escrito de calificación de la causa, pudo proponer la declaración de los testigos cuyo interrogatorio le interesaba para que ésta se llevase a cabo en el acto del juicio oral. De hecho la declaración de los testigos se produjo en el plenario, tal y como puede deducirse de las sentencias impugnadas”.**

**“Aunque existiese alguna irregularidad procesal derivada de la falta de citación para presenciar tales declaraciones, dicha irregularidad no se ha traducido en una indefensión material”. Una vez más la importancia y afirmación de la necesidad de indefensión material como fundamento de la vulneración constitucional.**

A mayor abundamiento, conviene recordar que **la asistencia letrada no conlleva la necesaria e ineludible asistencia del defensor a todos y cada uno de los actos instructorios o de la fase de instrucción.** Así el Auto del T.C. 75/03 de 3 de marzo establece que: “Sin embargo, ha de tenerse en cuenta que, si bien la constitución garantiza la asistencia del Abogado (arts. 17.3 y 24) en todas las diligencias policiales y judiciales, de ello no se deriva “la necesaria e ineludible asistencia del defensor a todos y cada uno de los actos instructorios”. En particular **este Tribunal ha reclamado dicha intervención sólo “en la detención y en la prueba sumarial anticipada,** actos procesales en los que, bien sea por requerirlo así expresamente la Constitución, bien por la necesidad de dar cumplimiento efectivo a la presunción de inocencia, el ordenamiento procesal ha de garantizar la contradicción entre las partes”. **En consecuencia, “en los demás actos procesales y con independencia de que se le haya de proveer de Abogado al preso y de que el Abogado defensor pueda libremente participar en las diligencias sumariales, con las únicas limitaciones derivadas del secreto instructorio, la intervención del defensor no deviene obligatoria hasta el punto de que hayan de estimarse nulas, por infracción del derecho de defensa, tales diligencias por la sola circunstancia de la inasistencia del Abogado defensor”.**

**2) Indefensión por no haber podido intervenir en la ratificación de los informes policiales.-**

Para examinar esta materia en sus justos términos, hemos de hacer una breve referencia al **momento procesal idóneo de la prueba:** Sabido es que como regla general, la prueba objetiva y válida es la que se practica en las sesiones del juicio oral, bajo los principios de publicidad, inmediación, contradicción y defensa; pero ello no significa que haya de negarse toda

eficacia a los actos de investigación sumarial y en concreto a las declaraciones prestadas ante la policía o ante el Juez instructor, siempre que concurren las formalidades que la Constitución y el ordenamiento procesal establecen.

Ello significa que el resultado de tales declaraciones puede integrar el contenido de la auténtica actividad probatoria desarrollada en el juicio oral y, por lo mismo puede fundarse en tales declaraciones la convicción judicial, **siempre que se hayan reproducido en el plenario, no a través de la forma ritual al uso, sino en efectivas condiciones de inmediatez, oralidad, publicidad y contradicción.**

Así cuando se produce una diferencia entre testimonios probatorios sumariales y los manifestados ante el Tribunal sentenciador, se puede someter a contraste su contenido y depurar las discordancias para obtener de forma directa una conclusión válida sobre la veracidad de unas u otras.

El Tribunal sentenciador no puede caprichosamente optar por el material probatorio existente en el sumario, sino que debe explicar y argumentar las razones que le han llevado a considerarlo verosímil y fiable. Sólo con estas cautelas se puede dar paso a pruebas obtenidas en la fase de investigación, al margen de la publicidad y fuera de la presencia de los órganos juzgadores.

**Las diligencias sumariales son actos de investigación encaminadas a la averiguación del delito e identificación del delincuente (art. 299 LE.Crim.), que no constituyen en sí mismas pruebas de cargo** pues su finalidad específica no es la fijación definitiva de los hechos para que estos trasciendan a la resolución judicial, sino la de preparar el juicio oral, proporcionando a tal efecto los elementos necesarios para la acusación y defensa.

**A título de excepción, se señalan la prueba sumarial anticipada y preconstituida**, que tiene validez siempre que se haya obtenido con la estricta observancia de los requisitos legalmente establecidos, a saber:

a) Material: que verse sobre hechos que, por su fugacidad no puedan ser reproducidos el día de la celebración del juicio oral.

b) Subjetivo. Que sean intervenidas por la única autoridad dotada de la suficiente independencia para generar actos de prueba, cual es el juez de instrucción. Todo ello sin perjuicio de que, por especiales razones de urgencia, también está habilitada la policía judicial para efectuar determinadas diligencias de constancia y a recoger y custodiar los elementos del cuerpo del delito.

c) Objetivo: cual es la necesidad de que se garantice la contradicción, con la cual, siempre que sea factible, se le ha de permitir a la defensa la posibilidad de comparecer en la ejecución de dicha prueba sumarial, a fin de que pueda interrogar al testigo o preguntar al perito

d) Formal: como lo es la exigencia de un lado de que el régimen de ejecución de la prueba sumarial sea el mismo que el del juicio oral; así como que su objeto sea introducido en dicho juicio público mediante la "lectura de documentos" la cual ha de posibilitar someter su contenido a confrontación con las demás declaraciones de los demás intervinientes en el acto del juicio oral.

Pero, fuera de estos casos, es imperativa la regla general de que verdaderas pruebas son las que se practican en el plenario.

Y, como después se volverá a recordar, será en el plenario donde pueda examinarse el rigor científico y fáctico de los informes policiales de referencia, pues aún reconociéndole, en su caso, el valor de informes periciales, la realidad es que los peritajes efectuados en la fase sumarial no tiene, en principio, mayor valor probatorio que el de un mero acto de investigación, careciendo, en caso de impugnación, de virtualidad probatoria definitiva si no se reproduce en toda su extensión, por exigencia de los ya mencionados principios procesales, en el plenario con ratificación de los autores del mismo, tal y como señala la STC de 16 de octubre de 1990.

Es más, la STS de 23 de Enero de 1987 distingue y establece que las opiniones e informes no cualificados de la Policía Judicial, no tienen otro valor que el de la mera denuncia. Por el contrario, cuando se trata de informes emitidos por Gabinetes de los que dispone la Policía, tendrán al menos valor de dictámenes periciales especialmente si se ratifican en el juicio oral.

**Y, efectivamente, será en el plenario donde puedan las partes someter a interrogatorio a sus redactores, poniéndole de manifiesto los errores y ambigüedades en que pudieran haber incurrido, confrontando incluso el contenido de tales informes con los que hayan podido realizar las partes.**

**3) No se dio a las partes traslado de los informes de la Udyco, limitándose a comunicarle que las copias quedaban a su disposición en la secretaria.**

Se reitera una vez más ante el Tribunal esta cuestión sobre la que ya tuvo ocasión de pronunciarse la Sala, por lo que pese a los razonables argumentos contenidos en el escrito de recurso, la Sala mantiene su criterio y se limita a transcribir parcialmente el contenido del Auto nº 127/09, de fecha 24-3-09 recaído en el recurso de queja nº 48/09. En el mismo se dijo literalmente:

Con carácter alternativo interesa el recurrente que se reconozca y declare el derecho de esta parte a recibir del Juzgado copia de los documentos e informes policiales o de la Agencia Tributaria o de cualesquiera otra institución que, como diligencias sumariales se acuerden sean unidas a la causa, especificando aún más en el suplico del recurso, que es el que fija definitivamente la cuestión debatida en el recurso, que **"le sean entregadas por el Juzgado copia de cuantas diligencias sumariales sean incorporadas a las actuaciones"**. Hagamos las siguientes precisiones:

1) El art. 118 de la LECrim establece que: "Toda persona a quien se impute un acto punible podrá ejercitar el derecho de defensa, actuando en el procedimiento... debiendo ser representados por procurador y defendidas por letrado", precepto que tiene como consecuencia que inmediatamente deba darse al imputado traslado de la denuncia o querrela confiriéndole la condición de parte para que pueda proveer a su defensa. Y desde el momento que es tenido por parte le corresponde **el derecho de acceder al proceso para tomar conocimiento de las actuaciones practicadas**, salvo el supuesto excepcional de que se declaren secretas las actuaciones, que se le notifiquen las que se practiquen en lo sucesivo y poder intervenir en el curso de la instrucción, deduciendo las peticiones y pretensiones que consideren conducentes a su derecho, incluida la interposición de recursos. De modo que puede decirse que la adquisición de la condición de imputado y el ejercicio del derecho de defensa aparecen indisolublemente unidos. Por su parte el art. 302 de la LECrim. reseña que: "Las partes personadas podrán tomar conocimiento de las actuaciones e intervenir en todas las diligencias del procedimiento". De conformidad con ello, reiteramos, que todas las partes formales han de tener acceso a toda la información de la fase instructora, comprendiendo este derecho de información su aspecto pasivo como es la lectura de las diligencias, como el activo o derecho a tomar notas, recibir copias o instar del Secretario judicial los oportunos testimonios de particulares (art. 234 LOPJ).

2) En el presente caso, ya se ha pronunciado esta Sala en resoluciones anteriores sobre la **complejidad del conocido como "Caso Malaya"** derivada de la naturaleza patrimonial de algunos de los delitos imputados, sustentados supuestamente sobre ficticias sociedades superpuestas, lo que unido al elevado número de delitos imputados y de personas procesadas, determina el extraordinario volumen de estas actuaciones. Baste a título de ejemplo el propio contenido del escrito de recurso en el que se hace referencia a determinados escritos que aparecen numerados como el 28.477, el 34.869 y el 43.860, así como el número de folios que comprende esta causa. Pretender que sean entregados a cerca de las cien representaciones procesales existentes en este proceso "copia de cuantas diligencias sumariales sean incorporadas a las actuaciones", es admisible desde un ejercicio riguroso del derecho de defensa, sería deseable desde un punto de vista procesal, pero es una utopía en el estado que la Administración de Justicia se encuentra en nuestro país.

3) El Sr. Juez de Instrucción ha tratado de paliar en la medida de lo posible esta situación, pues contando con dos gestores, una tramitadora y una funcionaria de auxilio para la tramitación de este procedimiento, ha establecido con los Sres. Procuradores del Partido Judicial, contando con su comprensión y profesionalidad, **un sistema de turnos** de manera que cada uno de ellos se encarga de obtener las fotocopias para entregárselas a sus compañeros. Con todas sus dificultades y limitaciones el sistema está ahí y parece que da sus resultados.

4) En todo caso, reiteramos, el contenido del último precepto legal citado: las partes podrán tomar conocimiento de las actuaciones..., es decir, **las partes**

**pueden acudir a Secretaría y tener puntual y cabal conocimiento de todas y cada una de las actuaciones practicadas**, sin que conste que por el Juzgado se oponga óbice o cortapisa alguna a tal derecho de las partes. Y ello sin perjuicio de que el Juzgado, en la medida de lo posible, procure notificar a las partes el mayor número de actuaciones que le sean posible, y sobre todo aquellas que puedan ser de mayor trascendencia jurídica, como acordó la Sala respecto de una denuncia anónima en su día presentada y claro está todas aquellas que deben ser notificadas por imperativo legal.

5) Finalmente y para concluir, entiende respetuosamente la Sala que no puede analizarse esta cuestión con carácter general, sino que habrá que **analizar cada caso concreto** desde el prisma de los parámetros procesales de la nulidad y la indefensión a los que se ha referido esta misma resolución en su apartado II.1) y cuyo contenido se obvia para evitar innecesarias repeticiones.

#### **4) Indefensión: no se les dio a las partes traslado de los escritos del ministerio fiscal impugnando los recursos.-**

La Sala mantiene los mismos argumentos expresados en la resolución de la cuestión planteada en el apartado anterior. **Pudieron ser examinados en Secretaría por aquellas partes a las que no se les notificara** y, en todo caso, no consta que en principio se le haya producido indefensión alguna a las partes generadora de la nulidad invocada, desde el momento en que las partes **han tenido cabal conocimiento de todos los argumentos del Ministerio Público y las restantes Acusaciones particulares, como lo acreditan las exposiciones amplias y fundamentadas de las representaciones técnicas de los procesados en la Vista de los recursos interpuestos contra el Auto de procesamiento de 28 de julio de 2007**, celebradas los días 19 a 30 de Septiembre de 2009 en la Sección Primera de esta Audiencia Provincial, donde pudieron exponer sin limitación alguna y con pleno conocimiento de la causa, los argumentos que consideraron convenientes en interés y defensa de sus representados. Por lo que huelga hablar de indefensión como requisito previo y necesario para obtener la nulidad invocada.

Dicho sea todo ello con absoluto respeto hacia el derecho de defensa y en el deseo compartido por todos de que la instrucción hubiera podido ser más correcta si la complejidad de la causa lo hubiera permitido.

#### **5) Indefensión: tres años para presentar los informes de la policía y dos días a los letrados para rebatirlos.-**

Ya hemos expuesto en esta resolución que los tribunales deben garantizar el derecho a la contradicción y a la igualdad de las armas procesales, ínsitas en el derecho de defensa y en el derecho a un proceso con todas las garantías legales.

En base a ello **forzoso sería darle la razón a las partes** de que resulta absolutamente desproporcionado el hecho objetivo del que utilice la Policía el

dilatado período de tiempo de casi tres años para emitir un informe policial y que, sin embargo, se de a las partes 2 días para rebatirlo. **La desproporción es evidente.** Y, además, sería injusta si se aplicase a rajatabla tal baremo.

Lo que ocurre, es que la Sala advirtiendo los razonables argumentos de la defensa, entiende que ese plazo de dos días ha de considerarse como puramente formal, pudiendo las partes desde que tuvieron conocimiento de tales informes, **formalizar la contraprueba pericial que tengan por conveniente, que será admitida por la Sala hasta el momento mismo de la celebración del plenario, pues es criterio y norte de la misma el evitar, dentro del límite de sus facultades legales y jurisprudenciales, cualquier impedimento procesal que impida el derecho de defensa y produzca indefensión.**

Recordando, una vez más, a estos efectos la doctrina jurisprudencial contenida en las SSTS de 16-1-95 y 24-1-95 de que “no existe indefensión con relevancia constitucional, ni tampoco con relevancia procesal, cuando aún concurriendo alguna irregularidad, no se llega a producir efectivo y real menoscabo del derecho de defensa, con el consiguiente perjuicio real y efectivo para los intereses de la parte afectada.

#### **6) Indefensión por no poder intervenir con plazo razonable entre el alzamiento del secreto sumarial y el auto de procesamiento.-**

Si relacionamos esta materia con **el secreto sumarial**, la doctrina constitucional, tras recordar que el derecho de defensa debe extender sus efectos en todos los momentos del proceso, incluida la fase sumarial, sin embargo, ya la STC 174/01 de 26 de julio señala las excepciones derivadas de la declaración de secreto sumarial que solo rige en la fase de instrucción, al establecer que: “En este punto ha de retomarse la pretensión relativa a las vulneraciones ocasionadas por la adopción del secreto del sumario... y hemos señalado **que sólo podría tener relevancia constitucional la imposibilidad de contradecir las declaraciones testificales prestadas ante el Juez de Instrucción durante la fase secreta del sumario, si se hubieran introducido en el proceso como pruebas constituidas, pues la legitimidad constitucional de la prueba preconstituida requiere que se haya practicado con garantía de contradicción...** Añadiendo que si bien en principio las pruebas deben practicarse ante el acusado, en audiencia pública y en debate contradictorio, ello no significa que no puedan valorarse en ningún caso las declaraciones efectuadas durante la instrucción, **siempre que se respeten los derechos de defensa del acusado, esto es, siempre que se dé al acusado una ocasión adecuada y suficiente para contestar los testimonios de cargo e interrogar a su autor, sea en el momento en que presta la declaración, sea con posterioridad**”.

Y no cabe duda de que **la Sala permitirá en el plenario el más amplio ejercicio del derecho de defensa, dentro de los límites legales, adoptando las medidas prevenidas en los apartados 29 y 30 de esta resolución, como**

**único medio de subsanar las limitaciones que hayan podido producirse por la especial naturaleza de este procedimiento.**

**7) Procesamiento mientras estaba pendiente la recusación del Sr. instructor por concesión-aceptación de medallas.-**

Se alega por los recurrentes violación del derecho a un proceso con todas las garantías y **el derecho a un Juez imparcial**, entendiendo que no se cumple en el presente caso, toda vez que **el Sr. Instructor ha dictado y se ha notificado el Auto de procesamiento estando pendiente incidente de recusación del mismo por haber recibido y aceptado una condecoración al mérito policial y una segunda condecoración otorgada por la Gestora del Ayuntamiento de Marbella, Corporación que se encuentra constituida en el proceso como Acusación particular.**

Pues bien, la Sala ya ha tenido ocasión de pronunciarse tangencialmente sobre esta cuestión, mediante Auto nº 714/07 de 22 de noviembre de 2007, al haber interpuesto recurso de apelación contra la providencia de fecha 6-8-07 dictada por el Instructor Sr. Torres en la que se tenía por subsanado el defecto de falta de poder especial para la recusación y se declara no haber lugar a la tramitación del incidente de recusación, por haber quedado vacío de contenido dicho incidente al haber cesado el Instructor Sr. Torres en el Juzgado de Instrucción nº 5 de Marbella.

El mencionado Auto de la Sala contenía la siguiente argumentación jurídica que transcribimos literalmente:

“Se sustenta jurídicamente el recurso en lo dispuesto en los arts. 60 y 61 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, alegando, en consecuencia que durante la sustanciación de la pieza separada no podrá intervenir el recusado en la causa, siendo sustituido por quien corresponda, salvo en los casos de que el recusado sea un Juez Instructor que tan sólo podrá practicar aquellas diligencias urgentes que no puedan dilatarse.

Pero tales preceptos legales han sido sustituidos por lo dispuesto en los arts. 217 y siguientes y concordantes de la Ley Orgánica del Poder Judicial en su redacción dada por la Ley Orgánica 19/03 de 23 de diciembre, en relación con lo dispuesto (que resulta ser de idéntico contenido a esta última ley) en el art. 107 y siguientes de la Ley 1/2000 de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil, en cuya Disposición Final Duodécima titulada de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal se modifica una serie de artículos como el 54, 56, 63, 68... Concretamente el art. 54 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal queda redactado en los siguientes términos: "La abstención y la recusación se regirán, en cuanto a sus causas por la Ley Orgánica del Poder Judicial, y en cuanto al procedimiento, por lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil".

Por su parte la Disposición Final 17ª de la LEC sobre "Régimen transitorio en materia de abstención y recusación..." remite para la aplicación de los preceptos reformados de dicha ley a la reforma de la Ley Orgánica del Poder

Judicial, que lo ha sido ya, como queda dicho, por la citada ley 19/03 de 23 de Diciembre. De todo ello se desprende que **la recusación de Jueces y Magistrados se rige por la Ley Orgánica del Poder Judicial en cuanto a las causas de recusación, y por la Ley de Enjuiciamiento Civil en cuanto al procedimiento**, deviniendo, pues, inaplicables los preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal invocados vía recurso, pese a los razonables argumentos contenidos en el cuerpo del mismo.

Sentado lo anterior, comprobamos como la recusación del Sr. Instructor se presenta en fecha 18-7-07, dictando el Juzgado resolución de fecha 24 de julio por la que se requería al recusante que aportase el poder especial que a tales efectos exige el art. 107.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (art. 223 L.O.P.J) subsanándose dicha carencia mediante poder Notarial levantado en el Centro Penitenciario de Albolote con fecha 26 de julio manifestándolo así el Letrado ante el Juzgado el día 27 de julio fecha en que se tomó declaración al testigo D. Jorge González Alonso y en cuya diligencia las representaciones de los procesados interesaron la suspensión antes de su práctica, formulando protesta ante la denegación de suspensión.

Antes de practicar dicha prueba testifical, el Sr. Instructor tras exponer la fundamentación jurídica de la Ley Orgánica del Poder Judicial que consideraba aplicable al caso, manifestó que no concurría causa alguna de abstención o de recusación y procedió a la práctica de la prueba.

El art. 107.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (art. 223.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial) señala que **"formulada la recusación se dará traslado a las demás partes del proceso para que, en el plazo común de tres días, manifiesten si se adhieren o se oponen a la causa de recusación propuesta o sí, en aquel momento, conocen alguna otra causa de recusación"**. Luego si el requisito formal imprescindible de poder especial se conoció subsanado el día 27 de julio, el Sr. Instructor dispuso de los 3 días siguientes 28, 29 y 30 de julio para cumplimentar el trámite de audiencia a las partes, extremo este que no se llegó a cumplimentar por cesar el Sr. Instructor cuya recusación se proponía, el día 30 de julio de 2007.

Por su parte el art. 109.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (art. 225.1 L.O.P.J) establece que: **"Dentro del mismo día en que finalice el plazo a que se refiere el apartado 3 del art. 107 o en el siguiente día hábil, pasará el pleito o causa al conocimiento del sustituto, debiendo remitirse al Tribunal al que corresponda instruir el incidente el escrito y los documentos de la recusación"**. Del tenor literal de este precepto resulta, pues, que **en el caso de que el Sr. Instructor considere que no debe abstenerse y que no existe causa de recusación, debe, o cuando menos puede continuar con el conocimiento de la causa, hasta que transcurridos esos tres días de audiencia de las partes, debe pasar las actuaciones al sustituto**. En el presente caso, ese día sería el día 30 de julio (o la otra posibilidad del día siguiente hábil 31 de julio) lo que evidentemente ocurrió al haber cesado, como queda dicho, el Sr. Instructor el día 30 de Julio. Por ello, ha de concluirse que el Sr. Instructor estuvo habilitado legalmente para instruir la causa hasta el momento mismo del cese

por traslado voluntario a otro Juzgado de su elección, por lo que procede la confirmación de la resolución impugnada, con declaración por ahora de oficio de las costas causadas.”

A mayor abundamiento de las argumentaciones expuestas hemos de recordar que el Auto de Procesamiento lleva fecha de 18 de julio de 2007 y consta de **casi 500 folios**, lo que quiere decir que **el Auto está concluido el mismo día en que se presenta la recusación, día 17-7-07**, no subsanándose el defecto procesal de falta de poder especial hasta el día 27 de julio, es decir, cuando ya el Auto no sólo está concluido sino notificado a algunas de las partes personadas, cesando a continuación el Sr. Instructor el día 30 de julio, por lo que formalmente ningún óbice procesal puede oponerse a la actuación del Sr. Instructor.

Otra cosa es que, a lo largo del juicio oral pudiera acreditarse cualquier tipo de influencia de tales condecoraciones en la actividad procesal del Sr. Instructor.

#### **8) Nulidad por haberse dictado el auto de procesamiento antes de haberse resuelto los recursos contra el auto transformando las diligencias previas en procedimiento abreviado.-**

Se tacha de **precipitado** el dictado del Auto de procesamiento por no haber esperado a la resolución de los recursos interpuestos contra el Auto transformando las Diligencias Previas en Procedimiento Abreviado.

Entiende la doctrina jurisprudencial que **el auto de transformación de diligencias previas en procedimiento abreviado** supone que se están rechazando, aunque sea implícitamente, las restantes alternativas que ofrece el art. 789.5º de la ley de Enjuiciamiento Criminal, singularmente la improcedencia del sobreseimiento y archivo de las actuaciones, por existir méritos suficientes para estimar perpetrado un determinado delito y la participación en el mismo de una determinada persona, todo ello, como es natural a título meramente indiciario y sin que sea ese momento procesal el idóneo para mayores análisis de la materia.

En cuanto a su **naturaleza** el auto de referencia no tiene una función similar a la del Auto de Procesamiento propio del sumario ordinario, pues no tiene el Instructor que especificar tan minuciosamente los hechos que se imputan y la calificación jurídica de tales hechos asumiendo ulteriores funciones propias de la acusación pública y, en su caso, particular, reseñando, al respecto, el Tribunal Supremo que “El referido Auto **debe contener una motivación suficiente aunque sea sucinta, en relación con su naturaleza y finalidad que no es la de suplantar la función acusatoria del Ministerio Público anticipando el contenido fáctico y jurídico de la calificación acusatoria**, sino únicamente conferir el oportuno traslado procesal para que ésta pueda verificarse, así como expresar el doble pronunciamiento de conclusión de la instrucción y de prosecución del procedimiento abreviado en la fase intermedia.”

De ello se deduce que aunque el Auto de Procesamiento, en un orden natural de las cosas y en puridad de principios procesales, debería haberse dictado después de haberse resuelto los reseñados recursos, lo cierto es que su extemporaneidad, vista desde el actual momento procesal, **ninguna indefensión ha producido a la parte que pueda justificar la nulidad interesada, pues tanto el Auto de procesamiento, como el de transformación de Diligencias Previas en Procedimiento Abreviado se basan en indicios de la supuesta perpetración del hecho imputado y de la participación de los imputados en el mismo**, de modo que existiendo tales indicios, dicho sea sin ánimo alguno de prejuzgar, deberá ser en el plenario, bajo los principios de inmediación, contradicción y defensa, donde se dilucide la realidad o no de la imputación, así como la intervención o no del procesado en los hechos.

**9) Extemporaneidad del auto de incoación del sumario por que hacía tiempo que había datos para tal decisión.-**

También sobre este asunto tuvo ocasión la Sala de pronunciarse mediante **Auto nº 215/08 de fecha 8 de Abril de 2009** resolutorio del recurso de apelación nº 19/2008.

En dicha resolución dijo la Sala literalmente que:

- En principio, estamos en presencia de un supuesto legal, expresamente previsto en el vigente art. 760 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Al respecto, la doctrina viene entendiendo que cuando la conversión se realiza desde el procedimiento ordinario al abreviado no existe ningún problema ya que la tramitación del procedimiento ordinario está revestida de mayores garantías y cautelas que la del procedimiento abreviado. Bastará con el correspondiente auto ordenando el cambio y en el que se adopten las oportunas medidas procesales, que ha de ser notificado al imputado, Ministerio Fiscal y partes personadas. **En el supuesto de que el procedimiento abreviado se transforme en ordinario, la ley ordena que se seguirá la tramitación sin retrotraer el procedimiento "más que en el caso de que resulte necesario practicar diligencias o realizar actuaciones con arreglo a dichos preceptos legales"**, como sería la necesidad de que el dictamen pericial se preste por dos peritos. El cambio de procedimiento requiere la oportuna notificación a tenor del último párrafo del artículo.

- **La adecuación al proceso concreto deriva de las cuantías de las penas que han de aplicarse al delito concreto que se imputa y no está sometida a la disposición de las partes. La Ley no prevé ninguna clase de procedimiento con intervención de las partes en esta cuestión de delimitación del proceso a seguir. Se trata de una actividad procesal de atribución exclusiva del Juez Instructor dada la naturaleza de "ius cogens" de las normas procesales.**

Así lo reconoce indirectamente la S.T.S. de 4 de marzo de 2000 en la que se reitera la facultad del Juez de Instrucción para transformar el procedimiento cuando la cuantía punitiva lo exija.

En el mismo sentido la S.T.S. de 29 de octubre de 2004 reseña que **"el Instructor incumplió, dando traslado a las partes para alegaciones y a la vista de la calificación como Asesinato por la Acusación Particular, su obligación, derivada del carácter de orden público de la exigencia de tramitación por el procedimiento adecuado y a la vista de la pretensión de una de las Acusaciones, de adecuación a ese procedimiento, que no podría ser otro que el del Sumario."**

Tratándose, pues, de **una cuestión procesal de pura legalidad**, resulta que la misma determina los periodos de prescripción estipulados legalmente, sin que pueda hablarse, en modo alguno de fraude de ley procesal, como se hace por alguno de los recurrentes.

- Sentado lo anterior, el precepto examinado, en cuanto al ámbito temporal, establece que "Iniciado un proceso de acuerdo con las normas de este título, en cuanto aparezca que el hecho no se haya comprendido en alguno de los supuestos del art. 757, se continuará conforme a las disposiciones generales de esta Ley, sin retroceder en el procedimiento, más que en el caso de que resulte necesario practicar diligencias o realizar actuaciones con arreglo a dichos preceptos legales".

De modo que la indeterminación legal de **la expresión "en cuanto aparezca que el hecho..." no admite plazos ni fechas concretas, sino que ha de entenderse que el momento de la modificación surge cuando el Sr. Instructor adquiere plena convicción de que los hechos revisten los caracteres del subtipo agravado de cuya apreciación y aplicación va a derivar necesariamente el incremento de la pena a imponer; pronunciamiento que exige un perfecto conocimiento de los indicios que existen para llegar a tal conclusión y sobre los que no cabe adelantar pronunciamiento alguno, sin fundamentación indiciaria suficiente**, so pena de perjudicar al reo con la amenaza de unas penas superiores a las que legalmente se hallan previstas para el supuesto concreto enjuiciado.

Y de la propia lectura del Auto impugnado **se evidencia la pluralidad de indicios de carácter económico, empresarial, societario y de las más diversa naturaleza que ha tenido que valorar el Sr. Instructor a lo largo de estos dos años de instrucción, para que, una vez engarzados tales indicios haya podido llegar a la conclusión de que son de aplicación penas superiores a las inicialmente previstas**. Sin que sea de recibo la alegación contenida en algún escrito de recurso de que tales indicios desencadenantes de la aplicación de penas de mayor gravedad existieran desde el inicio de la instrucción de la causa. **La complejidad de la misma es tan evidente y notoria que no puede extrañar que haya transcurrido un tiempo que podemos calificar de razonable para llegar a tal conclusión**, por lo que en modo alguno puede hablarse de extemporánea transformación de

Procedimiento Abreviado en Sumario **y admitiendo desde luego los razonables argumentos de los referidos escritos de recurso de que hubiera sido deseable que se hubiese producido la transformación con antelación para perjudicar lo mínimo posible los intereses de los ahora procesados.**

- Finalmente, **no se produce retroactividad en contra del reo en la transformación de procedimiento estudiado** toda vez que la continuidad delictiva apreciada y consagrada en el art. 74 del Código Penal implica como primer presupuesto una pluralidad de acciones que se aglutinan por imperativo legal bien por la ejecución de un plan preconcebido, bien por el aprovechamiento de una idéntica ocasión, circunstancias que en todo caso exige del transcurso del tiempo, como puede acontecer en el presente caso en que el delito de blanqueo de capitales, se imputa desde años anteriores al inicio del presente procedimiento, noviembre de 2005 por lo que caso de existir el delito y de acreditarse su continuidad delictiva, en el curso de dicha continuidad habría entrado en vigor la nueva normativa. Pero es que además, si finalmente resultase de aplicación el párrafo segundo del art. 74 nos encontraríamos que tanto la legislación anterior como la actualmente vigente prevé la aplicación de la pena superior en uno o dos grados. Y no puede soslayarse que el delito de blanqueo de capitales regulado en el art. 301 y siguientes del Código Penal se encuentre ubicado en el Capítulo XIV del Título XIII rubricado como "Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico" del Libro II de dicho Cuerpo Legal, por lo que en principio podría ser de aplicación el subtipo agravado de referencia.

### **10) Obligación de notificar personalmente el auto de procesamiento.-**

Se interesa asimismo por algunos de los recurrentes **la nulidad del Auto de procesamiento por no haberle sido notificado personalmente a los mismos.**

La Sala ya resolvió que el Auto de procesamiento **debía serle notificado personalmente a todas y cada una de las partes** por lo que se procede a transcribir los razonamientos empleados en su día sobre esta cuestión.

a) El Auto de procesamiento del citado recurrente fue dictado en fecha 18 de julio de 2007 y notificado a la representación procesal del mismo en fecha 3 de Septiembre, solicitando ésta del Juzgado que se le notificara personalmente al interesado, solicitud que fue denegada por Auto de 21 de enero de 2008 que declaró la firmeza del Auto de procesamiento, e interpuesto recurso de apelación contra el mismo fue inadmitido a trámite mediante Auto de fecha 21 de febrero de 2008.

Finalmente, como decíamos, el citado auto de procesamiento **fue notificado personalmente al Sr. Lietor en fecha 3 de Marzo de 2008**, e interpuesto recurso contra el mismo fue inadmitido por providencia de fecha 26 de marzo de 2008.

b) **El debate jurídico** que se suscita no encuentra en nuestra legislación, ni en nuestra jurisprudencia una respuesta clara y contundente. Mantiene el Auto recurrido que **no es preceptiva la notificación del Auto de procesamiento personalmente al procesado, bastando con que se haga la notificación en su representación procesal, basándose para ello en:**

- Que los arts. 182 y 160 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal establecen que no podrá notificarse al Procurador aquellas citaciones que tengan por objeto la comparecencia obligatoria de este, o en las que expresamente se establezca la necesidad de notificación personal; y como **el art. 384 de la mencionada Ley Rituaria no exige expresamente tal notificación personal, no hay porque cumplir tal trámite**, máxime cuando en todo caso quedará personalmente notificado cuando se le reciba la declaración indagatoria. Desde el punto de vista jurisprudencial invoca **la Sentencia 1837/2002 de 11 de noviembre según la cual el art. 384 de la L.E.Cr. no exige la notificación personal del Auto de procesamiento.**

c) El texto literal de la sentencia reseñada y recogida en su fundamento jurídico es el siguiente: "Los recurrentes alegan con apoyo en el art. 24.1 CE que el auto de procesamiento solo le fue notificado a su letrada y que "solo tuvo conocimiento del mismo en el momento de la indagatoria". Por lo tanto considera infringido el art. 384 LECr, que, dice la defensa, debió serle notificado personalmente el recurrente. El motivo debe ser desestimado. La Sala debe ante todo advertir que el art. 384 LECr no establece lo que el Sr. Abogado Defensor dice. Pero, en todo caso, el auto de procesamiento queda personalmente notificado cuando se lo pone en conocimiento del recurrente para serle recibida declaración indagatoria. Tal procedimiento no ha afectado ninguno de los derechos que la defensa o el procesado por sí hubiera podido ejercer en ejercicio del derecho que le acuerda el art. 24.1 CE. En particular no le ha impedido interponer los recursos autorizados por la ley procesal."

d) Por otro lado, esta misma cuestión es planteada también en la **sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo nº 194/2002 de 21 de noviembre** que literalmente establece en su fundamento de derecho segundo: "Como primer motivo de los del recurso, por el cauce del art. 849.1 LECrim. en relación «el art. 5.4 LOPJ, se ha denunciado vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías, del art. 24.2 CE. El argumento es que el auto de procesamiento no fue notificado al que recurre, lo que acarrearía como consecuencia la nulidad de pleno derecho de la declaración indagatoria, resultando patente que en la causa se prescindió de normas esenciales de procedimiento. En apoyo de esta afirmación, se señala que la notificación que consta al folio 1069 lleva la referencia expresa al sumario 911999-N, que no es el correspondiente a esta causa; que tal diligencia carece de autenticidad, porque falta la firma del secretario; y que, en fin, la que figura al pie del texto no es la del recurrente.

La Sala de instancia tuvo ocasión de pronunciarse sobre este asunto, cuya consideración había sido ya suscitada por distintos acusados en un momento anterior del trámite, y puso de manifiesto que, si bien es apreciable

el error en la designación de la causa y la carencia de intervención del funcionario que tendría que haber autorizado tales actos de comunicación, la autenticidad de las firmas de los reseñados como destinatarios de los mismos (salvo en el caso de Leire P., que no firmó), es apreciable a simple vista. A lo que habría que añadir -señala- que **las mismas actitudes de rechazo de las imputaciones observadas en todos los casos en la indagatoria, permiten entender que existía información bastante al respecto y también conocimiento previo de la naturaleza del acto**; así como, en fin, que en todos los casos, esta declaración se prestó con asistencia de letrado de confianza. Por lo demás -concluye- **es claro que los interesados debieron tener constancia del auto objeto de notificación a través de sus procuradores** y, además, no se hizo manifestación alguna en el sentido de esta impugnación durante el trámite de instrucción.

e) Pues bien, examinando detenidamente ambas resoluciones hemos de convenir dos puntos esenciales:

- Que el art. 384 LECrm no exige la notificación personal del Auto de procesamiento.

**- Que lo esencial, como no podía ser de otra manera, es que dicha notificación, se efectúe de una manera u otra, no haya producido la indefensión generadora de la nulidad a la que se refieren los arts. 11 y 268 y siguientes de la Ley Orgánica del Poder Judicial.**

Así las cosas, se observa en el asunto ahora sometido a la decisión de este Tribunal que tras la notificación del Auto de procesamiento a la representación procesal del Sr. Lietor, ante los escritos de esta última, el Juzgado opta por notificarle personalmente tal resolución al procesado. Pues bien: realizada esa segunda notificación al interesado; no siendo necesaria la doble notificación realizada; no constando tampoco la última notificación realizada a la última de las partes personadas; **y siendo criterio de esta Sala que el Auto de procesamiento es una institución establecida, al menos formalmente, como una garantía del procesado y desde luego de enorme trascendencia, debe ser notificada personalmente al interesado, por lo menos cuando lo solicite, a fin de evitar todo viso de indefensión**; y finalmente, que pese a esa notificación personal, fue inadmitido a trámite el recurso de reforma y subsidiario de apelación contra el Auto de procesamiento que fue declarado firme; por todo ello, entiende la Sala que se ha podido producir la indefensión de la parte, como igualmente entiende el Ministerio Fiscal al adherirse al escrito de recurso, por lo que considera que el dies a quo para computar el plazo de interposición de los mencionados recursos habrá de contarse a raíz de la notificación personal de dicha resolución al interesado que tuvo lugar el día 3 de Marzo de 2008, por lo que previa estimación del recurso de queja, se revocan en este extremo las resoluciones impugnadas.

## **11) Efectos de la falta de notificación del auto de procesamiento.-**

Pero es que en el hipotético supuesto de que no se hubiere producido la notificación del Auto de Procesamiento, **tal circunstancia por sí sola no determina la nulidad del mismo, en tanto en cuanto no se acredite que se ha producido indefensión.**

Así lo reconoce la reseñada STS nº 194/2002 de 21 de noviembre al establecer: **No obstante lo anterior, importa señalar que la notificación del auto de procesamiento en forma legal es, efectivamente, una garantía procesal del imputado que tendría que haberse observado, lo que hace indisculpable el descuido. Ahora bien como es sabido y resulta de consolidada jurisprudencia del Tribunal Constitucional, aunque la entrada en vigor de la Constitución obliga a interpretar y aplicar toda la legislación procesal penal en clave constitucional, ello no implica que cualquier infracción de una regla de procedimiento adquiera de inmediato relevancia constitucional (STC 93/1987, de 3 de junio).**

Lo que sí está imperativamente proscrito con ese grado de radicalidad es la existencia de indefensión, que se da cuando, con infracción de una norma procesal, el órgano judicial en el curso del proceso impide a una parte el ejercicio del derecho de defensa, limitando materialmente sus posibilidades de alegar, replicar frente a las alegaciones de contrario y proponer prueba (STC 52/1999, de 12 de abril).

... El auto de procesamiento es un acto de imputación formal y su notificación tiene por objeto comunicar al interesado los términos concretos de la acción delictiva que se le reprocha y su valoración legal, a tenor de los datos de hecho que en ese momento existan en la causa. En este caso, la indefensión relevante tendría que venir dada por la circunstancia de que el defecto procesal alegado hubiera impedido realmente al afectado tener constancia cierta y plena del delito objeto de persecución.

Nada de eso ocurrió, y por el contrario, todo indica de manera incontestable que **cada uno de los procesados, al ser indagado, contaba con ilustración expresa y completa sobre los hechos a él atribuidos en la causa –que es en lo que consiste la imputación correctamente formulada, según el Tribunal Constitucional, en su conocida sentencia de 15 de noviembre de 1990 (RTC 1990, 186)- de modo que pudo articular bien su defensa.**

Así, en el caso de que se trata, e incluso aceptando con fines meramente dialécticos, pues no es lo sucedido, que, en efecto, la notificación del auto de procesamiento no hubiera llega a producirse, no puede ser más claro que los acusados en esta causa, en general, y, desde luego, el recurrente, en particular, tuvieron plena constancia de la concreta clase de acciones y de la responsabilidad penal que en ella se ponían a su cargo. Y esto, por la claridad y minuciosidad con que se produjeron los interrogatorios policiales y judiciales y, luego, por la preocupación y la dedicación puesta de manifiesto por sus defensores de confianza en tales momentos del trámite. Todo lo que hace ciertamente insostenible la afirmación de que al concluir la

instrucción de la causa alguna de los afectados por ella y, por lo que hace a la impugnación que se examina, aquél en cuyo interés se suscita, pudiera haber padecido indefensión debida a ese motivo. De manera que este aspecto de la impugnación debe ser desestimado.

**12) Se ha notificado el auto de procesamiento mediante archivo informático sin intervención de la Sra. secretaria judicial.-**

Alega asimismo algún recurrente que se ha notificado el Auto de procesamiento mediante archivo informático sin intervención de la Sra. Secretaria Judicial. Tal alegación no supone reproche procesal invalidante en modo alguno. **El soporte informático, realizado por funcionarios especializados de la Junta de Andalucía ha sido remitido a los distintos Procuradores por la Secretaría del Juzgado con la debida fiscalización de su titular**, mediante remisión material de los CD, en sustitución de los habituales folios impresos, a la Delegación del Iltre. Colegio de Procuradores de Marbella, por parte del Funcionario encargado materialmente de tal menester y recepcionado por el Colegio que en prueba de ello estampa el Sello del Colegio (Art. 272 Ley Orgánica del Poder Judicial) e incluso en muchos de ellos firma también el propio Procurador o personal habilitado al efecto.

No se puede interesar de la Sra. Secretaria la realización de tareas mecánicas que no corresponden a su función de fedataria.

Por lo que constando en las actuaciones las referidas y pertinentes notificaciones a los Procuradores, ningún defecto procesal se observa por la Sala en las mismas.

**B) Cuestiones resueltas por Auto de fecha 10-12-2010 de esta Sala:**

- 1.-Admisión de cuestiones previas en procedimiento sumario.
- 2.-Admisibilidad de pruebas antes del plenario.
- 3.-Competencia del Tribunal del Jurado.
- 4.-Competencia de la audiencia nacional.
- 5.-Recursos contra esta resolución.
- 6.-Cosa juzgada y litispendencia.
- 7.-Prescripción.
- 8.-Juez predeterminado por la ley.
- 9.-Nulidad por vulneración de normas de reparto.

- 10.-Juez imparcial.
- 11.- Escuchas telefónicas.
- 12.-Entradas y registros.
- 13.-Detenciones.
- 14.-Derecho de defensa.
- 15.-Instrucción policial.
- 16.-Cadena de custodia.
- 17.-Pericial- testifical de agentes.
- 18.-Indefensión por secreto sumarial dilatado.
- 19.-Derecho a ser informado de la acusación.
- 20.-Nulidad primeras declaraciones.
- 21.-Declaración como testigo del después acusado.
- 22.- Nulidad auto de procesamiento.
- 23.- Recusación de Magistrada.
- 24.-Denuncia masiva de nulidad de actuaciones.
- 25.-Presunción de inocencia.
- 26.-Principios de legalidad y seguridad jurídica.
- 27.-Dilaciones indebidas.
- 28.-Ausencia de secretario judicial.
- 29.-Falta de foliación.
- 30.-Sistema de bridas.
- 31.-Extravío de 5000 folios.
- 32.-Nulidad de documentación que no haya podido ser examinada..
- 33.-Todas las actuaciones.

- 34.-Inconcreción de las acusaciones.
- 35.-Acusaciones sorpresivas.
- 36.-Falta de legitimación del Ayuntamiento de Marbella.
- 37.-La Junta de Andalucía como acusación popular.
- 38 -Deducción de testimonios.
- 39.-Escuchas señora Corulla.
- 40.- Pruebas denegadas.
- 41.-Cuestiones de fondo.

## I Cuestiones previas planteadas

### 1) Admisión de cuestiones previas en procedimiento sumario

La Sala ya se pronunció en Auto de fecha 24 de Agosto de 2010 sobre **la reconversión de artículos de previo pronunciamiento en cuestiones previas dada la especial complejidad de esta causa y la necesidad de evitar, en la medida de lo posible, indeseadas dilaciones indebidas**. En dicha resolución se dijo literalmente:

Ciertamente el artículo 666 y siguientes y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal establece que **“Serán tan sólo objeto de artículos de previo pronunciamiento las cuestiones o excepciones siguientes:**

1. La declinatoria de jurisdicción
2. La de cosa juzgada
3. La de prescripción del delito
4. La de amnistía o indulto
5. La falta de autorización administrativa para procesar, en los casos en que sea necesaria con arreglo a la Constitución y a las leyes especiales”.

Recoge pues la Ley de Enjuiciamiento Criminal un mecanismo propio distinto e independiente del Procedimiento Abreviado para hacer valer la vulneración de determinados derechos a través del procedimiento establecido en los siguientes artículos de la propia Ley.

**A.-** Del contenido del artículo 666 parece desprenderse que estamos hablando de motivos tasados, dado el tenor literal del mismo. Ha sido la doctrina y la jurisprudencia la que ha entendido que las cuestiones encauzables por la vía de los artículos de previo pronunciamiento son ampliables a nuevos supuestos. Así se deduce de la interpretación del citado artículo en relación con el artículo 11.3º de la Ley Orgánica del Poder Judicial. También lo respalda la S.T..S. 13-3-68 que señala que a pesar de la dicción limitativa del artículo 666, el cauce del artículo 667 ambos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal “se estima por el Tribunal Supremo por la doctrina científica más certera como el adecuado para formular cualquier incidente atípico de matiz procesal penal, pues su enumeración no es exhaustiva sino **descriptiva**”.

Lo que ocurre, a criterio de la Sala, es que por muy flexible y abierta que se haga la interpretación del referido precepto legal, **jamás podría ser tan amplia como para cobijar la batería de cuestiones procesales y de nulidades que ya han anunciado las partes que presentaran como cuestiones previas al juicio oral**, de las que son claro ejemplo y exponentes las ya resueltas o sobre las que ya se ha pronunciado en principio la Sala a través de los Autos resolutorios de los recursos de apelación interpuestos contra los Autos de procesamiento.

Volveremos a referirnos a este tema.

**B.- MOMENTO PROCESAL. POR IMPERATIVO LEGAL LOS ARTÍCULOS DE PREVIO PRONUNCIAMIENTO, LOS INCIDENTES DE NULIDAD DE ACTUACIONES O LAS CUESTIONES PREJUDICIALES, EN SU CASO, HAN DE SER PROMOVIDOS PRESENTANDO EL CORRESPONDIENTE ESCRITO DENTRO DE LOS TRES PRIMEROS DÍAS, A CONTAR DESDE EL DE LA ENTREGA DE LOS AUTOS PARA CALIFICACIÓN, PLAZO RIGUROSAMENTE COMPUTADO CONFORME A DERECHO. DE NO HACERSE ASÍ, EL TRIBUNAL DICTARÁ RESOLUCIÓN DENEGANDO LA ADMISIÓN A TRÁMITE DE LA EXCEPCIÓN O CUESTIÓN PROPUESTA, SIMPLEMENTE POR NO HABERLO SIDO EN MOMENTO PROCESAL OPORTUNO Y SIN ENTRAR EN SU FONDO SOBRE SU ADMISIBILIDAD O INADMISIBILIDAD.**

Precisamente **ha sido la jurisprudencia la que ha flexibilizado** el rigor de este plazo de tres días contenidos en el artículo 667 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y en atención a la importancia y trascendencia de las cuestiones debatidas en estos artículos de previo pronunciamiento, señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 7-5-1997 al referirse precisamente a la cosa juzgada que al afectar al derecho fundamental a un proceso con todas las garantías que se vulneraría al admitir un doble enjuiciamiento por el mismo hecho y ser además una cuestión de orden público procesal, puede ser apreciada de oficio por el Tribunal, por lo que **“es irrelevante el**

## **cumplimiento o no del plazo previsto en el citado artículo 667 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal”.**

**C.-** El planteamiento de los artículos de previo pronunciamiento, aunque propio del procedimiento ordinario, **no es único**.

Así entiende la doctrina que antes de efectuar el escrito de calificación provisional tiene las partes diversas opciones:

-Proponer alguno o algunos de los artículos de previo pronunciamiento del artículo 666 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, según el esquema incidental regulados en los artículos 667 al 679 de la misma Ley.

-Promover incidente de nulidad de actuaciones como artículo atípico de previo pronunciamiento.

-Plantear cuestión prejudicial (artículos 3 al 7 de la L.E.Cr. en el mismo término de tres días.

Por otro lado y como ya se ha adelantado,

-Tratándose del Ministerio Fiscal no tiene porque esperar al Trámite de calificaciones provisionales para proponer, por ejemplo, la declinatoria de jurisdicción, sino que se puede promover tales cuestiones “en cualquier estado de la causa” (art. 19-4º LECr.)

-Respecto de la cosa juzgada ya hemos visto que puede ser estimada en cualquier estado del procedimiento incluso de oficio, como igualmente sostiene la STS. 12-12-1994.

Por lo que **en definitiva la Sala tiene opciones, al margen de los examinados artículos de previo pronunciamiento para resolver tales cuestiones, como sería el trámite de cuestiones previas al acto del juicio oral que ha resuelto aplicar.**

### **D.- Concurrencia con cuestiones previas**

Ya en los Autos resolutorios de los escritos de apelación interpuestos contra los tres autos de procesamiento dijo la Sala que en este Sumario 7/07 iba a admitir el planteamiento de cuestiones previas al acto del Juicio oral, explicitando los argumentos jurídicos que le llevaban a ello.

Así se dijo textualmente sobre la **viabilidad de cuestiones previas en el procedimiento ordinario** que:

Sabido es que en el sumario no existe el trámite de cuestiones previas propio del Procedimiento Abreviado. **Pero dadas las especiales circunstancias concurrentes en el presente sumario 7/07** dimanante del Juzgado de Instrucción nº 5 de Marbella, entiende la Sala que debe concederse tal trámite, salvo la oposición expresa de las partes, **como única forma de garantizar el derecho de defensa y el principio de tutela judicial efectiva.**

Y es que no puede soslayarse el hecho objetivo de que estas actuaciones **se iniciaron por Diligencias Previas que fueron transformadas en Procedimiento Abreviado, denegándose la práctica de algunas diligencias que fueron remitidas al trámite de cuestiones previas propio de dicho procedimiento.** Y como posteriormente el **procedimiento se transformó en sumario, carente de dicho trámite,** es por lo que la Sala para garantizar los referidos derechos, considera conveniente **conceder a las partes la posibilidad de plantear aquellas cuestiones que no hubieran sido ya resueltas con carácter definitivo por la Sala.**

Al respecto, hemos de resaltar que **su expresa configuración institucional en el procedimiento abreviado no impide su traslación funcional, por vía analógica, al ámbito del procedimiento ordinario como ha tenido oportunidad de afirmar el Tribunal Supremo (SSTS 22.4.2002 17.9.2001), rectificando una rigorista línea interpretativa que rechazaba dicha posibilidad.**

**La conveniencia de dicho momento procesal reside, por un lado, en que el objeto procesal ha quedado ya sustancialmente delimitado mediante la presentación de los escritos de conclusiones provisionales, y las partes han podido delimitar, igualmente, el cuadro probatorio del que intentarán hacerse valer para la defensa de sus respectivas pretensiones.** Ello ofrece al Tribunal una inmejorable perspectiva de análisis del conjunto de las actuaciones y permite, por tanto, valorar con más rigor los efectos y los mecanismos de interacción entre los diferentes medios que integran el cuadro probatorio. No puede escaparse al observador experto del proceso penal, entre los que cabe situar en posición aventajada a los letrados de la defensa, que la materia de la nulidad probatoria ha adquirido una singular complejidad.

El tratamiento del cuadro probatorio como un conjunto interaccionado arrastra una consecuencia evidente, como es la imposibilidad material de adelantar aisladamente valoraciones sobre validez y eficacia de alguno de los medios que lo integran, pues se corre el riesgo de respuestas incompletas y de hipertróficas soluciones excluyentes, dice el **Tribunal Constitucional.**

En consecuencia con ello, **en la reunión celebrada con todas las partes el día 19-2-2010 la Sala expuso su criterio de que se plantearán como cuestiones previas todas aquellas incidencias procesales que hubieran podido suponer quebranto de garantías procesales o constitucionales.**

Máxime si tenemos en cuenta como ya se ha señalado que muchas de las vulneraciones de derechos denunciados **difícilmente podrían tener encaje en los citados artículos** de previo pronunciamiento por muy extensiva que se quiera hacer tal pretensión. Basta para ello examinar el amplio catálogo de cuestiones previas que reflejen los escritos de defensa, alguno de los cuales contiene cerca de cincuenta propuestas.

De modo que gran parte de tales cuestiones **quedarían sin posibilidad de resolver**, al no poder entrar en el ámbito de los artículos de previo pronunciamiento, produciéndose así de hecho la indefensión efectiva que veta el artículo 24 de La Constitución.

Si por el contrario para evitar esa indefensión se admitieran todas estas cuestiones como artículos de previo pronunciamiento, se desnaturalizaría igualmente esta institución.

Lo verdaderamente importante para la Sala es que **no se produzca indefensión a las partes**, siendo así que a través de las cuestiones previas se adquiere cuando menos el mismo conocimiento sobre el tema debatido que el que aportaría la tramitación de los reseñados artículos.

**Lo que no considera la Sala conveniente es esa duplicidad de mecanismos de exposición de vulneraciones de derechos. La amplía ya admitida a través de las cuestiones previas y la más restringida de los artículos de previo pronunciamiento.**

Máxime si atendemos a **criterios de economía procesal y de la tutela judicial efectiva, sin dilaciones indebidas.** Han transcurrido cuatro años de instrucción, más casi un año de fase intermedia para poder fijar una fecha de juicio oral; **de un juicio de evidente complejidad, cuyo señalamiento es realmente difícil de cuadrar** dada la relevancia de los profesionales del derecho que deben intervenir en él y de sus despachos profesionales.

La tramitación como artículos de previo pronunciamiento en la forma recogida actualmente en la ley **demoraría enormemente el proceso y suprimiría la fecha del 27 de Septiembre de 2010 como inicio del mismo,**

ya conocida por los Letrados quienes de manera diligente y colaboradora han adaptado sus señalamientos.

De modo que la tramitación de tales artículos de previo pronunciamiento hubiera supuesto el sucesivo **señalamiento de vistas**, toda vez que no todos se han planteado dentro de los tres primeros días a los que hace referencia la Ley, y la consiguiente dilación toda vez que habría que haber esperado a la resolución del último de ellos, para que de conformidad con el artículo 679 de la Ley Rituaria Criminal se comunicara nuevamente la causa por tres días a la parte que los hubiera alegado para que se procediera a la calificación de los hechos.

**Y no es la única norma que la Sala ha venido aplicando de manera flexible y conforme a la realidad del macroproceso** que se está enjuiciando ya que no puede soslayarse el hecho objetivo de la existencia de **95 procesados, 4 acusaciones y numerosos delitos imputados de indudable complejidad, con amplísima prueba documental y testifical a practicar**. Así:

**-Los plazos de instrucción** de las partes y de **calificación provisional** de los hechos han sido **comunes** primero para las acusaciones y después para las defensas, como único medio para evitar el hecho objetivo de que la concesión de 30 días a cada una de las acusaciones y de las defensas (99 partes en total) para la instrucción, y otro tanto para la calificación, realizadas de forma sucesiva como previene la Ley, arrojan un total de casi 6000 días, es decir, casi 20 años para cumplimentar ambos trámites, período de tiempo sencillamente inasumible por la Sala, contrario al derecho a un proceso sin dilaciones indebidas y ajeno a toda idea de justicia.

**-El ya reiterado trámite de cuestiones previas** propia del Procedimiento Abreviado más que del procedimiento sumario.

**-La amplitud de la admisión de pruebas** que ya anunció la Sala en los autos resolutorios de los recursos de apelación interpuestos contra los Autos de procesamiento. Literalmente se dijo en aquella ocasión:

## **2) Admisibilidad de pruebas antes del plenario.**

En la misma línea que la establecida en el apartado anterior y con la misma finalidad de garantizar los reseñados derechos de las partes, **la Sala va a admitir la práctica de aquellas pruebas, pertinentes, necesarias y de rápida obtención, que las partes precisen para garantizar sus intereses y puedan practicarse antes del plenario.**

Al respecto dice la STS de 11 de octubre de 2006 que una no ya reciente línea jurisprudencial abrió **la posibilidad de proponer y admitir prueba con posterioridad a la calificación provisional y anterioridad al comienzo del Juicio Oral, cuando existan razones justificadas para ello y siempre que concurren los requisitos –obvios-, de que esta nueva proposición de prueba no suponga un fraude procesal y no constituya un obstáculo al principio de contradicción e igualdad de partes.** En tal sentido, la STS de 14 de diciembre de 1966 prevé esta posibilidad en los supuestos de que la parte concernida estime necesario proponer alguna prueba adicional no conocida o no accesible en el momento de la calificación.

En conclusión hay que declarar expresamente la posibilidad de presentar petición adicional de prueba con posterioridad al escrito de calificación provisional siempre que:

- a) Esté justificada de forma razonada.
- b) No suponga un fraude procesal.
- c) No constituya un obstáculo a los principios de contradicción e igualdad en garantía de la interdicción de toda indefensión.

Se trata, se insiste, de una línea jurisprudencial ya consolidada, y que de alguna manera **quedó reforzada con la posibilidad legalmente admitida para el Procedimiento Abreviado tanto competencia del Juzgado de lo Penal como de la Audiencia Provincial de presentar prueba hasta el mismo momento del acto del Juicio Oral** como expresamente permite el art. 793-2º de la LECr, actual artículo 786 tras la reforma dada por la Ley 38/2002 de 24 de octubre, en el marco de la audiencia Preliminar que precede al debate del Plenario.

En efecto, como recordaba la STS 60/1997 de 25 de enero de 1999: “...El art. 793-2º de la LECriminal permite una controversia preliminar con la finalidad de acumular, en un solo acto, diversas cuestiones que en el proceso común ordinario daban lugar a una serie de incidencias previas que dilataban la entrada en el verdadero debate que no es otro que el que surge en el momento del Juicio Oral, acentuado de esta manera los principios de concentración y oralidad. Según se desprende del artículo, esta Audiencia Preliminar puede versar sobre:

- a) Competencia del órgano judicial.
- b) Vulneración de algún derecho fundamental.

c) Existencia de artículos de previo pronunciamiento.

d) Causas de suspensión del Juicio Oral.

e) Contenido y finalidad de las pruebas propuestas o que se propongan en el acto para practicarse en las sesiones del Juicio Oral...”

Es decir, en el Procedimiento Abreviado no se sigue el principio de preclusión en cuanto a la proposición de prueba, cuyo periodo se inicia con el escrito de calificación provisional y llega hasta el mismo momento del inicio del Plenario con la única limitación respecto de esta última, que puedan practicarse en el acto del Plenario.

### **¿Es aplicable esta posibilidad al Procedimiento Ordinario por Sumario?**

La doctrina entiende que si por las siguientes razones:

**Por el principio de unidad del ordenamiento jurídico;** sería un contrasentido que lo que la Ley permite en un tipo de procesos en aras de potenciar la concentración, oralidad y en definitiva un incremento de las garantías no puede extenderse al Procedimiento por sumario, cuya regulación se mantiene en este aspecto desde la promulgación de la LECriminal en la Ley con fecha 14 de septiembre de 1882.

Porque precisamente, el mandato constitucional contenido en el art. 120.3 de que el Procedimiento –sobre todo en material criminal- será predominante oral tiene una mayor realización y amplitud, precisamente en la Audiencia Preliminar que se comenta.

Porque, en fin, esta línea proclive a extender la Audiencia Preliminar al Procedimiento Ordinario Sumario, que la práctica judicial lo ha aceptado, está expresamente admitido por la jurisprudencia de Sala como lo acredita, entre otras, la SSTS de 10 de octubre de 2001 ó la 2/98 de 29 de julio, en las que se estimó como correcta la actuación del Tribunal de instancia que en procedimiento de Sumario abrió un debate sobre la nulidad de determinadas pruebas suscitadas en este trámite, por las defensas. Obviamente, si se admite la validez de la audiencia Preliminar para el cuestionamiento de la validez de algunas pruebas, es claro que también debe aceptarse que en el ámbito de dicho acto, se puede proponer nueva prueba.

En atención al tiempo de intrucción transcurrido y a la previsible duración de este Juicio, se ha procedido a la **supresión y devolución de la casi**

**totalidad de las fianzas carcelarias** depositadas, al objeto de no hacer más gravosa la situación de los procesados.

- Con la misma finalidad la Sala **ha flexibilizado el rigor de las comparecencias Apud Acta fijadas**, sustituyendo las comparecencias los días 1 y 15 de cada mes, por otra de carácter mensual, e incluso, finalmente con carácter **bimensual**. Y pese a que el Ministerio Fiscal en alguno de sus informes mantenía que su adopción era de obligado cumplimiento, por imperativo legal, en algunos casos se ha **suprimido** tal obligación, mantenido en la fianza carcelaria, al considerar la Sala que era suficiente una sola medida cautelar para garantizar el sometimiento a la acción de la justicia.

- Por los mismos motivos la Sala se ha comprometido **a flexibilizar la presencia de los procesados y de los propios Letrados en el acto del Juicio oral**, circunscribiéndola tan sólo a aquellas secciones que puedan afectar a todos como las relativas a las cuestiones previas, y después a las que afecte a cada uno de ellos.

- Se ha sustituido la entrega material de la causa **por la entrega de soportes informáticos** conteniendo íntegramente la causa principal y parte de las Piezas.

- Se han admitido los escritos remitidos como **correos electrónicos**.

- Se han admitido escritos dirigidos a la Sala **sin firma de Procurador**, y en algún caso sin firma de Letrado, subsanando el defecto tras ponerse en contacto con el mismo.

Y es que, en definitiva, entiende la Sala que el ordenamiento Jurídico no es algo aislado y compartimentado, sino **un todo armónico, en el que hay que aplicar las normas conforme a la realidad social, tecnológica y material existente** en el caso sometido a enjuiciamiento. De modo que **lo verdaderamente relevante es que no se produzca indefensión a las partes**.

### **3) Competencia del Tribunal del Jurado.**

Por la dirección técnica de dos de los procesados , los Sres Roca y Llétor Martínez se interesa que se declare la competencia del Tribunal del Jurado para el enjuiciamiento del Sumario 7/07 dimanante del Juzgado de Instrucción número 5 de Marbella, conocido como “ Caso Malaya “.

Sobre la Cuestión del procedimiento a seguir en estas actuaciones, ya ha tenido ocasión de pronunciarse la Sala en diversas ocasiones.

Así el auto del Juzgado de Instrucción número 5 de Marbella de fecha 16-07-2007 (folio 33382 y ss. Del Tomo 117) que acordó la transformación del Procedimiento Abreviado en Sumario fue recurrido a la Superioridad, recayendo **Auto de esta Sección Primera de la Audiencia de fecha 8-04-2008 (folios 42520 a 42523 del tomo 151) confirmando integralmente la resolución recurrida, esto es, manteniendo el trámite de procedimiento sumario acordado por el Sr. Instructor.**

Posteriormente, la Sala al resolver los numerosos recurso de apelación interpuestos por las defensas contra los autos de procesamiento dictados por el Sr. Instructor, dicta sendos **Autos de fecha 22-01-2010 , Nº 30 , (resolutorio de los recursos contra el segundo auto de procesamiento) y 29-01-2010 , Nº 107 (resolutorio de los recursos contra el tercer auto de procesamiento) en cuyos apartado nº 31, denegaba la competencia del jurado en Base a las siguientes consideraciones que transcribimos literalmente:**

“..Como establece el Tribunal Supremo: La competencia que nuestro ordenamiento otorga al Tribunal del Jurado viene establecida, en primer lugar y de manera directa, en el artículo 1 de la Ley que regula esa Institución, enumerando los delitos cuyo enjuiciamiento se atribuye al Tribunal de legos, entre los que se encuentran indudablemente dos de los ilícitos a los que se refiere este procedimiento, en concreto el asesinato (art. 139 CP) y el allanamiento de morada (art. 202 CP). Pero junto con dicho criterio enumerativo de infracciones, la propia Ley, en su artículo 5, complementa la referida competencia con una serie de reglas, unas de carácter negativo, como las referentes a la exclusión de los delitos contra la vida no consumados, de la prevaricación aunque se encuentre conectada con otras infracciones competencia del Jurado y de aquellos delitos conexos cuyo enjuiciamiento pueda efectuarse por separado, sin que se rompa con ello la continencia de la causa, y otras de contenido positivo o inclusivo, tales como las que aluden a la concreta responsabilidad por el grado de participación o de consumación del ilícito o cuando un solo hecho pueda constituir dos o más delitos si alguno de ellos fuera de los atribuidos a la competencia del Tribunal del Jurado o para el caso del enjuiciamiento de diversas acciones u omisiones que constituyan una continuidad delictiva de infracción que, así mismo, fuera competencia del Jurado. Finalmente, el apartado 2 de ese mismo precepto se refiere a los supuestos en los que, por conexidad, la competencia del Tribunal del Jurado atrae a otros ilícitos que, en un principio, no debieran ser enjuiciados ante dicho Tribunal.

Por su parte, el Tribunal Supremo establece que: “La competencia del Tribunal del Jurado se determina por las reglas establecidas en el art. 5 de su

Ley específica. Dicha competencia, que atiende, a la calificación del presunto hecho delictivo, se extiende a los delitos conexos, siempre que tal conexidad se origine: porque dos o más personas reunidas han cometido los delitos simultáneamente; porque ha habido concierto previo entre dos o más personas para cometer los delitos en tiempos y lugares distintos; o porque uno de los delitos se haya cometido para perpetrar otro, para facilitar su ejecución o para facilitar su impunidad. El examen del precepto revela su perfecta sincronía con el art. 17 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, salvo en el supuesto último (el recogido en el número 5º) de ésta: cuando los diversos delitos que se imputen a una persona al incoarse causa por cualquiera de ellos, tuvieran relación o analogía entre sí, a juicio del Tribunal. Además, la Ley del Jurado excepciona de la *vis atractiva* que establece su art. 5 el caso de que uno de los delitos imputados sea el de prevaricación –ya más arriba hemos hecho referencia al supuesto- y el caso de que los delitos puedan enjuiciarse por separado sin romper la continencia de la causa. Es claro, por tanto, que en ningún caso podría producirse el doble enjuiciamiento de los delitos imputados en esta causa por el Tribunal del Jurado toda vez que uno de ellos es el de prevaricación. Queda, en cambio, por analizar si pueden ser enjuiciados por separado en cuanto la continencia de la causa queda intacta o si, por el contrario, tienen relación o analogía entre sí en cuyo caso necesariamente deberán ser conocidos por este Tribunal. Pues bien, a juicio de este Tribunal los diversos delitos imputados por el Ministerio Fiscal al acusado tienen relación entre sí y no pueden ser enjuiciados en diferentes causas y por distintos Tribunales. El hecho en que basa el Ministerio Fiscal el presunto delito de tráfico de influencias nace, o mejor, tiene acceso judicial, en el curso de la investigación del delito de prevaricación también imputado. El Fiscal, en su intención de acreditar la pérdida de imparcialidad del acusado, esto es, la amistad con el Sr. Aurelio y su interés en el asunto que a éste afectaba, solicitó la declaración de la Juez Sustituta D<sup>a</sup> María Teresa González Gómez y ésta en su declaración judicial relató, efectivamente, cuanto se ha declarado probado en el Antecedente correspondiente a esta resolución. De esta entrevista del acusado con la Juez Sustituta –no negada aunque sí en la forma en que ésta la relata- deduce el Fiscal la existencia de un delito de tráfico de influencias, en la medida en que entiende que el acusado, prevaliéndose de su cargo y de su superior rango en la carrera judicial, intentó convencer a aquélla para que cambiara su decisión de continuar con el procedimiento hipotecario que tan gravemente afectaba a su amigo. El hecho, pues, forma parte del entramado probatorio que pone en evidencia, para el Ministerio Fiscal y para esta Sala, como se ha dicho, uno de los elementos constitutivos del delito de prevaricación: la parcialidad del Juez y su interés en que un procedimiento judicial se resolviera de determinada forma. La relación de este hecho con la prevaricación resulta, en consecuencia, evidente y rompería la continencia de

la causa su enjuiciamiento por otro Tribunal, con lo que ha de determinarse el enjuiciamiento por éste.

A mayor abundamiento de tales razonamientos, y corroborando el criterio mantenido durante largo tiempo por el **Tribunal Supremo** en el sentido de que **en los supuestos de conexidad subjetiva en los que concurren delitos competencia del Tribunal del Jurado con otros cuyo conocimiento no le venga legalmente atribuido, y en los que no sea posible el enjuiciamiento separado para no romper la continencia de la causa, la competencia no corresponderá, como norma general, al Jurado sino al Tribunal que resulte competente conforme a las reglas generales del art. 14 LE Crim.**

Así se desprende de la **STS de 29 de junio del 2001** que establece:

Pues bien, si es cierto que en cuanto a los supuestos de conexidad prevenidos en los cuatro primeros apartados del art. 17 de la L.E.Criminal (comisión simultánea por dos o más personas reunidas, comisión previo concierto mutuo, comisión medial y comisión para impunidad), el art. 5º2 de la Ley del Jurado establece con claridad la “vis atractiva” de la competencia del Tribunal del Jurado, también lo es que el último supuesto de conexidad (la conexidad subjetiva, prevenida en el art. 17.5º) que es precisamente el supuesto que aquí concurre, ha quedado legalmente excluido de dicha expansión competencial.

En consecuencia es claro que **el Legislador ha querido excluir los supuestos de conexidad subjetiva de la competencia del Tribunal del Jurado**. Como señala acertadamente el Tribunal sentenciador en la doctrina **se ha justificado esta exclusión como una norma de tutela de la institución del Jurado**, dada la excesiva amplitud de esta última causa de conexidad, que podría determinar la atribución al jurado del **conocimiento de supuestos muy complejos y de tipos delictivos muy diversos, totalmente ajenos a la que en el criterio legislativo debería conocer el Jurado, dificultando con ello su funcionamiento**.

Debe deducirse, por tanto, de esta disposición legal que en los supuestos de conexidad subjetiva en los que concurren delitos competencia del Tribunal del Jurado con otros cuyo conocimiento no le venga legalmente atribuido, y en los que no sea posible el enjuiciamiento separado para no romper la continencia de la causa, la competencia no corresponderá, como norma general, al Jurado sino al Tribunal que resulte competente conforme a las reglas generales del art. 14 de la L.E. Criminal. Es decir que la competencia se atribuirá a la Audiencia Provincial o al Juzgado de lo Penal en función de la

pena legalmente señalada para el más grave de los delitos objeto de acusación, incluido obviamente el delito inicialmente atribuido al Jurado.

**Este es el criterio jurisprudencial adoptado mayoritariamente por el Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo reunido en Sala General para unificar criterios, conforme a lo legalmente prevenido en el art. 264 de la L.O.P.J., el 5 feb. 1999.** Criterio reflejado posteriormente en reiteradas resoluciones, como las sentencias de 18 Feb. 1999, 19 Abr. 2000 o 6 Feb. 2001.

Criterio jurisprudencial que ha sido mantenido en el **Acuerdo** adoptado en Sala General, por el Pleno de la Sala Segunda, en su reunión **de 20 de enero del 2010.**

Si bien es cierto que en Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de **23 de febrero de 2010** refundiendo esta cuestión, introdujo un nuevo párrafo resolviendo las dudas acerca del delito-fin perseguido por el actor de los hechos a favor del delito más gravemente penado de entre los imputados, en ambos casos se mantiene la Regla 5 que literal y tajantemente estipula que : **“Se excluye el caso de la prevaricación, que nunca será competencia del Tribunal del Jurado “.**

Y la regla 6 , in fine que establece que **“ En cualquier caso, siempre que uno de los delitos sea el de prevaricación, y no pueda procederse al enjuiciamiento separado sin romper la continencia de la causa, la competencia será del Juzgado de lo Penal o de la Audiencia Provincial.”**

En el presente caso Malaya, no podemos soslayar el hecho objetivo de que los concejales procesados lo han sido por un delito de prevaricación, delito expresamente excluido por el legislador del enjuiciamiento por parte del Tribunal del Jurado, así como por sendos delitos de cohecho, es decir, estableciendo indisoluble vínculo entre el dictado de una resolución administrativa supuestamente injusta y el cobro de un dádiva ilícita como contraprestación a aquélla, a los que ha de añadirse un subsiguiente delito de Blanqueo de capitales obtenidos supuestamente en base a esas actividades ilícitas reseñadas, de gran complejidad y cuyo conocimiento tampoco viene atribuido al Jurado. Siendo, pues, meridianamente clara la imposibilidad de enjuiciamiento por separado de ambos delitos sin dividir la continencia de la causa y generar el riesgo de que por Tribunales distintos puedan dictarse resoluciones contradictorias irreconciliables, lo que por si determina necesariamente que haya de denegarse la solicitud de enjuiciamiento por parte del Tribunal del Jurado.

Con mayor razón aún si atendemos a los restantes delitos investigados en la presente causa, cuya complejidad ha sido ya puesta de manifiesto en reiteradas ocasiones, haciéndola poco propicia para el conocimiento de un tribunal de legos.

Finalmente, esta misma Sala en Auto de fecha 16-07-09 mantuvo este mismo criterio ante idéntica solicitud de Sr. Roca Nicolás, estableciendo literalmente que:

A mayor abundamiento, no puede soslayarse el hecho objetivo de que llevamos ya más de cuatro años de instrucción y de fase intermedia de un procedimiento propio de la competencia de un Tribunal profesional cual es la Audiencia Provincial, sin que prácticamente se haya discutido esta cuestión que ha sido planteada desde un punto de vista puramente formal.

Su adaptación ahora a los trámites de un Juicio por Jurado, además de no ajustarse a la legalidad por los argumentos jurídicos expuestos, supondría la radical transformación de la instrucción efectuada, motivaría unas dilaciones indebidas inadmisibles y supondría atribuir a un Tribunal de legos el conocimiento de delitos expresamente excluidos de su competencia, y de una causa que excedería de mucho de los conocimientos propios de un Tribunal no profesional, no por falta de facultades intelectuales evidentemente, sino por la complejidad, extensión y valoraciones jurídicas que exige esta causa.

Por todo ello, la Sala se reitera en su negativa al enjuiciamiento de esta causa por parte del Tribunal del Jurado y desestima el artículo de previo pronunciamiento-cuestión previa interpuesta por los dos citados procesados.

#### **4) Competencia de la Audiencia Nacional.**

**Por la dirección técnica del Sr. Liétor Martínez se reitera una vez más la cuestión relativa a que la competencia de este procedimiento conocido como “Caso Malaya “ corresponde a la Audiencia Nacional en vez de a esta Audiencia Provincial.**

**Conviene resaltar que el mismo procesado ha entendido y planteado también como cuestión previa, que el enjuiciamiento de los hechos son competencia del Tribunal del Jurado, cuestión que asimismo ha sido resuelta de manera negativa por la Sala, como ahora se a hacer también con esta otra cuestión de competencia.**

Y es que la Sala en el Auto de fecha 16-12-09 resolutorio de los recursos de apelación interpuestos contra el primer Auto de procesamiento dictado por

el Juzgado de Instrucción número 5 de Marbella, así como en los dos siguientes resolvió que la competencia para el enjuiciamiento del Sumario 7/07 correspondía a esta Audiencia Provincial.

En aquéllos autos se dijo textualmente:

**Son varias las resoluciones judiciales que han desestimado tal pretensión**, entre ellas:

- El Auto del Juzgado de Instrucción nº 5 de Marbella de fecha 14-6-06 que declaró no haber lugar a la declinatoria de competencia a favor de los Juzgados Centrales de Instrucción a solicitud de la representación procesal de D. José Jaén Polonio.

- El auto de dicho Juzgado de fecha 4-10-06 denegando igualmente la declinatoria a instancia de la representación procesal de D. Andrés Liétor Martínez.

- El Auto de dicho Juzgado de fecha 20-7-07 denegando igualmente la declinatoria interesada por la representación procesal de D. Francisco Antonio Soriano Pastor y otros.

- El Auto de la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Málaga de fecha 20-7-06 recaída en el Rollo nº 388/06 que desestima el recurso interpuesto sobre esta materia por los integrantes del Gabinete Jurídico de los Sres. Soriano.

- El Auto del Juzgado Central de Instrucción nº 6 de fecha 29-1-07 desestimando la cuestión de competencia por inhibitoria suscitada por la representación procesal de D. Victoriano Rodríguez Martínez.

- El Auto del Juzgado Central de Instrucción nº 6 de fecha 15-6-07 en el mismo sentido, propuesta en esta ocasión por la representación procesal de Dª Pilar Román Martín.

- Y, finalmente, el Auto de la Sección 4ª de la Audiencia Nacional de fecha 13-04-07 que vino a confirmar el ya reseñado Auto del Juzgado Central de Instrucción nº 6 de fecha 29-01-07, ratificando la inhibición acordada por dicho Juzgado en cuanto a **la competencia del caso Malaya como propia del Juzgado de Instrucción nº 5 de Marbella que era el que venía instruyendo la causa.**

**Los argumentos jurídicos contenidos en dichas resoluciones son los siguientes:**

**Auto de fecha 4-10-06 Marbella Nº 5**

“Se trata de fundamentar la competencia de los Juzgados Centrales de Instrucción de la Audiencia Nacional en lo previsto en el art. 65.1.c) de la L.O.P.J. que atribuye competencia a la Audiencia Nacional en materia de defraudaciones, maquinaciones para alterar el precio de las cosas que produzcan o puedan producir gran repercusión en la seguridad del tráfico mercantil, en la economía nacional o perjuicio patrimonial en una generalidad de personas en el territorio de más de una Audiencia. Concretamente, se mantiene que nos encontraríamos ante una defraudación que tendría grave repercusión en la seguridad del tráfico mercantil o a la economía nacional. La competencia de la Audiencia Nacional se trata de fundamentar no en argumentos de carácter jurídico sino en criterios ajenos a la regulación procesal de la L.E.Cr. como son la mera realización de actividad delictiva en varias provincias o la mayor especialización de los Juzgados Centrales de Instrucción frente a los de un Juzgado de un determinado partido judicial.

Hay que comenzar analizando los hechos supuestamente delictivos que son realmente objeto de este procedimiento. Así, en primer lugar, un empresario, Ismael Pérez Peña, habría entregado a Juan Antonio Roca y María Soledad Yagüe Reyes 30 millones de pesetas en efectivo y a esta última, hasta 4 vehículos, entregas que tenían como finalidad que se le adjudicara directamente la concesión de la grúa municipal con una revisión de las tarifas más favorable a sus intereses. El Ayuntamiento tendría a su vez una deuda de más de 200 millones de pesetas por el renting de los vehículos del Ayuntamiento concedido a otra empresa de Ismael, y ante la falta de pago Ismael amenaza con acudir a los medios de comunicación, lo que genera un gran temor entre los responsables municipales que para evitar problemas deciden hacer lo posible para adjudicar a otra empresa de Ismael la nueva concesión del servicio de grúas con una nueva ordenanza fiscal más favorable a fin de aumentar sus ingresos, haciendo un concurso a su medida, adjudicando además, de nuevo y a su conveniencia, el renting de los vehículos del Ayuntamiento.

Por otra parte, Victoriano, Juan Antonio Roca y la Alcaldesa, le habrían exigido 65 millones a los responsables de Portillo por la concesión de la Estación de Autobuses de Marbella. Victoriano por su cuenta con la ayuda de José Jaén, se habría concertado con otro empresario para que a cambio de pagarles dinero, permitir la instalación de elementos publicitarios en la vía pública, y el propio Victoriano y María Soledad, habrían regalado o vendido a

bajo precio a Ismael el Rolls Royce municipal. Además Isabel García Marcos y José Jaén estarían intentando llevar a cabo un negocio de consultoría paralelo al Ayuntamiento exigiendo dinero por resolver problemas urbanísticos competencia del propio Ayuntamiento.

Por último, una serie de empresarios y promotores vendrían abonando diversas cantidades de dinero a Roca que éste repartiría con los concejales y con otras personas del Ayuntamiento a cambio de dictar resoluciones favorables para éstos empresarios contrarios a la legalidad. El señor Roca igualmente participaría en las actividades de éstos empresarios en Marbella obteniendo beneficios. Igualmente se habría permutado un edificio municipal en puerto Banús por unos locales de Carlos Sánchez y Andrés Lietor de mucho menor valor.

Por otra parte y en segundo lugar, el señor Roca, además de los delitos patrimoniales que se le imputan en la presente causa, se encuentra imputado en varios procedimientos penales, como en las diligencias previas 76/01 del Juzgado Central 6 de la Audiencia Nacional por malversación de miles de millones de pesetas, por el que se le piden hasta 10 años de prisión y las Diligencias Previas 100/03 del Central 2 de la Audiencia Nacional por malversación millonaria. Pues bien, el señor Roca sería el jefe de una organización dedicada al blanqueo de los beneficios obtenidos en el Ayuntamiento de Marbella por sus actividades ilícitas, siendo el titular de un enorme patrimonio que no figura a su nombre, pero que sí que disfruta, utilizando un gran número de sociedades creadas, dirigidas y gestionadas por los miembros de gabinete jurídico Sánchez Zubizarreta Soriano y que el propio Roca ha reconocido son suyas.

En definitiva, nos encontramos ante una serie de cohechos y de un enorme delito de blanqueo. Volviendo al tema del art. 65 1 c) de la L.O.P.J, no cabe sino coincidir en el hecho de que conforme a la doctrina jurisprudencial, por "defraudación" en el sentido de el artículo, debe de entenderse engaño punible en sentido amplio, En este sentido, como recuerda el Tribunal Supremo en su auto de 12 de julio de 2.004, el auto de la misma Sala 11, de 22 de abril de 1.999, sienta la siguiente doctrina: "ante todo ha de decirse que el término "defraudaciones" empleado en la Ley Orgánica del Poder Judicial debe ser interpretado en un sentido material (conductas que causan daño patrimonial por medio del engaño, el fraude o el abuso del derecho, penalmente tipificadas) y no estrictamente formal, referido únicamente a las figuras delictivas incluidas por el legislador bajo dicha rúbrica. A este respecto, debe destacarse que en el Código Penal vigente no han sido recogidos, bajo la indicada rúbrica, los mismos tipos penales que lo estaban en el Código derogado, que era el vigente en el momento de la promulgación de dicha Ley Orgánica. Las exigencias de

que las defraudaciones tengan o puedan tener una grave repercusión en la economía nacional, o que afecten a una generalidad de personas en el territorio de más de una Audiencia, como se deduce de la conjunción utilizada en el Texto Legal son meramente disyuntivas: de ahí que sea suficiente la concurrencia de uno de tales presupuestos para que deba reconocerse la competencia de la Audiencia Nacional, y consiguientemente de los Juzgados Centrales de Instrucción". Por lo tanto, por defraudar debe de entenderse "engaño punible que concurre cuando se realiza una conducta típica consistente en distraer bienes valiéndose de la apariencia de una actividad contractual de derecho privado administrativa en cuya regularidad confía el perjudicado. El blanqueo de capitales es una actividad dinámica o proceso de ocultación de aquellos bienes de origen o procedencia delictiva, que tiene por objeto atribuirles una apariencia última de legitimidad. Por lo tanto, sí se trata de distraer bienes, no parece que esa distracción sea asimilable a la ocultación transformación de los bienes previamente distraídos, es decir, del mero blanqueo de los fondos de procedencia ilícita fruto de esas "defraudaciones", por lo que el delito de blanqueo por sí sólo, no puede ser competencia de la Audiencia Nacional. Por lo tanto, es evidente que el blanqueo no es asimilable a defraudación, y que por tanto no es competencia de la Audiencia Nacional.

En cuanto a los delitos asimilables a defraudaciones, en lo relativo a los cohechos, todos y cada uno verificados por completo en Marbella, no parece que sean por sí mismos suficientes para considerar que estos supuestos delitos pueden producir grave repercusión la seguridad del tráfico mercantil, o en la economía nacional o del municipio. En caso contrario, todo delito de cohecho o cohecho continuado, sería por definición objeto de la competencia de la Audiencia Nacional lo que no es el caso. En definitiva, a tenor de lo actuado no parece que estos delitos cometidos por los funcionarios públicos por sí sólo pese a la gravedad que presentan, sean encuadrables en las previsiones del art. 65 1 c), y la cantidad blanqueada no se ha calculado ni de forma aproximada, y todo ello sin perjuicio de que más adelante, conforme avance la investigación, puedan resultar hechos que determine cuando existan en su caso elementos para ello, la inhibición a la Audiencia Nacional, pero de lo actuado no resulta procedente hasta el momento.

Tampoco parece que sea admisible, y la postura contraria puede encontrar contradicciones con el derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley (art. 24 de 1 Constitución Española), que la complejidad o extensión del asunto justifique su atribución sin más a la Audiencia Nacional con apoyo en criterios de atribución de competencias ideados a propósito para sustentar competencias carentes de apoyo legal. Mucho menos aún que el renombre de ciertos empresarios o la importancia de las empresas justifique la inhibición a los Juzgados Centrales de Instrucción como sí se tratara de Juzgados

especiales para gente importante o poderosa.

Por último, en ocasiones (así auto del Tribunal Supremo de 16 de julio de 2.002), realiza una interpretación del contenido del art. 65 de la L.O.P.J. atribuyendo con criterios flexibles la competencia a los Juzgados Centrales de Instrucción en el caso de ciertos delitos de indudable gravedad y complejidad, no es sino por la mayor facilidad de la investigación por su parte, dada la naturaleza del órgano, ámbito territorial, especialización material incluso, dotación de medios, lo que, sin duda, ha de redundar en el éxito de la investigación. Sin embargo en éste caso y en el estado actual de la investigación, se puede dudar con fundamento de que lo que se pretende con la inhibición sea acelerar la investigación y contribuir al esclarecimiento de los hechos. Parece más bien que la inhibición pretende paralizar o ralentizar la propia investigación bien con la no aceptación de la inhibición por los Juzgados Centrales lo que provocaría el consiguiente conflicto judicial en perjuicio de la propia labor instructora, o bien ganar tiempo con el necesario proceso de ponerse al tanto de lo actuado el nuevo instructor, sin olvidar tampoco la saturación y exceso de trabajo de los Juzgados Centrales de Instrucción, y todo ello sin perjuicio de que sí de lo actuado en la causa resultan elementos que justifiquen la inhibición, por ejemplo malversaciones pasivas, se proceda en su día a la inhibición.”

#### **Auto Audiencia Provincial Sección Tercera de fecha 20-7-06**

“Que por los propios razonamientos del auto de fecha 20 de julio 10 de 2.006, por estimarlos en conciencia acertados y correctamente formulados, procede rechazar el recurso de apelación interpuesto, y ello por no haberse llevado al ánimo de quienes ahora decidimos, indicios racionales de prueba ni argumentos jurídicos determinantes de la procedencia de corregir en esta segunda instancia la aplicación e interpretación del ordenamiento jurídico referidos por el juzgador a quo al supuesto examinado, y ello por ser acomodada a Derecho la aplicación e interpretación realizadas en la primera instancia, no pudiendo por tales motivos acogerse la pretensión de la parte recurrente de hacer valer sus conclusiones sobre las del Magistrado del Juzgado de Instrucción número Cinco de Marbella, máxime cuando, reiterando lo ya dicho, no constan elementos de prueba ni argumentos jurídicos que desvirtúen estas últimas, realizadas en correcto y fundado uso de la facultad que a los Jueces confiere, el estado de hacer valer la convicción de su conciencia formada en base a datos suficientemente fundados, sobre las particulares versiones de los afectados por los hechos de autos e igualmente sobre las convicciones de las conciencias de los acusadores y defensores sujetos a su jurisdicción, sin que la solución cuestionada pueda ser tachada de arbitraria o absurda, ya que resulta plenamente acomodada a lo prevenido en

materia de conexidad delictiva por el artículo 17-1-5 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, así como con lo prevenido en materia de competencia en el artículo 18-1-2 del mismo texto legal, de los que resulta que la competencia, contrariamente a lo que aduce la parte recurrente, no viene atribuida, como pretende, a los Juzgados de Instrucción de Madrid, concretamente al que correspondiere por turno de reparto, no haciéndose mayores consideraciones respecto de la pretensión actuada en trámite de apelación relativa a la posible declaración de la competencia de la Audiencia Nacional, toda vez que dicha cuestión al no haber sido actuada ante el Magistrado instructor en el suplico del escrito presentado en fecha 21 de junio de 2.006 en el Registro General de Entrada de los Juzgados de Primera Instancia e Instrucción de Marbella, en el que la declinatoria en el conocimiento de los hechos imputados a los recurrentes fue referida en exclusiva a aquel de los Juzgados de Instrucción de Madrid que por turno correspondiere, no ha sido objeto de decisión en la primera instancia, con lo que de entrarse a examinar la misma en el preciso momento procesal en que nos encontramos, podría generarse la indefensión del Ministerio Fiscal y demás partes, quienes por el motivo dicho no han tenido oportunidad de pronunciarse al respecto, por lo que dicha pretensión cabe entenderla actuada en el fraude de Ley o procesal referido en el artículo 11-3 de la Ley de Orgánica 6/1.985, de 1 de julio, debiendo por ello limitarse la actuación de este Tribunal al estudio y decisión de la acomodación o no a Ley de lo decidido en el auto recurrido en solución de lo pretendido por la parte recurrente en apelación en el aludido escrito promoviendo lo cuestión de competencia por declinatoria, toda vez que es al órgano judicial instructor del proceso al que competen en una primera instancia las decisiones instructoras y en materia de competencia que estime pertinentes, toda vez que la jurisdicción de quienes ahora decidimos en el proceso que nos ocupa, viene limitada a la revisión que en su día pueda pretenderse de lo que el instructor pueda decidir respecto de las pretensiones que se le formulen, toda vez que, como antes se ha dicho, es al órgano judicial instructor al que competen en una primera instancia las decisiones instructoras y en materia de competencia que considere procedentes, por lo que la pretensión aludida debe actuarse ante el mismo, no pudiendo suplir este Tribunal las aludidas funciones del Juzgador a quo, ni tampoco corregir la aplicación e interpretación del ordenamiento jurídico que pueda hacer el mismo en el ejercicio independiente de la potestad jurisdiccional en orden a la adopción en primera instancia de decisiones relativas a la instrucción de la causa y competencia para su conocimiento, sino únicamente a través del recurso de apelación que contra sus decisiones, de no considerarlas conformes a Derecho ni a sus intereses, puedan formular las partes, entre ellas la ahora recurrente, y ello por prohibición expresa del artículo 12-2 de la Ley Orgánica referida, siendo por todo ello que, reiterando lo ya dicho y concluyendo, procede la desestimación del recurso formulado."

## Informe Fiscalía Anticorrupción

“El Fiscal en las Diligencias Previas que se siguen en ese Juzgado con el nº 295/06, evacuando el traslado conferido mediante resolución del día 27 de septiembre de 2006, comparece y DICE:

Que en relación con los escritos presentados por la representación procesal de D. Victoriano Rodríguez Martínez y D. Rafael Calleja Villacampa, ambos imputados en las Diligencias Previas nº 4.796/2005 del Juzgado de Instrucción nº 5 de Marbella (Málaga), en virtud de los cuales consideran competentes para el conocimiento de las Diligencias Previas, antes referidas, a los Juzgados Centrales de Instrucción de la audiencia Nacional, formulando la correspondiente cuestión de competencia por INHIBITORIA, SE OPONE a ello, al estimar que el estado actual de la investigación no permite afirmar la concurrencia de los supuestos en virtud de los cuales resultarían competentes esos órganos jurisdiccionales que se invocan en dichos escritos:

A) Así, se alude por ambos imputados que la competencia de los Juzgados Centrales de Instrucción de la audiencia Nacional en este caso viene dada en atención a lo dispuesto en el artículo 65.1 c) de la Ley Orgánica del Poder Judicial –en adelante LOPJ -, conforme al cual:

“La Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional conocerá:

1º Del enjuiciamiento .... de los siguientes delitos ....

c) Defraudaciones y maquinaciones para alterar el precio de las cosas que produzcan o puedan producir grave repercusión en la seguridad del tráfico mercantil, en la economía nacional o perjuicio patrimonial en una generalidad de personas en el territorio de más de una Audiencia...”

Sin embargo, de lo hasta ahora averiguado, las imputaciones realizadas en el procedimiento relativas a la Maquinación para alterar el precio de las cosas –artículo 262 del vigente Código Penal-, que únicamente afectan a uno de los promotores de la cuestión de competencia, D. VICTORIANO RODRÍGUEZ MARTINEZ, no pueden entenderse que hayan producido una grave repercusión en la seguridad del tráfico mercantil o en la economía nacional, al circunscribirse a unas muy concretas adjudicaciones de servicios públicos en el ámbito de una Corporación Municipal determinada (retirada de vehículos de la vía pública –Grúa municipal-, o colocación de publicidad estática en la vía pública, por ejemplo).

En lo que respecta a los delitos de Blanqueo de capitales del artículo 301 del Código Penal, el de Cohecho del artículo 423, Prevaricación del artículo 404 o en el Tráfico de influencias del artículo 428 del mismo Código, que también son objeto de imputación en el procedimiento, hay que señalar que difícilmente encajan en la previsión contenida en el artículo 65.1 c) de la LOPJ cuando alude a “defraudaciones”, al no conllevar en su definición típica esa referencia comisiva.

Dicho componente “defraudatorio” sí que puede entenderse que concurre en las imputaciones relativas a la comisión de presuntos delitos contra la Hacienda Pública del artículo 305 del Código Penal o en el delito de Malversación del artículo 434 del mismo texto legal, que también son objeto de imputación a otros implicados en la causa seguida en Marbella.

Pero, aún concurriendo ese primer elemento, tampoco puede afirmarse la grave repercusión en la economía nacional o en la seguridad del tráfico mercantil, puesto que en lo que a los delitos de defraudación fiscal imputados se refiere, se trata de una imputación de carácter alternativo y subsidiario a la previa por delito de blanqueo de capitales, dada la relación de concurso de leyes que se daría entre ambos tipos penales (art. 8 del Código Penal), sin que, por otro lado, esté determinado todavía el alcance de esa defraudación a la Hacienda Pública.

Y lo mismo hay que decir respecto de los delitos de malversación, ya que tampoco está acreditada, por el momento, el importe o la cuantía de los bienes que presuntamente se han malversado, pues no se ha practicado la pertinente prueba pericial.

Por último, la naturaleza colectiva de los bienes jurídicos de los tipos penales antes señalados hace decaer el argumento esgrimido respecto de la comisión del delito en distintos lugares del territorio nacional.

La investigación que se lleva en el Juzgado de Instrucción nº 5 de Marbella –popularmente conocido como “operación Malaya”– versa, básicamente, sobre la afloración de un patrimonio oculto bajo la cobertura de sociedades interpuestas, ilícitamente obtenido por D. Juan Antonio Roca Nicolás, y que se ha nutrido de los beneficios económicos conseguidos por hechos delictivos por él cometidos (Delito de Blanqueo de Capitales del artículo 301 del Código Penal).

El delito antecedente del Blanqueo de Capitales imputado viene dado tanto por hechos delictivos presuntamente cometidos por el Sr. Roca, realizados con anterioridad (caso de las Diligencias Previas 76/01 del Juzgado

Central de Instrucción nº 2 de la Audiencia Nacional o las Diligencias Previas 2.288/02 del Juzgado de Instrucción nº 1 de los de Marbella, todas ellas seguidas, entre otros, por delitos de Malversación de Caudales Públicos) así como por los pagos –cohechos- realizados por ciertos promotores inmobiliarios y empresarios de la construcción que se han descubierto en el seno del procedimiento que se sigue en Marbella.

Estos pagos aparecen relacionados con la consecución de determinadas resoluciones administrativas con las que se va a favorecer a dichos promotores y constructores.

Aún cuando dicho patrimonio se manifieste en distintos puntos de la geografía nacional, y su ocultamiento se haya articulado mediante el concurso de un despacho de abogados de Madrid, lo cierto es que toda la trama delictiva se concentra en el imputado Sr. Roca y en la posición predominante que el mismo logró conseguir en el Ayuntamiento de Marbella.

Esa posición determina un dominio –de hecho- del Sr. Roca sobre los integrantes de la referida Corporación Municipal, conseguida mediante el abono de parte de los pagos antes referidos, a los que maneja a su antojo a la hora de adoptar las resoluciones administrativas que van a favorecer económicamente a aquellos promotores y constructores.

Toda la trama dispuesta para nutrir ese patrimonio ilícitamente obtenido aparece concentrada en la localidad de Marbella, y su principal protagonista – el Sr. Roca- controla desde dicha ciudad tanto los distintos pagos que efectúan los otros imputados –percepción y ulterior distribución entre los concejales- como los sucesivos pasos de la actividad municipal, siendo, además, en dicha localidad donde se han puesto de relieve las pruebas más significativas de los principales delitos imputados (Cohecho y Blanqueo de Capitales).

B) Para acreditar la grave repercusión en la seguridad del tráfico mercantil o en la economía nacional se invoca el hecho de haberse procedido a la disolución de la Corporación municipal por Real Decreto 421/2006 de 7 de abril (BOE nº 13281, de 8 de abril) destacándose que en su preámbulo dicha norma alude explícitamente a esos parámetros como justificación de la drástica medida adoptada.

Sin embargo, este argumento debe ser matizado, pues si bien es cierto que son razones vinculadas al interés general de la Nación las que han determinado la decisión de disolver la citada Corporación municipal, también lo es que los hechos que justifican dicha medida no pueden sin más hacerse

coincidir con los que constituyen el objeto de investigación en las Diligencias Previas nº 4796/2005 del Juzgado de Instrucción nº 5 de Marbella.

Los motivos de la disolución aparecen explicitados en el citado Real Decreto del siguiente modo:

“Sucintamente los hechos que justifican la disolución del Ayuntamiento de Marbella son los siguientes:

La contravención sistemática de la legalidad por la actual Corporación en el otorgamiento de licencias en materia de urbanismo, así como la absoluta falta de colaboración con la Junta de Andalucía, al desatender sus numerosas solicitudes y requerimientos referidos a casos viciados de nulidad, paralización de obras ilegales, incoación de expedientes sancionadores y restablecimiento del orden jurídico perturbado.

La inactividad del Ayuntamiento ante los distintos requerimientos judiciales para la paralización de obras, así como otras irregularidades, que incluyen permutas y enajenaciones de inmuebles contrarias a la legalidad y la concesión directa para uso privativo de bienes de dominio público afectos a equipamientos o constitutivos de zonas verdes.

La compleja y delicada situación provocada por la salida del consistorio de los concejales y alcaldes que han tenido que presentar su dimisión tras ser inhabilitados penalmente para el ejercicio de cargos públicos, así como la situación procesal de diversos cargos municipales actuales imputados (Alcaldesa – Presidenta del Ayuntamiento, Primera Teniente de Alcalde, Quinto Teniente de Alcalde, concejales, ex gerente de urbanismo y el Secretario del Ayuntamiento)...”

Según se desprende de lo anterior es la situación de vulneración sistemática de la legalidad, reiterada en el tiempo, por parte de la referida Corporación municipal la que va a determinar la iniciativa de su disolución.

Ese extremo –incumplimiento reiterado de la legalidad y de sus obligaciones constitucionales por una Corporación Municipal, es el que incide negativamente en el interés general de la Nación y el que permite la posibilidad de control de la actividad de dicho municipio por parte de la Comunidad Autónoma y del Estado, frente al principio de la autonomía municipal.

C) Por último, se argumenta a favor de la inhibitoria, el hecho de que en el procedimiento se aluda a la existencia de una ramificación internacional de la

investigación, extremo que sería reconducible a lo dispuesto en el artículo 65.1º e) de la LOPJ.

Sobre este particular, destacar que efectivamente exista una línea de investigación dirigida a descubrir la existencia de un patrimonio oculto en el extranjero perteneciente a algunos de los implicados en la causa, si bien hasta el momento dicha indagación, que permanece bajo secreto, no está concluida puesto que las Comisiones rogatorias libradas a tal efecto aún no se han cumplimentado por las autoridades requeridas al efecto.

En atención a lo expuesto, el Fiscal estima que debe rechazarse la cuestión de competencia por inhibitoria planteada, al no concurrir los supuestos contemplados en el artículo 65.1 c) y 2) de la LOPJ en los que se apoya la solicitud efectuada”.

Auto Juzgado Central Instrucción nº 6 de fecha 29-01-07

“La competencia de la Audiencia Nacional en materia penal, y por extensión de los Juzgados Centrales de Instrucción en la fase de instrucción, viene prefijada en el artículo 65 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que establece la misma entendiendo la Audiencia Nacional como órgano jurisdiccional especializado precisamente por razón de la materia.

Esa especialización material obliga a dos premisas fundamentales: sometimiento estricto a las normas legales que establecen la materia. penal objeto de conocimiento de la Audiencia Nacional, e interpretación rigurosa de las normas que determinan esa competencia, excluyendo interpretaciones extensivas que puedan desnaturalizar la especialización configurada, sin perjuicio del expediente de conexión delictiva establecido en la propia Ley.

El artículo 65, 1º, c) de la Ley Orgánica del Poder Judicial, establece: "La Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional conocerá: Del enjuiciamiento, salvo que corresponda en primera instancia a los Juzgados Centrales de lo Penal, de las causas por los siguientes delitos: Defraudaciones y maquinaciones para alterar el precio de las cosas que produzcan o puedan producir grave repercusión en la seguridad del tráfico mercantil, en la economía nacional o perjuicio patrimonial en una generalidad de personas en el territorio de más de una Audiencia".

El Auto de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, de fecha 13 de octubre de 2006, Ponente Sr. Granados Pérez (Cuestión suscitada entre el Juzgado Central de Instrucción N° 6 y el Juzgado de Instrucción N° 1 de Móstoles), recoge la interpretación dada por el Tribunal Supremo a la expresión

"defraudación": "El art. 65.1.c de la LOPJ atribuye competencia a la Audiencia Nacional en materia de defraudaciones y maquinaciones para -alterar el precio de las cosas, que produzcan o puedan producir grave repercusión en la seguridad del tráfico mercantil, en la economía nacional o perjuicio patrimonial en una generalidad de personas en el territorio de más de una Audiencia. En Junta General de esta Sala celebrada el día 30 de abril de 1999, se examinó el término "generalidad de personas" como criterio de atribución de la competencia a la Audiencia Nacional. En dicho Pleno se acordó que "la exigencia de generalidad de personas en el territorio de más de una Audiencia ha de ser interpretada finalísticamente, en función de la posibilidad de instrucción, valorando la trascendencia económica, así como si la necesidad de una jurisdicción única sobre todo el territorio servirá para evitar dilaciones indebidas".

El Auto de esta Sala de 22 de abril de 1999, sienta la siguiente doctrina: "Ante todo ha de decirse que el término "defraudaciones" empleado en la Ley Orgánica del Poder Judicial debe ser interpretado en un sentido material (conductas que causan grave daño patrimonial por medio del engaño, el fraude o el abuso del derecho, penalmente tipificadas) y no estrictamente formal, referido únicamente a las figuras delictivas incluidas por el legislador bajo dicha rúbrica. A este respecto, debe destacarse que en el Código Penal vigente no han sido bajo la indicada rúbrica, los mismos tipos penales que lo estaban en el Código derogado, que era el vigente en el momento de la promulgación de dicha Ley Orgánica. Las exigencias de que las defraudaciones tengan o puedan tener una grave repercusión en la economía nacional, o que afecten a una generalidad de personas en el territorio son de más de una Audiencia, como se deduce de la conjunción utilizada en el Texto Legal son meramente disyuntivas: de ahí que sea suficiente la concurrencia de uno de tales presupuestos para que deba reconocerse la competencia de la Audiencia Nacional, y consiguientemente de los Juzgados Centrales de Instrucción." En este mismo sentido, el Auto de 5 de marzo de 1999.

El criterio de esta Sala, expresado en los Autos de 15 de julio de 1987, 11 de abril de 1988, 27 de septiembre de 1990 y 26 de marzo de 1996, y de abril de 1999, entre otros, es el de que, a estos efectos de competencia, debe de interpretarse la expresión "generalidad de personas" en el sentido de pluralidad importante de sujetos pasivos, que cuando se encuentran dispersos por el territorio de varias Audiencias, justifican la aplicación de la norma especial de competencia".

En definitiva, el criterio sostenido por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, en materia de atribución competencial, fijado desde el Pleno de dicha Sala, en Junta General celebrada para unificación de criterios, con fecha 30 de

abril de 1999 (aunque referido a la exigencia de generalidad de personas en el territorio de más de una Audiencia), señalaba la perspectiva procesal, competencial o funcional, como guía de la norma atributiva de competencia, tendente a facilitar aquellas instrucciones de asuntos económicos complejos, que, por afectar a una pluralidad de personas en el territorio de varias Audiencias, resultarían de dificultosa instrucción por uno o varios Juzgados ordinarios de competencia territorial limitada, de ahí que acordase que la exigencia de generalidad de personas en el territorio de más de una Audiencia ha de ser interpretada finalísticamente, en función de las posibilidades de instrucción, valorando la trascendencia económica, así como la necesidad de una jurisdicción única sobre toda el territorio para evitar dilaciones indebidas".

Y debe aceptarse, como no podía ser menos, que el concepto de defraudaciones es más amplio que la rúbrica de nuestro Código Penal vigente, pues existen otros tipos penales que, incluidos en otros capítulos o incluso títulos, contienen comportamientos básicamente defraudatorios, tal y como señala el Tribunal Supremo.

La interrelación económico-contable de las distintas Administraciones, no solo ya la interna: Estatal, Autonómica y Local, sino la exterior: de la Unión Europea, es manifiesta, y ello obliga a una adaptación de las normas de competencia jurisdiccional a esa realidad, tal y como el Tribunal Supremo ha venido haciendo, a través de una interpretación finalística, considerando la complejidad de la instrucción y la exigencia de una jurisdicción única sobre todo el territorio nacional (criterio establecido para perfilar la competencia en los supuestos de generalidad de personas en el territorio de más de una Audiencia, pero que es expresivo de una adaptación en la interpretación de la norma a la realidad que trata de regular, en combinación con los medios que dispone el Estado frente a un tipo de delincuencia especialmente compleja).

Una administración local, en la realidad económico-social actual, es una administración con una alta disponibilidad de fondos, lo que se evidencia significativamente en algunas poblaciones o entes territoriales, como en este caso el Ayuntamiento de Marbella; tratándose además de una población costera y turística, con una proyección nacional e internacional importante.

Ello no obsta a que la actuación delictiva primigenia se haya realizado por autoridades o funcionarios municipales del Ayuntamiento de Marbella (como no podía ser de otro modo), en connivencia o no con personas directamente vinculadas a los citados (el entramado delictivo es más amplio que el cerrado círculo de la condición pública), respecto a fondos municipales del Ayuntamiento Marbellí o de actuaciones de exclusiva competencia municipal.

En consecuencia, habría que considerar que la repercusión pública podría ser muy superior a la que estrictamente en la esfera penal procede analizar, pero ello no determina razón válida para una extralimitación del contorno competencial que según la legislación aplicable procede valorar.

Se señala en los escritos presentados por los solicitantes que ya el Tribunal Supremo, en una cuestión de competencia (de la que acompaña uno de ellos copia) suscitada entre un Juzgado de Instrucción de Marbella y este mismo Juzgado Central de Instrucción Nº 6, resolvió atribuir la competencia a la Audiencia Nacional.

Dicha resolución, Auto de 26 de diciembre de 2001 de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo (Pte. Andrés Ibáñez), señalaba: "El término "defraudación", que es el que guarda relación en principio con los hechos descritos, opera en la disposición transcrita (artículo 65.1 °.c) de la L.O.P.J.) con un sentido de mayor amplitud que el que le dio el legislador en el capítulo VI del Título XIII del Código Penal. Esta afirmación expresa un criterio interpretativo con carta de naturaleza en la jurisprudencia de la Audiencia Nacional y en la de esta sala. Así, "defraudación" es la acción de defraudar, y "fraude" equivale, en general a engaño punible, que concurre cuando se realiza una conducta típica consistente en distraer bienes valiéndose de la apariencia de una actividad contractual de derecho privado o administrativa en cuya regularidad confía el perjudicado.

De este modo, actos como los que constituyen el núcleo del objeto de la querrela, esto es, de simulación de relaciones comerciales con entidades de gestión de fondos municipales que habrían atendido, con fondos públicos, facturas falsas emitidas por prestaciones inexistentes, tienen perfecto encaje dentro del campo semántico de aquel concepto.

En presencia, pues, de una posible "defraudación" de las del precepto reseñado, se trata de ver si ésta aparece connotada por al menos una de las restantes exigencias legales. Es decir, si tuvo aptitud real o potencial para repercutir de forma grave en el tráfico mercantil o en la economía nacional, o para perjudicial económicamente a una generalidad de personas en el territorio de más de una Audiencia.

La idea de repercusión grave en el tráfico mercantil o en la economía nacional debe matizarse. Es obvio que, para que concurra, no se requiere la existencia de una acción con capacidad para incidir negativamente de manera global en uno u otro espacio. Así, bastará una clase de actividad que produzca efectos más o menos localizados, pero no relevantes por su intensidad claramente superior a la que en general acompaña a las actuaciones delictivas

genéricas que nutren la estadística criminal.

En el supuesto a examen la conducta denunciada tiene indudable proyección simultánea en dos ámbitos: el del tráfico mercantil y el de la economía pública. De un lado, porque los fondos distraídos estarían destinados a operar en el primero; a través de la contratación de servicios reales por las sociedades municipales. Del otro, porque el objeto de esos mismos fondos sería financiar actuaciones de carácter público, que no se habrían cumplido. Ciertamente se trata de actuaciones localizables en el ámbito de un municipio, pero también lo es que el municipio (art. 137 CE) es una de las articulaciones del Estado como tal. Así, el dato territorial por sí solo no es determinante y no puede ser objeto de una consideración meramente formal, pues siempre que se de en un marco local una acción delictiva singular por su trascendencia, como aquí ocurre, es razonable entender que la misma incidirá en el marco estatal, la "economía nacional" en este caso, de manera no indiferente.

Desde otro punto de vista, es claro que los hechos de la querrela habrían tenido realización en el territorio de más de una Audiencia, en este caso, el de las de Madrid y Málaga. A todo lo que ha de unirse que la investigación de la trama que se denuncia, además de desbordar el marco espacial de los Juzgados de Marbella, será de una evidente y notable complejidad, dado el alto número de entidades implicadas y el previsible volumen de las operaciones.

En fin, aunque las acciones descritas no hubieran incidido directamente en el patrimonio privado de los particulares, no cabe duda que el afectado final siempre sería una colectividad de éstos, en los que, como es obvio, está el origen de todo dinero público.”

Todo lo anteriormente fijado permite considerar que los razonados argumentos esgrimidos por los dos peticionarios no quepa asumirlos. Ello es así atendiendo al fundado dictamen del Ministerio Fiscal, fechado el 15 de enero de 2007, que íntegramente se ha reflejado en el apartado Hechos de esta resolución, y que en este momento se acoge a los efectos de justificar la motivación judicial para desestimar las peticiones articuladas.

El objeto de las actuaciones judiciales del Juzgado de Instrucción N° 5 de Marbella está precisado en el dictamen del Ministerio Fiscal de 15 de enero de 2007, delimitando el tipo de conducta penal y a quién en principio se le atribuye. La mera lectura de ese dictamen, en combinación con los datos aportados en los dos escritos interesando la inhibitoria, permiten considerar que no se dan los contornos fácticos que justificaron en su momento el dictado del auto de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 26 de diciembre de 2001.

En todo caso, se trata de unas actuaciones, las desarrolladas en el Juzgado de Instrucción N° 5 de Marbella, que por su estado actual de tramitación, amplitud, diversidad, profundidad, y complejidad, dadas las partes personadas, incluyendo a Ministerio Fiscal desde un primer momento (garante de la legalidad, de la adecuación del procedimiento a su objeto y finalidad, y de los derechos de los ciudadanos), están sometidas al control de legalidad y de adecuación a la norma competencial en origen.

Suscitar la cuestión de competencia por inhibitoria, aunque prevista legalmente, en este caso implica una alteración grave del sistema judicial de control, por cuanto se está excluyendo al Órgano Jurisdiccional que conoce de la investigación abierta, en todos sus elementos y con todas sus implicaciones, para que dé una respuesta fundada en Derecho.

Con los datos aportados, y considerando lo previamente expuesto, haciendo propios los argumentos del dictamen del Ministerio Fiscal de 15 de enero de 2007, procede desestimar la cuestión de competencia por inhibitoria suscitada.

Por todo lo cual, procede comunicar al Juzgado de Instrucción N° 5 de Marbella esta resolución, a los efectos de su conocimiento; y decretar el archivo de las presentes diligencias previas.”

Auto Sección Cuarta Audiencia Nacional de fecha 13-04-07

La primera cuestión suscitada gira en torno a la improcedencia de que el Tribunal invoque de oficio el haberse podido conculcar lo previsto en el n° 6 del artículo 19 de la L.E.Crim., esto es:

"podrán promover y sostener competencia:

6) el procesado y la parte civil, ya figure como actora, ya aparezca como responsable, dentro de los tres días siguientes al en que se les comunique la causa para calificación.”

Y, si bien a ello se dio respuesta en el auto de 30 de marzo pasado, debe significarse que lo contrario hubiera abocado a resolver, “in audita partem”, desconociendo qué argumentos expondrían precisamente por tratarse de una incidencia atinente a la válida constitución de la relación jurídica procesal de los intervinientes en la cuestión con su planteamiento por mors de meritado precepto, y en aras, en todo caso de velar por el desarrollo del mismo conforme a sus normas procedimentales que como se exponía en el antedicho auto, es de naturaleza de orden público su observancia, aduciéndose por los apelantes

que la Sala debe integrar la previsión del nº 6 del art. 19 de la L.E.Crim. con el art. 24(2º) de la Constitución Española, a virtud del principio de Igualdad de Armas, pues, al ser tal precepto preconstitucional procede su adecuación a la Carta Magna, y, hasta estimarlo derogado.

Junto a lo sobre ello informado por la ilustre representante del Ministerio Fiscal, en el sentido de que en esta cuestión por inhibitoria planteada ni por ende en la alzada, están personadas ni han sido oídas otras partes sí personadas en la causa tramitada en el Juzgado de Instrucción nº 5 de los de Marbella, registrada al nº 4.796/2005/, lo que quiebra ese principio de Igualdad de Armas, es qué aún cuando el art. 14 de la Constitución Española consagra genéricamente y de forma más explícita el art. 24(2º) de la misma “el derecho a un proceso con todas las garantías”, entre ellas la referida, subsisten en las leyes de procedimiento discriminaciones varias que gozan de una justificación objetiva y razonable que no por ello cabe entender contrarias a aquel, y que, el legislador ha optado por mantener, no sobre el papel exclusivamente, sino para hacer valer trascendencia jurídica, con lo que, tal como recoge la Sentencia del Tribunal Supremo reseñada por el Ministerio Público en el escrito impugnatorio de la apelación entablada, sigue vigente la aplicación de lo dispuesto en el nº6 del art. 19 de la L.E.Crim., y por ende, en su tenor literal, inviabiliza la pretendida legitimación de sendos recurrentes para el planteamiento de la competencia por inhibitoria articulada.

Efectivamente, cabe entender que más que un supuesto de cuestión de competencia entre Juzgados por razón del territorio sería un supuesto de competencia objetiva toda vez los J.C.I. tenerla asignada por el territorio nacional quedando así fuera de lo dispuesto en el nº 2 del art. 14 de la L.E.Cr.,:

“... serán competentes:

Segundo.- Para la instrucción de las causas, el Juez de instrucción del partido en que el delito se hubiere cometido...” y viniéndose a generar tales conflictos con los referidos Juzgados Centrales de Instrucción por poder entenderse que desde otro se han asumido o se está conociendo alguno de los atribuidos con exclusividad a aquellos, en base al art. 65 de la L.O.P.J., que los destaca atendiendo a la concurrencia de circunstancias distintas que las netamente derivadas del lugar de la comisión de los hechos.

No obstante lo anterior, la regulación procesal no formula distinto mecanismo de articulación que lo dispuesto en los arts. 19 y ss. de la L.E.Crim., hasta el punto que se aducen por los recurrentes tales preceptos en el escrito sobre la cuestión de competencia planteada y que la praxis judicial diaria, entre las cuestiones de competencia que surgen comúnmente entre un

Juzgado de Instrucción y un Juzgado Central de Instrucción se viene valiendo de tal normativa procesal tanto en su iniciación, tramitación hasta su resolución, que en última instancia la solventa el tribunal superior común, cual es el Tribunal Supremo, como de hecho consta en el testimonio deducido y que los recurrentes lo han invocado pero en torno a otra derivación distinta.

Ello nos lleva a concluir, que a más de mantenerse en vigor la previsión específica del art. 19(6º) de la L.E.Crim., es que, si se observa, el planteamiento por quien en todo caso si esté para ello legitimado encuentra en última instancia a discernir el conflicto al tribunal superior común, así se desprende de los arts. 22 de la L.E.Crim., art. 22 de la misma, del art. 51 de la L.O.P.J. en relación con el 20 de la ley procesal penal, resultando cuanto menos discutible que, de instar, la cuestión de competencia entre dos órganos jurisdiccionales su resolución sea como se viene argumentando al superior común, y, sin embargo, por la vía que las partes han discurrido, se abocaría a que la decisión incumba a un tribunal que no es superior de un órgano jurisdiccional a quién indudablemente afecta; lo que acuerde, examen esté que se ha introducido por la dispar situación procesal que se genera pero que no es lo decisivo ni determinante en cuanto se sigue considerando que los hoy apelantes no están legitimados para el planteamiento de la cuestión.

Finalmente, la confusa regulación de los arts. 19 y ss. de la L.E.Crim., deja una posibilidad en la previsión del art. 23 que no se corresponde con el párrafo 6 del art. 19 anterior pues parece lo contradice, pero viene a posibilitar se articule la reclamación ante "el tribunal superior a quien corresponda" expresión nada clarificadora, que quizás conjugación con el resto de los preceptos atinentes a la materia indique que, o sea el superior del que viene conociendo, entre las dos instancias exclusivamente, o bien el llamado a fijar definitivamente la competencia, que sería el superior común entre dos órganos jurisdiccionales de igual grado o Clase, procediendo por todo ello desestimar la cuestión de competencia planteada.

**La Sala asume, en esencia, la argumentación jurídica expuesta y considera resuelta la cuestión a favor del Juzgado de Instrucción nº 5 de Marbella.**

#### **5) Recursos contra esta resolución**

Sentado lo anterior y **con la misma finalidad de evitar indefensión alguna a las partes, aborda la Sala la cuestión de posibles recursos contra este Auto resolutorio de cuestiones previas.**

El artículo 676 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal establece **que contra el Auto resolutorio de la declinatoria** y contra el que admita las excepciones 2<sup>a</sup> (cosa juzgada), 3<sup>a</sup> (prescripción de delito) y 4<sup>a</sup> (amnistía o indulto) procede el recurso de apelación, entendiéndose **casación** según criterio jurisprudencial consolidado.

Contra el que las desestime, no se dará recurso alguno **salvo el que proceda contra la sentencia** sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 678.

Por el contrario, en trámite de procedimiento abreviado, el artículo 786.2 de la LECrim concede el trámite de cuestiones previas a las partes, reseñando que el Juez o Tribunal resolverá en el mismo acto lo procedente sobre las cuestiones planteadas. Frente a la decisión adoptada no cabrá recurso alguno, sin perjuicio de la pertinente protesta y de que la cuestión pueda ser reproducida, en su caso, **en el recurso frente a la sentencia.**

Pues bien, como los artículos de previo pronunciamiento presentados han sido tramitados y reconvertidos en cuestiones previas, junto con otras muchas cuestiones de nulidad planteadas por las partes (algunas reiteradas) y resueltas ahora en este Auto, garantizando con ello el derecho de defensa en un procedimiento complejo, iniciado como procedimiento abreviado y transformado en sumario, por lo que algunas cuestiones inicialmente planteadas se habían relegado al trámite de cuestiones previas inexistente en el sumario, como ya se ha dicho, **es por lo que queda aún por resolver el elemento diferenciador existente respecto de la declinatoria de jurisdicción a favor del Jurado y de la Audiencia Nacional resuelta y denegadas ambas, que no es otro que la posible intervención del Tribunal Supremo como supervisor de todo lo actuado por la Audiencia para que con su superior criterio resuelva lo que estime ajustado a derecho.**

De modo que para garantizar la intervención de nuestro Alto Tribunal, la Sala da a las partes que propusieron las cuestiones previas de atribución del enjuiciamiento de la presente causa del Tribunal del Jurado (Sres. Roca y Liétor) o a la Audiencia Nacional (Sr. Liétor, y a quienes se hayan adherido), pie de recurso de queja ante el Tribunal Supremo para que si así lo entienden pueda supervisar de inmediato, sin esperar el dictado de la sentencia, la actuación de la Audiencia.

## 6) Cosa juzgada y litispendencia

A) Por la dirección letrada del Sr. Roca Nicolás se alega como cuestión previa (artículo de previo pronunciamiento) la cosa juzgada y litispendencia, de forma genérica, alegando que alguno de los hechos ahora enjuiciados pudieran haber sido ya enjuiciados en el caso de Saqueo I, o pendiente de enjuiciamiento en el caso de Saqueo II, ambos en la Audiencia Nacional, circunstancias que no podrá acreditar hasta que reciba las pruebas solicitadas a la Sala.

Pues bien dada la generalidad de la alegación carente al menos de un principio de prueba como pudiera ser la sentencia del primero de los casos reseñados sobre la que se podría comprobar la concurrencia de hechos concretos ya juzgados con los que ahora se van a juzgar. Y respecto del segundo procedimiento reseñado, la coincidencia de hechos con los del escrito de acusación o alguna otra resolución que pudiera revelar a la Audiencia que se está produciendo esa duplicidad de enjuiciamientos, la Sala ha de desvirtuar tales pretensiones aunque con carácter provisional, en espera de que alguna de las pruebas propuestas pudiera acreditar sin duda alguna tal circunstancia, en cuyo caso la Sala excluiría del enjuiciamiento el hecho concreto de que se trate, continuándose, en su caso, por los restantes delitos imputados.

Y ello sin perjuicio, en su caso, de los supuestos de reiteración delictiva o de aplicación del principio Non bis in idem que pudiera plantearse en otros procedimientos.

B) Asimismo por la dirección técnica del Sr. Toledano Cardoso se invoca la excepción de cosa juzgada, toda vez que el primer Auto de procesamiento del año 2007 dictado por el Sr. Torres no acordó el procesamiento de esta parte, mientras que el segundo dictado en el año 2009 por el Sr. Corrales si acordó el procesamiento del Sr. Toledano. De ello deduce el Sr. Letrado que existe una evidente contradicción entre ambos autos, y el segundo Auto sin recoger hecho nuevo alguno y con evidente falta de motivación lo incluye como procesado vulnerando con ello el principio de cosa juzgada, por lo que debe revocarse este segundo Auto de procesamiento y acordarse por la Sala el sobreseimiento de las actuaciones respecto del Sr. Toledano.

Esta cuestión ya fue resuelta por la Sala en los Autos resolutorios de los recursos de apelación interpuestos contra los Autos de procesamiento. Textualmente se dijo:

**Se solicita por la representación procesal del Sr. Toledano Cardoso la nulidad del Auto de procesamiento por aplicación de la cosa juzgada porque en este mismo procedimiento en fecha de 18 de julio de 2007 ya**

**se dictó Auto de procesamiento, sin que se reseñen ahora hechos nuevos que puedan justificar el actual procesamiento.**

Así planteada la cuestión, entiende respetuosamente la Sala que no puede tener favorable acogida tal pretensión, pues conforme a reiterada jurisprudencia de la que puede ser buena muestra la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 3 de febrero de 1998: “para que opere la cosa juzgada es preciso que haya:

a) Identidad sustancial de los hechos motivadores de la sentencia firme y del segundo proceso.

b) Identidad de sujetos pasivos, de personas sentenciadas y acusadas.

Resolución firme y definitiva en que haya recaído un pronunciamiento condenatorio o excluyente de la condena. Se consideran resoluciones que producen cosa juzgada las sentencias y los autos de sobreseimiento libres firmes”.

En consecuencia, **no puede hablarse de cosa juzgada, cuando aún no ha recaído sentencia alguna sobre estos hechos en estas actuaciones ni en otro proceso, sino que seguimos moviéndonos en este ámbito interino de los procesamientos, lo que, per se, excluye la excepción extemporáneamente invocada.**

Y ello claro está, sin perjuicio de lo que estos hechos recogidos en el nuevo auto de procesamiento, en cuanto fuesen distintos pero relacionados con los anteriores, pudieran incardinarse en la **reiteración delictiva** consagrada en el art. 74 del Código Penal.

Y nuevamente ha de denegar la Sala esta pretensión, pues parte el procesado de una idea equivocada ya que **el mero hecho de que este procesado no fuese incluido en el primer Auto de procesamiento no conlleva que el mismo adquiera el carácter de cosa juzgada, al ser aquella una resolución meramente provisional basada en indicios.**

Indicios que no encontró el primer Juez Instructor pero que si lo hizo el segundo al realizar una nueva instrucción de nada menos que dos años, incrementando como consecuencia de esa nueva instrucción el número de delitos y de personas imputadas. **Por lo que reiteramos que en modo alguno se pueda hablar de cosa juzgada.**

## 7) Prescripción

A) Al respecto, la Sala debe realizar las siguientes **Consideraciones:**

a) Por diversas defensas se plantea de nuevo la cuestión de la prescripción de los delitos imputados a sus patrocinados, cuestión sobre la que ya se ha pronunciado la Sala en diversas resoluciones, singularmente en los Autos resolutorios de los recursos de apelación interpuestos contra los tres Autos de procesamiento, en los que ya se advertía la necesidad de acudir al plenario para dilucidar si concurren o no los requisitos necesarios para apreciar la prescripción en cada caso concreto, como así sigue ocurriendo aún.

b) Son numerosos los casos de solicitud de prescripción alegados y fundamentados en diversas incidencias relacionadas con el transcurso del tiempo legal como **base o presupuesto cronológico del instituto jurídico de la prescripción.**

c) Que como consecuencia de ello y por su propia naturaleza, la invocación de la prescripción no es una cuestión puramente jurídica sino que **se sustenta en una serie de hechos y de fechas cuya exacta delimitación debe ser examinada por el Tribunal en el plenario**, salvo casos clarísimos, analizando no solo el hecho concreto de la fecha, sino también la interpretación que las partes puedan realizar de aquellos datos que a efectos de interrupción de la misma pueden ser revelantes, como son **las declaraciones prestada por los propios interesados** y cuya relevancia a tales efectos debe ser apreciada por el Tribunal en base al conjunto de la prueba practicada en el plenario bajo los principios de inmediación, contradicción y defensa.

d) Por tal motivo ya la Sala había dicho que conforme a retirada jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, de la que puede ser buena muestra **la STS de 15 de mayo de 2002** "para que **la prescripción del delito pueda acordarse por la vía de los artículos de previo pronunciamiento** es necesario que la cuestión aparezca tan clara que de modo evidente y sin dejar duda al respecto, pueda afirmarse que, sin necesidad de la celebración Juicio Oral, ha transcurrido el **plazo designado al efecto por la Ley**", o como dice **la STS 15 de julio de 2004** "antes del juicio oral sólo podría admitirse la prescripción cuando no hay dudas sobre los elementos fácticos a tener en cuenta para determinar el transcurso del plazo prescriptivo, este podría solo así declararse de forma anticipada y previa al plenario".

e) Máxime si tenemos en cuenta que además de la posibilidad de interrupción de la prescripción por las circunstancias reseñadas, pueden entrar en juego otros **factores como la conexidad delictiva** o la continuidad delictiva que pueden incidir decisivamente en la apreciación o no de la prescripción.

Ya lo dijo la Sala:...en el mismo sentido el Tribunal Constitucional, en idéntica línea de excepcionalidad, se pronuncia en el sentido de que **"en un supuesto de continuidad delictiva resulta inconveniente anticipar cuestiones que sólo debieran haber sido resueltas tras el debate del Plenario y a la vista de todas las probanzas practicadas, aunque ello no sea un principio absoluto y pueda aplicarse anticipadamente la prescripción en casos de diafanidad incontrovertida, pero lo cierto es que no es ese el supuesto del delito continuado"**.

**B)** En aplicación de los criterios reseñados ya la Sala se había pronunciado sobre las peticiones concretas de prescripción invocadas y , como se adelantó, se ratifica en su postura de remisión al juicio oral. Así:

#### **1.- Prescripción delito fraude.-**

Se solicita por los Sres. Sánchez Zubizarreta, Liétor y Sánchez que la Sala **declare la prescripción del delito de Fraude imputado en este segundo Auto de procesamiento** por entender que el Convenio referente a la operación conocida como AVE MARIA se firmó el 10-09-02, mientras que la pieza separada 7.4/07 aperturada por estos hechos se hizo por Auto de 11-12-07 y el Sr. Sánchez Zubizarreta declaró sobre los mismos el día 16-06-08 por lo **que han transcurrido más de los tres años (e incluso más de cinco años) que a efectos de la prescripción prevé el art. 131 del Código Penal, al tratarse el imputado de un delito de fraude del art. 436 de dicho cuerpo legal castigado con pena de prisión de 1 a 3 años.**

Al respecto, forzoso resulta referirse a **la importante STS 22-4-04, ya citada que viene a introducir un matiz contrario a la aceptación de la prescripción de delitos por separado cuando aparezcan materialmente relacionados entre sí.**

Así señala la referida sentencia que: "La prescripción del delito tiene un doble fundamento, material y procesal. Por un lado, se reconoce a la prescripción una naturaleza jurídica material, en tanto se afirma que el transcurso del tiempo excluye la necesidad de aplicación de la pena, tanto desde la perspectiva de la retribución como de la prevención general o especial. Por otro lado, desde la perspectiva procesal, se destacan las

dificultades probatorias suscitadas en el enjuiciamiento de hechos muy distanciados en el tiempo respecto del momento del juicio.

**En los supuestos de enjuiciamiento de un comportamiento delictivo complejo que constituye una unidad delictiva íntimamente cohesionada de modo material, como sucede en los delitos instrumentales en que uno constituye un instrumento para la consumación o la ocultación de otro, y también en el cohecho cuando la dádiva tiene por objeto la realización por el funcionario de un acto delictivo, se plantea el problema de la prescripción separada, que puede conducir al resultado absurdo del enjuiciamiento aislado de una parcela de la realidad delictiva prescindiendo de aquélla que se estimase previamente prescrita y que resulta imprescindible para la comprensión, enjuiciamiento y sanción del comportamiento delictivo unitario.**

Acudiendo para la resolución de esta cuestión a los fundamentos procesales y especialmente a los materiales del propio instituto de la prescripción que se interpreta, la doctrina de esta Sala (sentencias de 14 de junio de 1965, 6 de noviembre de 1991, 28 de septiembre de 1992, 12 de marzo de 1993, 12 de abril de 1994, 18 de mayo y 22 de junio de 1995, 10 de noviembre de 1997, 29 de julio de 1998 y 21 de diciembre de 1999, entre otras), **estima que en estos supuestos la unidad delictiva prescribe de modo conjunto de modo que no cabe apreciar la prescripción aislada del delito instrumental mientras no prescriba el delito más grave o principal.**

Y ello porque no concurren los fundamentos en que se apoya la prescripción pues ni el transcurso del tiempo puede excluir la necesidad de aplicación de la pena para un único segmento subordinado de la conducta cuando subsiste para la acción delictiva principal, tanto si se contempla desde la perspectiva de la retribución como de la prevención general o especial, ni, por otro lado, en el ámbito procesal, puede mantenerse la subsistencia de dificultades probatorias suscitadas por el transcurso del tiempo que solo afecten a un segmento de la acción y no a la conducta delictiva en su conjunto. Las razones que avalan este criterio son de carácter sustantivo, por lo que no resulta aplicable en supuestos de mera conexidad procesal. Pues bien, en el caso actual, la conexidad material entre fraude y cohecho determina la prescripción conjunta de ambos, por lo que ninguno de ellos puede ser considerado prescrito".

**Aplicando la referida doctrina jurisprudencia; a las presentes actuaciones del "Caso Malaya", entiende la Sala que debe posponer todo pronunciamiento sobre esta cuestión hasta que en el plenario pueda comprobarse la existencia de una conexión material o simplemente**

procesal entre los delitos imputados a los distintos procesados en la operación nominada "Ave María" en la que son varios los procesados a los que se atribuye tanto el delito de cohecho como el de fraude (Sres. Muñoz, Roca, Arteché), mientras que a otros sólo se le imputa el Fraude (Concejales y Sres. Zubizarreta, Sánchez Hernández y Liétor Martínez en concepto de cooperadores necesarios).

## 2.- Prescripción delito blanqueo de capitales.-

Se interesa por los Sres. Tato, Hernando, Gilbert y Toledano, que la Sala declare la prescripción de los delitos de Blanqueo de Capitales que se les imputa. Y aunque la prescripción puede ser apreciada en cualquier momento procesal, incluso de oficio, sin embargo, no puede pronunciarse la Sala en este momento procesal, con conocimiento de causa suficiente por el siguiente motivo.

Solicitan tal prescripción por entender, como expresamente reseña el Sr. Hernando, que **la imputación que se les realiza es como cooperadores necesarios en un delito de blanqueo de capitales por mera imprudencia tipificado en el art. 301-3<sup>o</sup> del Código Penal, que llevaría aparejada pena de prisión de 6 meses a 2 años y multa, y como los hechos ocurren en 1999 y presta declaración el 26-06-07, habrían pasado más de 6 años y estarían prescritos, por tratarse de un delito menos grave a los que se refiere el art. 131.1 del citado Código Penal, y basando su argumentación en la frase contenido en el Auto de procesamiento, en el que el Sr. Instructor consigna que: me remito a la doctrina expuesta sobre la imprudencia en el delito de blanqueo de capitales.**

Sin embargo, **tales argumentos no son decisivos, pues es al Ministerio Fiscal y a las acusaciones a quienes corresponde calificar los hechos en sus respectivos escritos de acusación. Y ya el Ministerio Público en su informe ofrecido en la vista del recurso, reseñó con claridad su postura respecto a la actuación de los Sres. Tato, Blanco, Toledano, Rodrigo y otros, reseñando textualmente que la base de su procesamiento radica en la ocultación de bienes, con conductas de colaboración descritas en el art; 301 y que son dolosas, ya que por su profesiones o conocimientos sabían que estos negocios eran del Sr. Roca, por mucho que existiera un entramado societario.** Reiterando que eran conductas dolosas, no imprudentes, que consistían como mínimo en mirar para otro lado, un efecto de ceguera con objeto de dar salida a un patrimonio ilegalmente obtenido, que implicaría cuando menos la existencia de un dolo eventual.

Si se trataran de actuaciones dolosas, el art. 301 reseñado prevé penas de prisión de 6 meses a 6 años y multa del tanto al triple del valor de los bienes. Por su parte el art. 131 establece **un plazo de prescripción de 10 años** cuando la

pena máxima señalada por la ley sea prisión o inhabilitación por más de 5 años y que no excede de 10 años.

Así el Sr. Tato fue Administrador Único de Inversiones 100 y Explotaciones 100 desde el 8-3-95, renunciando el 30-12-97 y volviendo a ser nombrado el 27-1-99, apreciándose una última operación en fecha 11-6-04.

El Sr. Hernando es nombrado Administrador único de Condeor el 23-6-99, presentado su dimisión el 2-2-01 y actuando en ampliación de capital de la empresa el 28-7-00.

El Sr. Gilbert, firma el 27-10-05 el contrato de opción de venta y se le toma declaración en 2009.

El Sr. Toledano fue Administrador Único de Lipizzar de 26-7-01 a 15-2-05; de Rafly de 20-7-01 a 24-11-04 y de Condeor de 2-2-01 a 21-2-02, siendo su última operación reflejada en las actuaciones de fecha 26-11-04.

Y el Sr. Fernández Blanco fue Administrador de Inversiones 100 y Explotaciones 100 entre las fechas 30-12-07 a 27-1-99, siendo la última operación registrada el 27-1-99.

De todo ello se deduce que en el caso de que se acusase a los reseñados procesados por blanqueo de capitales doloso podrían no estar prescritas sus conductas (salvo error u omisión de esta primera e interina aproximación temporal a los hechos por parte de la Sala).

**Y naturalmente, será en el plenario donde habrá que dilucidar primero y resolver después en sentencia si la conducta de todos los imputados implicados en delitos de blanqueo fue dolosa o culposa, si es que las Acusaciones formularan calificación como dolosas.**

### **3.- Prescripción delitos fiscales.-**

A) Solicita la representación procesal del **Sr. Román Zurdo** la prescripción de la responsabilidad derivada de las obligaciones tributarias correspondientes a los **años 2001 y 2002 por considerar que el plazo prescriptorio de los delitos fiscales es de 4 años**. En principio, no es así.

En el presente caso tal y como mantiene el Ministerio Público en su escrito de impugnación del recurso las cuotas dejadas de ingresar en el año 2001, a computar el 30-6-02 prescribiría a los 5 años, esto es, el día 30-6-07. Y ya en abril de 2007 se dictó orden de detención contra el Sr. Román Zurdo por su implicación

en la denominada Operación Crucero Banús, declarando en calidad de imputado el 2 de mayo de 2007, declaración en la que, como dice el Ministerio Público, ya se le interrogó sobre el origen y propiedad de los fondos empleados para esa inversión así como el destino del beneficio obtenido con ello, por lo que tal vez pudiera considerarse interrumpido el plazo prescriptorio.

Ello sin perjuicio de que lo que pueda acreditarle en el plenario sobre fechas y contenidos de declaraciones que pudieran, en su caso, llevar a la Sala a conclusiones contrarias a las expuestas.

A mayor abundamiento, examinado ahora el escrito de defensa y las alegaciones vertidas en cuestiones previas, hemos de dejar a un lado la calificación de delito fiscal como continuado que realiza la Acusación popular por no ser jurídicamente admisible al tratarse de delitos autónomos derivados de ejercicios fiscales separados, pero al mismo tiempo de mantener que habrá de analizarse en el plenario si el informe obrante a los folios 41309 y ss tienen entidad suficiente para interrumpir la prescripción como mantienen las acusaciones, o si carece de ella, cuestión de la que podría depender la prescripción del primero o de los dos primeros ejercicios cuyo incumplimiento se imputa al título delictivo. Dicho informe habrá de valorarlo la Sala, junto con las restantes documentales y periciales que se practiquen en el plenario, para atribuirle el verdadero valor que a estos efectos prescriptorios se discute.

B) Y lo mismo cabe decir respecto del ejercicio fiscal de año 2001 del **Sr. San Agapito**, toda vez que partiendo del mismo plazo de prescripción de 5 años a contar desde el día 30 de junio de 2002, la cierto es que el mismo fue detenido y prestó al parecer declaración en el Juzgado sobre estos hechos el día 24 de Abril de 2007 dando su versión sobre los hechos que se le imputaban y que parecen referirse a la operación Crucero Banús, por lo que en principio pudiera haberse interrumpido la prescripción invocada.

Dicho sea ello, con la misma salvedad reseñada en el apartado anterior, y siendo de aplicación esta misma doctrina para los restantes implicados en esta operación, máxime cuando parece que el Sr. Hoffman se refiere también a la prescripción administrativa de cuatro años.

#### **4.- Prescripción delito blanqueo de capitales.-**

**Se interesa por los Sres. Roca, Soriano Pastor y Sra. Von Bismarck, que la Sala declare la prescripción del delito de Blanqueo de Capitales que se les imputa.** Y aunque la prescripción puede ser apreciada en cualquier momento procesal, incluso de oficio, sin embargo, no puede pronunciarse la

Sala en este momento procesal, con conocimiento de causa suficiente por el siguiente motivo.

Solicitan tal prescripción por entender, como parece desprenderse de la alegación de la Sra. Von Bismark que "es impensable la posibilidad de la comisión dolosa del delito de blanqueo de capitales, que **la imputación que se les realiza sería por mera imprudencia tipificado en el art. 301-3° del Código Penal**, que llevaría aparejada pena de prisión de 6 meses a 2 años y multa, y como el contrato se firma el 1-12-97 y prestan declaración en 2009, habrían pasado más de 6 años y estarían prescritos, por tratarse de un delito menos grave a los que se refiere el art. 131.1 del citado Código Penal.

Sin embargo, **tales argumentos no son decisivos, pues es al Ministerio Fiscal y a las acusaciones a quienes corresponde calificar los hechos en sus respectivos escritos de acusación. Y ya el Ministerio Público en su informe ofrecido en la vista de otro recurso, expresó con claridad su postura respecto a la actuación de los Sres. Tato, Blanco, Toledano, Rodrigo y otros, reseñando textualmente que la base de su procesamiento radica en la ocultación de bienes, con conductas de colaboración descritas en el art. 301 y que son dolosas, ya que por su profesiones o conocimientos sabían que estos negocios eran del Sr. Roca, por mucho que existiera un entramado societario.** Reiterando que eran conductas dolosas, no imprudentes, que consistían como mínimo en mirar para otro lado, un efecto de ceguera con objeto de dar salida a un patrimonio ilegalmente obtenido, que implicaría cuando menos la existencia de un dolo eventual.

Si se trataran de actuaciones dolosas, el art. 301 reseñado prevé penas de prisión de 6 meses a 6 años y multa del tanto al triplo del valor de los bienes. Por su parte el art. 131 establece **un plazo de prescripción de 10 años** cuando la pena máxima señalada por la ley sea prisión o inhabilitación por más de 5 años y que no excede de 10 años.

De todo ello se deduce que en el caso de que se acusase a los reseñados procesados por blanqueo de capitales doloso podrían no estar prescritas sus conductas (salvo error u omisión de esta primera e interina aproximación temporal a los hechos por parte de la Sala).

**Y naturalmente, será en el plenario donde habrá que dilucidar primero y resolver después en sentencia si la conducta de todos los imputados implicados en este delito de blanqueo fue dolosa o culposa, si es que las Acusaciones formularan calificación como dolosas, y deberá**

**acreditarse en el plenario la participación de todos ellos y el carácter delictivo de su conducta.**

Así respecto de **D. Antonio Soriano Pastor** como representante de la Sociedad Investbardulia firma el contrato de fecha 31-10-97 por el que esta sociedad adquiere a la entidad Pingüe S.L. cuya administradora es la Sra. Von Bismarck, el terreno de referencia, con precio aplazado, **manteniendo el recurrente que al haberse perfeccionado ese contrato el día en que se firma el mismo, estaría prescrito el delito, ya que a él no se le recibe declaración sobre estos hechos hasta el día 29 de Abril de 2009**, habiendo transcurrido 11 años y 3 meses, ya que, reitera que **el inicio del cómputo de la prescripción es el día de la firma del contrato con independencia del día en que se realizase el último pago.**

Por el contrario la **tesis del Ministerio Fiscal** es que el cómputo de la prescripción ha de iniciarse **a raíz del último pago** efectuado del precio convenido, que según el Auto de procesamiento fue transferido por D. Francisco al parecer el día 8-5-02, con lo que no estaría prescrito el delito al no haber transcurrido el plazo de 10 años anteriormente reseñado.

Ante tales **posiciones contradictoria** entiende la Sala que no puede resolver en este momento la existencia o no de prescripción, toda vez que habrá de comprobar en el plenario la certeza de las fechas incluida aquella en que realmente se toma declaración por primera vez al procesado, valorando el contenido de esa declaración y demás a las que hemos hecho referencia meramente indiciaria, y habrá que estar, además, a las calificaciones que realicen las Acusaciones sobre comisión dolosa o culposa del delito imputado y desde luego a lo que sobre tal extremo pueda acreditarse en el acto del juicio oral, así como la supuesta connivencia con el Sr. Roca o, por el contrario, la mera participación profesional en los hechos.

Respecto de la Sra. Von Bismarck administradora de la Sociedad Pingüe S.L. en el momento de la adquisición del terreno, resulta que aún admitiendo la fecha que ella misma ofrece en su escrito de recurso como el día en que **dejó de ser administradora de dicha sociedad que lo fija en el 9 de noviembre de 2000**, desligándose en consecuencia del último pago, recordemos realizado el 8 de mayo de 2002, incluso en esa anterior fecha, **podrían no haber transcurrido los 10 años** que a efectos de prescripción del delito doloso de blanqueo de capitales prevé el ya citado precepto legal.

Por lo que son de aplicación los razonamientos jurídicos anteriormente consignados sobre comprobación de fechas y **determinación del tipo delictivo concreto aplicable, doloso o culposo, si es que ha existido**

**alguno**, en las calificaciones, provisionales y definitivas, que argumenten las acusaciones, y sobre todo a lo que pueda **acreditarse en el plenario** sobre todos estos extremos.

En relación al Sr. Roca **no puede hablarse de prescripción sin determinarse antes, como ya se dijo, su participación en estos hechos** al no figurar, al parecer, en ninguno de los documentos referentes a la venta del terreno, valorándose en sentencia las **declaraciones supuestamente incriminatorias de los coprocesados**, comprobándose igualmente por orden y por cuenta de quien se efectuó último pago aplazado, y con la misma problemática de la fecha de inicio del cómputo de la prescripción (firma del contrato o último pago) al objeto de poder determinar si se ha cumplido o no el plazo prescriptorio legalmente establecido.

Finalmente, en cuanto a **D. Juan Luis Soriano Pastor** integrante del Gabinete Jurídico de referencia, con participaciones sociales y representante de Wanda Agropecuaria, aunque su participación en estos hechos, caso de que se acrediten en el plenario, parecen de menor entidad, no puede soslayarse el hecho de que, al parecer, el último pago realizado en cuantía de 24.040 € por Investbardulia a la empresa Plenitud Inversiones S.L (sucesora de Pingüe S.L.) el día 8-5-02, habría sido precedido por una transferencia por esa misma cuantía económica desde la cuenta de Vanda Agropecuaria, (representada por D. Juan Luís) a la cuenta de Investbardulia. De lo que pudiera desprenderse que en esa fecha inmediata anterior, dicho sea a título meramente indiciario y sin ánimo alguno de prejuzgar, D. Juan Luis bien de acuerdo con los otros procesados, o bien simplemente consintiendo tolerando, pudiera haber participado en los hechos enjuiciados. Por lo que habrá que determinar en el plenario si interviene o no en esta operación, y la trascendencia jurídica, en su caso, de su participación, extremos estos imposibles de determinar en este momento procesal **lo que determina que no pueda pronunciarse la Sala sobre la posible prescripción de los hechos tampoco respecto de este procesado por todos los motivos reseñados.**

## **5.- Delitos de cohecho**

**Y el mismo criterio de esperar a la celebración del juicio es aplicable a la prescripción de los delitos de cohecho imputados** por el Ministerio Fiscal.

**Así en la propia argumentación esgrimida por el Sr. Liétor al solicitar la prescripción se observa la existencia de cuestiones de fondo de influencia directa en la apreciación o denegación de esta excepción.** Alega que no puede haber cohecho porque no se ha concedido o está pendiente de

concesión la licencia de Rancho Hotel, razonando que la dádiva debe ser anterior, fijando las fechas anteriores de manera aleatoria que la Sala no puede comprobar en este momento; concretamente manifiesta que el ofrecimiento de la dádiva tuvo que producirse durante el año 2001. Asimismo discute el tipo penal delictivo concreto, dentro de las distintas figuras de cohecho, que debería interesarse en todo caso.

**Estos mismos razonamientos excluyen la resolución previa de esta cuestión al exigir determinar de quien procedía el acto de corrupción (corrompía o se dejaba corromper), que tipo delictivo concreto resultaría, en su caso aplicable, que valor ha de darse a las declaraciones efectuadas por los propios interesados a efectos de interrumpir o no la prescripción.**

En definitiva en estos y en los restantes casos de prescripción planteados, insiste la Sala en que **no pueden apreciarse como cuestión previa al no ser los examinados uno de esos casos clarísimos de prescripción a los que se refería la sentencia inicialmente citada. Habrá de esperarse, pues , a la celebración del plenario para resolver todos los casos de prescripción alegados con suficiente conocimiento de causa.**

## **8) JUEZ PREDETERMINADO POR LA LEY**

Se alega por las direcciones técnicas de los Sres Zambrana, Benavente, Villacampa, García Lebrón, Ruiz Casado y Olivo, entre otros, que las han formulado bien directamente como aquellos o por expresa o genérica adhesión **la vulneración del derecho al Juez Ordinario predeterminado por la Ley al haberse prescindido por el Sr. Instructor de las normas de reparto autoatribuyéndose el asunto conocido como “Caso Malaya”.**

### **1.- Evolución jurisprudencial del Tribunal Constitucional**

Un sector doctrinal viene poniendo de relieve la evolución que ha experimentado la jurisprudencia del Tribunal Constitucional al examinar el derecho al Juez predeterminado por la Ley en relación con el derecho a un Juez imparcial. Así:

**La STC 47/1982 de 12 de julio vinculó de forma clarísima el derecho a la imparcialidad del Juez dentro del derecho fundamental al Juez predeterminado por la Ley en los siguientes términos:**”Entre las normas que conducen a la determinación del juez, no se encuentra sólo las que establecen los límites de la jurisdicción y la competencia de los órganos jurisdiccionales . Están también las relativas a la concreta idoneidad de un determinado Juez en

relación con un concreto asunto, entre las cuales es preeminente la de imparcialidad, que se mide no sólo por las condiciones subjetivas de ecuanimidad y rectitud, sino también por las de desinterés y neutralidad”.

La doctrina constitucional posterior **va a rectificar en forma radical** la doctrina que se acaba de exponer.

Desde las sentencias del Tribunal (SSTC) 113/1987, de 29 de julio, 145/1988, de 12 de julio, y 164/1988, de 26 de septiembre **se ha excluido en forma clara y terminante el derecho a un Juez imparcial de la tutela del derecho fundamental al Juez ordinario predeterminado por la Ley, para atraerlo al ámbito del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías reconocido en el mismo art. 24.2 CE.**

No obstante admite la doctrina que esta cuestión no es pacífica, como después se verá.

## 2.- Contenido del derecho al juez ordinario predeterminado:

Ha sido constante la doctrina que **excluye del mismo, en principio, los aspectos relativos a la determinación de la competencia de los órganos jurisdiccionales y a la integración personal de los mismos**, aunque, respecto a esto, se haya dicho que, ***no cabe exigir el mismo grado de fijeza y predeterminación al órgano que a sus titulares, dadas las diversas contingencias que pueden afectar a los últimos en su situación personal (STC 69/2001)***. Pero advirtiendo que aquella garantía se traduce en exigencias para el legislador, a quien se reserva la potestad al efecto, sobre el grado de concreción en el establecimiento de los criterios atributivos, y también para la jurisdicción que no puede hacer aplicación de dichas normas desde la arbitrariedad o absoluta falta de razonabilidad.

Conviene aquí recordar la doctrina del Tribunal Constitucional de la que es indicativa la Sentencia 156/2007 (Sala Primera), de 2 julio en la que se dijo: *es doctrina constitucional reiterada que dicho derecho exige:*

*La preexistencia de unas **pautas generales de atribución de competencia** que permitan determinar, en cada supuesto, cuál es el Juzgado o Tribunal que ha de conocer del litigio (SSTC 37/2003, de 25 de febrero, y 115/2006, de 24 de abril), que el órgano judicial llamado a conocer de un caso **haya sido creado previamente por la norma jurídica.***

Que ésta le haya **dotado de jurisdicción y competencia con anterioridad al hecho** que motiva su actuación.

Que por el régimen orgánico y procesal al que esté sometido **no pueda calificarse como órgano especial o excepcional** (SSTC 171/1999, de 27 de septiembre , F. 2; 35/2000, de 14 de febrero, F. 2; 102/2000, de 10 de abril, F. 3; 68/2001, de 17 de marzo, F. 2; 69/2001, de 17 de marzo , F. 5; 170/2002, de 30 de septiembre, F. 10; 37/2003, de 25 de febrero, F. 4 ).

Que, son materias que **conciernen exclusivamente a los Tribunales de la jurisdicción ordinaria** (SSTC; 35/2000, de 14 de febrero y 126/2000, de 16 de mayo), de modo que al Tribunal Constitucional solamente le corresponde analizar si en el supuesto concreto **la interpretación y aplicación de las normas competenciales se ha efectuado de un modo manifiestamente irrazonable o arbitrario.**

Que esta Sala ha dicho que la discrepancia interpretativa sobre la normativa legal que distribuye la competencia entre órganos de la jurisdicción penal ordinaria no constituye infracción del derecho al juez predeterminado por la Ley (STS núm. 55/2007 de 23 de enero).

### **3.- Consecuencias de la infracción de la garantía constitucional:**

En nuestra reciente Sentencia de 2 de Noviembre del 2007 , recordábamos los criterios fijados con anterioridad sobre las consecuencias que pueden derivarse de la asunción de competencias luego reconocidas como no correspondientes.

*Como decíamos en la STS. 619/2006 de 5.6 , **el principio de seguridad jurídica y el de necesidad de conservación de los actos procesales**, art. 242 LOPJ , en los que no se haya observado la vulneración de normas esenciales del procedimiento que hayan ocasionado indefensión, **inclinan a mantener la validez de los actos procesales, especialmente en casos como el presente, en el que ni siquiera se observa vulneración alguna de norma procesal, sino de una interpretación que tiene argumentos para sostener ambas posiciones (STS. 10.12.2003 )**.*

En esta dirección la STS. 275/2004 de 5 de marzo , en un supuesto en que se examinaba la actuación investigadora de un Juzgado de Instrucción por un delito de falsificación de moneda -competencia exclusiva Audiencia Nacional, art. 65.1 d), LOPJ- declaró que "Salvo que se trate de

*vulneración de algún derecho fundamental de orden sustantivo (STC 81/1998, fundamento de derecho 2<sup>o</sup>) las posibles deficiencias procesales sólo pueden tener incidencia en el juicio oral cuando determinen la nulidad, por su **ilicitud**, de alguna prueba determinada. Y esto **no ocurre cuando se trata de casos de incompetencia territorial o asimilados**", añadiendo que: "**en modo alguno cabe considerar nulas las actuaciones de un Juzgado de Instrucción ordinario respecto de la investigación de delitos competencia de la Audiencia Nacional. A todos los efectos, aunque sea la clase de delito lo que determina la competencia de los Juzgados Centrales de Instrucción (razón objetiva), para los que aquí estamos examinando el problema tiene la misma naturaleza que si se tratara exclusivamente de una cuestión de competencia territorial, en consideración a las atribuciones genéricas que para instruir tienen todos los Juzgados de Instrucción distribuidos a lo largo del territorio nacional. Y en este sentido hay varias disposiciones de la LECriminal que dan supuesta la validez de lo actuado por un juzgado de esta clase aunque carezca de competencia territorial, (arts. 21.3, 22.2 y 24 ). Son válidas las actuaciones de todos aquellos respecto de los cuales se tramita una cuestión de competencia de esta clase**".*

Por tanto **los efectos anulatorios de los arts. 11, 238.1 y 240 LOPJ únicamente se producirían en los casos en que las diligencias hubieran, sido acordadas por un Juez de otro ámbito jurisdiccional, sin competencia objetiva para la investigación de delitos**, lo que no ocurrió el presente caso, en cuanto que, tanto funcional como objetivamente, el Juzgado de Córdoba que lleva a cabo las actuaciones está habilitado para ello, siendo aplicables el art .22.2 y el y art. 243.1 LOPJ en orden al principio de conservación de los actos encaminados a la investigación de los delitos, **sobre todo si tenemos en cuenta la habitualidad y frecuencia con que se inicia una causa ante el Juez de Instrucción ordinario, en cuyo conocimiento se ponen los hechos y luego, practicadas determinadas diligencias se remiten las actuaciones a la Audiencia Nacional.**

Como consecuencia de todo lo anterior, entiende la Sala que la crítica efectuada al primer instructor de que se atribuyera el caso Malaya en detrimento de un compañero de igual competencia, en modo alguno puede constituir la vulneración del derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley que denuncian las defensas.

#### **9) Nulidad por vulneración de normas de reparto**

Como queda dicho se ha alegado por algunas defensas **la nulidad del sumario por vulneración de las normas de reparto, al haberse auto**

**atribuido el Instructor el que después sería Sumario 7/07 del Juzgado de Instrucción nº 5 de Marbella.**

### **1.- Posición de esta Audiencia.-**

Esta cuestión ya fue resuelta por la sección Tercera y Sección Primera de esta Audiencia Provincial de Málaga al desestimar los correspondientes recursos de apelación interpuestos por las partes, al decir literalmente lo siguiente:

Se interesa por los recurrentes la nulidad radical del Auto de Procesamiento de 18 de Julio de 2007 por vulneración del derecho fundamental al Juez ordinario predeterminado por la ley, por no respetarse las **normas ordinarias de reparto**, ya que en el Juzgado de Instrucción nº 5 de Marbella se incoaron Diligencias Previas en fecha 12-11-05 a consecuencia de un escrito del Ministerio Fiscal a él dirigido en fecha 10-11-05, en lugar de remitirlo al Decanato para su reparto.

Pues bien, la realidad es que esta cuestión ha sido resuelta por la Audiencia Provincial en diversas ocasiones, la última mediante el Auto nº 87 de fecha 27 de febrero de 2009, (Recurso de Apelación nº 748/08) que viene a recoger el criterio de la Audiencia reflejado en el Auto de la Sección Tercera de fecha 24 de Abril de 2007 que ya estableció: que **las normas de reparto de asuntos entre los distintos Juzgados y Tribunales son disposiciones públicas de carácter interno que no tienen la función de establecer la jurisdicción ni la competencia, lo que corresponde a las Leyes procesales, sino regular la distribución del trabajo por exigencias o conveniencias de orden puramente interno y organizativo entre órganos jurisdiccionales que tienen la misma competencia territorial, objetiva y funcional**, por lo que la atribución de competencia de los órganos judiciales a la que afecta la predeterminación por Ley formal prevenida en el artículo 24-2 de la Constitución, no puede equipararse con el reparto o distribución del trabajo entre los distintos órganos jurisdiccionales, en el caso que nos ocupa entre los Juzgados de Instrucción de Marbella, dotados ex lege de la misma competencia material, de ahí que cuando la controversia se centra en cual debe ser el órgano jurisdiccional al que dentro de la jurisdicción ordinaria corresponde el conocimiento de determinado asunto, aún en los supuestos en que la decisión resolutoria de la misma se considerare contraria a las normas procesales, no entrañaría por si misma una vulneración de normas esenciales del procedimiento ni, por tanto, la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías, ni tampoco vulneración alguna del derecho constitucional al Juez ordinario predeterminado por la Ley contemplado en el

indicado artículo 24-2 de la Constitución ni, por ende, del derecho a un Juez imparcial, siendo por cuanto antecede que procede la desestimación de la nulidad de actuaciones sustentada en la vulneración de los derechos aludidos. Consideraciones estas que en el orden jurisdiccional penal en que nos encontramos no cabe obviar al amparo de lo prevenido en el artículo 4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en relación con lo dispuesto en el artículo 68 del mismo texto legal, que como resulta de la literalidad de su texto, su trascendencia viene en exclusiva limitada al reparto de asuntos civiles entre Juzgados de Primera Instancia y audiencias Provinciales divididas en Secciones que deban entender de dicha clase de asuntos.

**No obstante lo anterior, según se desprende del contenido de alguno de los recursos de apelación examinados, esta cuestión ha sido planteada y se encuentra pendiente de resolución por parte de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo y, al parecer, por parte del Tribunal Constitucional, cuyas decisiones podría tener relevancia decisiva en este asunto.**

## **2.- NATURALEZA DE LAS NORMAS DE REPARTO.-**

A la vista de lo consignado en el apartado anterior de esta resolución, lo que no ofrece duda alguna desde el punto de vista jurisprudencial, es que la vulneración de las normas de reparto no afecte al derecho al Juez predeterminado por la Ley, aunque en determinadas y excepcionales circunstancias puede afectar al derecho al Juez imparcial como ya se tratará en el ordinal siguiente de esta resolución.

En efecto según reiterada doctrina el reparto de asuntos entre Juzgados de la misma población, es decir, con la misma competencia territorial, tiene como finalidad no la aplicación de una norma de competencia, sino que se funda en el principio de la necesaria división del trabajo y con un criterio meramente gubernativo (no jurisdiccional) se fija la competencia del Juzgado concreto que deba instruir el asunto, siendo su última pretensión que todos los Juzgados de un mismo partido judicial conozcan, en la medida de lo posible, del mismo número de asuntos y de la misma variedad o naturaleza.

Así lo reconoce la Sentencia de 29 de marzo de 1994 del TSJA al reseñar como **precedente más inmediato** a la regulación actual la Orden de 19 de Junio de 1974 sobre organización y funcionamiento de los Decanatos de Juzgados, en cuyo art. 10.3º decía que: **“en las normas de reparto se procurará la más equitativa distribución de trabajo, unido a la mayor**

**eficacia del servicio, procurando la mayor homogeneidad en el tratamiento de los asuntos”.**

De modo que las normas de reparto no son normas determinantes de competencia, sino que se limitan a fijar una distribución de trabajo sin otro alcance, no quebrantando ni incidiendo sobre la competencia territorial de los Juzgados a los que afecte el reparto, siendo una cuestión puramente gubernativa.

Decía la STC núm. 804/2002, de 25 de abril, que “las normas de reparto son disposiciones públicas, aunque de carácter interno, que no tienen por finalidad establecer la competencia, lo que corresponde a las leyes procesales, sino regular la distribución de trabajo entre órganos jurisdiccionales que tienen la misma competencia territorial, objetiva y funcional...”\_En el mismo sentido, la STS número. 736/2002, de 25 de abril, recuerda que “el reparto sólo supone una distribución de asuntos –entre distintos órganos- que no puede afectar a su competencia objetiva y funcional...”, con cita de la STS núm.906/1997, de 10 septiembre. Y el Tribunal Constitucional, ha recordado en el ATC núm. 113/1999, de 28 de abril, que “como se sostiene en el ATC 13/1989 (fundamento jurídico 2º “no puede equipararse la atribución de competencia a los diversos órganos judiciales, a la que afecta la predeterminación por ley formal ex art. 24.2 de la Constitución, con el reparto o distribución del trabajo entre las diversas salas o secciones de un mismo tribunal, dotadas *ex lege* de la misma competencia material, que responde a exigencias o conveniencias de orden puramente interno y organizativo”.

De acuerdo con esta doctrina, el planteamiento del recurrente ante la sección 4ª de la sala de lo penal de la Audiencia Nacional no se refería a una auténtica cuestión de competencia, sino a la interpretación y aplicación de las normas de reparto.

Teniendo en cuenta que el recurso de casación establecido en el art. 35 de la LECrim para los supuestos en que se deniegue el requerimiento de inhibición se refiere exclusivamente a las cuestiones de competencia, el recurso interpuesto debería ser desestimado de plano, pues, conforme al art. 848 de la misma ley, **no puede aceptarse que quepa recurso de casación contra las decisiones de las Audiencias relativas a la interpretación de las normas de reparto de asuntos entre las mismas.**

Por otro lado, tampoco la infracción de las normas de reparto supone necesariamente la infracción de un derecho fundamental, concretamente del derecho al juez predeterminado por la ley, pues precisamente la distribución de asuntos entre distintos órganos a través de las normas de reparto

presupone que todos los afectados tienen el carácter de juez ordinario, carácter que no puede ser atribuido, alterado o negado si no es por una norma de rango legal, en virtud de la reserva establecida constitucionalmente. Por lo tanto, las normas de reparto no pueden distribuir los asuntos sino entre aquellos órganos jurisdiccionales previamente competentes según la ley. En la STS núm. 804/2002, de 25 de abril antes citada, se recordaba que el Tribunal Constitucional ha señalado, que, "desde la STC 47/1983, ha quedado establecido lo exige el art. 24.2 CE, en cuanto consagra el derecho constitucional al juez ordinario predeterminado por la ley es que " el órgano judicial haya sido creado previamente por la norma jurídica, que ésta le haya investido de jurisdicción y competencia con anterioridad al hecho motivador de la actuación o proceso judicial y que su régimen orgánico y procesal no permita calificarle de órgano especial o excepcional" (SSTC 23/1986, de 14 de febrero, 148/1987, de 28 de septiembre, 138/1991, de 20 de junio, 307/1993, de 25 de octubre y 193/1996, de 26 de noviembre) (STC núm. 170/2000, de 26 de junio). Por ello, en principio, las normas de reparto de los asuntos entre diversos órganos judiciales de la misma jurisdicción y ámbito de competencia, no se refieren al mencionado derecho". En este sentido se ha manifestado reiteradamente la jurisprudencia del Tribunal Supremo, sala penal, entre otras en STS núm. 906/1997, de 10 de septiembre; STS núm. 1.526/1998, de 9 de diciembre; STS núm. 541/2000, de 3 de abril; STS núm. 1.313/2000, de 21 de julio; STS núm. 917/2001, de 16 de mayo; STS núm. 736/2002, de 25 de abril, y STS núm. 804/2002, de 25 de abril.

Con ello no se quiere decir, ni se dice, que la infracción de las normas de reparto no pueda producir ninguna consecuencia jurídica. Incluso en el ámbito de los derechos fundamentales podría considerarse la posible infracción del derecho a un juez imparcial, si, como se señala en la STS núm. 736/2002, de 25 de abril, "con base en un incumplimiento de las mismas, se pudiera apreciar verdadera falta de imparcialidad del órgano actuante, porque la atribución del conocimiento de la causa equivaliera a una designación de juez especial o excepcional, en virtud de una decisión que buscase, de propósito, tal asignación *intuitu processum*."

Pero esa posibilidad no autoriza a plantear un recurso de casación a través de las previsiones del art. 35 de la LECrim, referidas exclusivamente, como hemos dicho, a las cuestiones de competencia por inhibitoria. TS sala 2.ª, S 28.5.2003.

3.-Sentencia Sala Contencioso-Advo. del Tribunal Supremo.-

A mayor abundamiento sobre el tema de las normas de reparto, transcribimos a continuación la Sentencia de fecha de 6 de noviembre de 2009 de la Sala de la Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo que desestimó las pretensiones del recurrente sobre esta materia.

A) Aparecen como premisa fáctica del presente recurso contencioso-administrativo los siguientes hechos:

1º.- D. Miguel Angel Torres Segura que venía desempeñando como Magistrado, en titularidad, el Juzgado de Instrucción nº 5 de Marbella, fue nombrado con fecha 30 de septiembre de 2005 por Real Decreto 1195/2005, para ocupar la plaza de Juez de lo Penal nº 5 de Granada. El citado Real Decreto, en su apartado veintinueve preveía el cese de los Magistrados en sus actuales destinos al día siguiente de su publicación, con excepción del Magistrado Miguel Angel Torres Segura que "cesará en su actual destino en los términos del acuerdo número 36 de la Comisión Permanente de 27 de septiembre de 2005".

2º.- Por acuerdo de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial, de fecha 27 de septiembre de 2005, se acordó diferir el cese del mencionado Magistrado en el Juzgado de Instrucción nº 5 de Marbella, "hasta tanto se ultimen los procedimientos penales a que hace referencia en su escrito de 21 de septiembre de 2005 y que se instruyen en el referido Juzgado".

3º.- Con fecha 25 de enero de 2006, la Comisión Permanente del CGPJ acordó conceder "comisión de servicio, con relevación de funciones, a favor de Don Miguel Angel Torres Segura, Magistrado-Juez electo en el Juzgado de lo Penal nº 5 de Granada y con cese diferido por Acuerdo de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial de 27 de septiembre de 2005 , al objeto de seguir actuando en el Juzgado de Instrucción no 5 de Marbella en la tramitación de los asuntos penales a que hace referencia en su escrito de 21 de septiembre de 2005 y hasta la finalización de dicha tramitación; todo ello sin solución de continuidad desde la toma de posesión del nuevo Magistrado destinado a este Juzgado, Don Miguel Angel Navarro Robles, momento en que cesará el Sr. Torres Segura como titular y deberá tomar posesión de su nuevo destino en Granada".

B) Alega el Abogado del Estado la inadmisibilidad del presente recurso en base a lo dispuesto en el artículo 69.a) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, al entender que este órgano carece de jurisdicción. Recuerda el Abogado del Estado que el recurrente impugna tres acuerdos diferentes: a) El denominado por los actores "*acuerdo de distribución de cometidos*", suscrito entre el Magistrado titular del Juzgado de Instrucción número

5 de Marbella y el Magistrado comisionado para el mismo órgano, fechado el 9 de marzo de 2006; b), el acuerdo de la Sala de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, de 28 de marzo de 2006, por el que se aprueba la distribución de asuntos entre los referidos Magistrados, y c), el Acuerdo de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial de 6 de abril de 2006 que avala el anterior acuerdo.

Recuerda el Abogado del Estado que del escrito de demanda se deduce que los actores han sido imputados en un proceso penal seguido ante el Juzgado de Instrucción número 5 de Marbella, y cuestionan el reparto de los asuntos entre el Magistrado Titular y el Comisionado, entendiendo que vulnera el derecho fundamental al Juez Ordinario predeterminado por la Ley, en ese asunto penal concreto.

Alega el Abogado del Estado que la falta de jurisdicción viene determinada por el artículo 68 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de aplicación supletoria, y por la jurisprudencia sentada en nuestra sentencia de 14 de septiembre de 2006, recaída en el recurso 92/2003.

Sin embargo es preciso distinguir entre el Acuerdo de reparto de asuntos, que luego servirá para determinar posteriormente la competencia, ante la remisión de la normativa legal a los mismos, en el caso de que deban tomarse por existir distintos órganos del mismo orden jurisdiccional, que tiene naturaleza administrativa y es susceptible de producir efectos jurídicos, en concreto a los propios Jueces que pueden ver afectada su carga de trabajo e incluso discrepar del reparto por su disconformidad con el ordenamiento jurídico; y de otra parte, la aplicación en un proceso penal concreto de dicho acuerdo, que en este caso si, ha de ser resuelto por el órgano jurisdiccional competente, a través del sistema de resoluciones y recursos previstos en las leyes procesales.

En el presente caso, con independencia de que los interesados parecen haber cuestionado también la competencia del Juez Comisionado en el Juzgado de Instrucción número 5 de Marbella en el orden jurisdiccional penal, lo que se impugna en el presente recurso es un Acuerdo de reparto de competencias, por lo que ha de rechazarse la inadmisibilidad alegada por el Abogado del Estado.

Si que es de acoger, sin embargo, el segundo de los motivos de oposición alegados por la Abogacía del Estado, la falta de legitimación de los recurrentes, a tenor de lo dispuesto en el artículo 69.2.a) por cuanto los recurrentes carecen, para impugnar de un acuerdo sobre reparto de asuntos, de interés legítimo, pues no han de obtener de su anulación beneficio alguno, sin perjuicio

naturalmente de que puedan impugnar en el caso concreto que les afecte la competencia del Juez en el orden jurisdiccional competente.

**C).-** Aún cuando la inadmisibilidad del recurso hace inútiles los razonamientos en cuanto al fondo, tampoco en esta parte tienen razón los recurrentes. En efecto **en cuanto a la alegada vulneración del derecho al juez ordinario predeterminado por la Ley, este Tribunal ha admitido la validez de las comisiones de servicio por necesidades de este en un Juzgado con titular a su frente (sentencia de 26 de octubre de 1995), y en el mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Constitucional en la sentencia que cita el Abogado del Estado 238/1998, de 15 de diciembre, que sostiene que no cabe exigir el mismo grado de fijeza al órgano que a sus titulares, considerando acorde con dicho derecho fundamental que, ante la situación de necesidad de un determinado órgano judicial se ejercite por el Consejo General del Poder Judicial la potestad que habilita la Ley Orgánica 16/1994, de 8 de noviembre, que introduce el nuevo artículo 216 bis.**

**D).-** Tampoco desde la alegación de ilegalidad del acuerdo impugnado podría prosperar la tesis del recurrente. Como recuerda el Abogado del Estado ha de partirse de los siguientes hechos: Por Acuerdo de la comisión Permanente del CGPJ de 27 de septiembre de 2005, dictado como consecuencia de la adjudicación de plazas realizada por el Real Decreto 1195/2005, de 30 de septiembre, de la que resulta el nombramiento del Magistrado D. Miguel Angel Torres Segura como titular del Juzgado de lo Penal nº 5 de Granada. Por Real Decreto 1550/2005, de 16 de diciembre se adjudica la plaza del Juzgado de Instrucción nº 5 de Marbella a Don Miguel Angel Navarro Robles. Este Acuerdo tiene por finalidad diferir el cese del Magistrado Torres Segura.

Posteriormente, con fecha 25 de enero de 2006, se dicta Acuerdo de la Comisión Permanente del CGPJ por el que se concede a dicho Magistrado comisión de servicios, con relevo de funciones y con el cese diferido, “al objeto de seguir actuando en el Juzgado de Instrucción nº 5 de Marbella en la tramitación de los asuntos penales a que hace referencia en su escrito de 21 de septiembre de 2005 y hasta la finalización de dicha tramitación; todo ello sin solución de continuidad desde la toma de posesión del nuevo Magistrado destinado a este Juzgado, Don Miguel Angel Navarro Robles, momento en que cesará el Sr. Torres Segura como titular y deberá tomar posesión de su nuevo destino en Granada”.

Como sostiene el Abogado del Estado, D. Miguel Angel Torres Segura era el Magistrado titular del Juzgado de Instrucción nº 5 de Marbella y de los

distintos actos administrativos dictados con posterioridad al Real Decreto 1195/2005 se deduce que no dejó de serlo hasta el momento en el que tomó posesión de su cargo el nuevo Magistrado titular D. Miguel Angel Navarro Robles, momento a partir del cual el Magistrado Torres Segura pasa a desempeñar su función en el Juzgado de Instrucción nº 5 de Marbella en calidad del Magistrado comisionado, en funciones de refuerzo.

En consecuencia, hasta la toma de posesión de D. Miguel Angel Navarro Rubio, que tiene lugar el 1 de febrero de 2006, el titular del Juzgado de Instrucción nº 5 de Marbella es D. Miguel Angel Torres Segura, en virtud del aplazamiento de su cese en dicho Juzgado acordado por resolución de 27 de septiembre de 2005.

La recurrente mantiene una interpretación estricta del contenido de la jurisdicción atribuida al Magistrado D. Miguel Torres Segura durante el periodo de cese diferido y el de comisión de servicios. Como sostiene el Abogado del Estado ha de distinguirse entre el periodo en el que el Magistrado Torres Segura está en situación de “cese diferido” y un segundo periodo de “comisión de servicios”, aunque desde la perspectiva del ejercicio de la jurisdicción en ambas situaciones goza el Magistrado del pleno ejercicio de las funciones jurisdiccionales en relación con los asuntos de que conoce el Juzgado al que está adscrito, ya sea con “cese diferido” o en calidad de “comisionado”.

**No es cierto, como sostienen los recurrentes que su jurisdicción a partir del Acuerdo por el que se difiere el cese, queda limitada a los asuntos de que ya estuviera conociendo, pues ni resulta de los Acuerdos administrativos referidos ni resulta del contenido de la LOPJ. Aunque el Acuerdo por el que se difiere el cese emplea la expresión “seguir actuando en el Juzgado de Instrucción nº 5 de Marbella en la tramitación de los asuntos penales a que hace referencia en su escrito de 21 de septiembre de 2005 y hasta la finalización de dicha tramitación”, compartimos el criterio del Abogado del Estado que ha de entenderse como expresión de la causa que justifica la medida de aplazamiento del cese y su duración y no como extensión de la competencia a ejercer por el Juez titular que se ve diferido su cese. De no entenderlo así, nadie tramitaría los asuntos hasta que cesara el Juez o se tendría que acudir a un Juez sustituto cuando seguía al frente del Juzgado el Juez titular del mismo.**

Como sostiene el Abogado del Estado la interpretación de los recurrentes, daría lugar a un resultado contrario al Ordenamiento que equivaldría a la configuración de un *juez ad hoc*.

A partir de la situación de comisión de servicios, acordada el 25 de enero de 2006, no se produce ninguna modificación desde la perspectiva de la jurisdicción atribuida al Magistrado Torres Segura, siendo el único cambio apreciable el relativo a su situación administrativa, que pasa a ser de comisión de servicios.

**Como sostiene el Abogado del Estado, contra la opinión de los recurrentes de que la comisión de servicios, como medida de refuerzo en un órgano judicial, obligaría a delimitar los asuntos de que puede conocer el “juez de refuerzo” que serían los asuntos de “nuevo ingreso o pendientes de señalamiento” (artículo 216 bis 2, 4º LOPJ).** Tal previsión legal queda, sin embargo, circunscrita a los supuestos en los que la comisión de servicios forma parte de un “plan de actualización del juzgado”, pero no, como es el caso, a los demás supuestos en los que la LOPJ autoriza al Consejo General del Poder Judicial a “acordar excepcionales medidas de apoyo judicial consistentes... en el otorgamiento de comisiones de servicio a jueces y magistrados” (art. 216 bis 1 LOPJ).

Compartimos con la demandada que en el presente supuesto **concurrían circunstancias excepcionales**, lo que no ha sido negado de contrario.

En relación con los Acuerdos de distribución de asuntos entre el Magistrado titular y el Magistrado comisionado, se alega por la actora que contradice los términos de la comisión de servicios del Magistrado Torres Segura, por alcanzar a otros asuntos no incluidos en la misma, pero ya se ha dicho que **la comisión de servicios no limitó la competencia jurisdiccional del Magistrado comisionado a un número limitado de asuntos, refiriéndose a determinados asuntos como causa de la comisión, no como su objeto o finalidad.**

Compartimos igualmente con el Abogado del Estado que **no cabe apreciar en dichos Acuerdos las irregularidades procedimentales invocadas por los recurrentes.** Recuerda dicha parte respecto a la naturaleza del acto recurrido, que no estamos ante un acuerdo de Sala de Gobierno sobre normas de reparto entre las distintas Secciones de un mismo órgano jurisdiccional o los distintos órganos unipersonales del mismo orden jurisdiccional (artículos 152.2 y 167 LOPJ) sino ante un mero acto de publicidad de los criterios establecidos para la distribución de la carga de trabajo entre el Magistrado titular y el Magistrado de apoyo de un mismo órgano jurisdiccional que impide realizar una traslación automática y rigurosa de los requisitos y presupuestos aplicables a las normas de reparto al supuesto aquí contemplado. Los Acuerdos impugnados se rigen por el artículo 216 bis 1 a 4 de la LOPJ para las medidas de refuerzo de la titularidad de los órganos

judiciales, y no por la de las normas de reparto entre los diversos órganos de la misma jurisdicción existentes en un determinado partido judicial o con la misma competencia territorial.

La fijación de unos criterios de distribución de asuntos responde además a lo expresamente requerido por la Comisión Permanente del CGPJ al acordar diferir el cese el 27 de septiembre de 2005, al exigir ser informada de los asuntos de cuyo conocimiento se haría cargo el Magistrado comisionado.

En consecuencia, en el presente estado de las actuaciones procede desestimar el presente recurso de casación, sin expresa imposición de las costas procesales a tenor de lo dispuesto en el artículo 139 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

**4.- Por todo ello la Sala se ratifica en que no se ha producido vulneración alguna del derecho al Juez predeterminado por la ley por la supuesta vulneración también en el de las normas de reparto y pasamos a analizar la cuestión también en el ámbito del derecho al Juez imparcial.**

#### **10) Juez imparcial**

Por algunas de las defensas se ha alegado **la nulidad del sumario por vulneración del derecho constitucional a un Juez imparcial**, que algunas de ellas ponen en relación con el derecho al Juez predeterminado por la Ley.

**A)** Al hilo de **la evolución de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional** reseñada en apartado anterior de esta resolución, hemos de resaltar la más reciente expresión de esta evolución, representada por la **S.T.S. de 1 de Julio de 2009** que viene a establecer que:

En primer lugar **hemos de diferenciar el derecho al juez ordinario respecto del derecho a un proceso con todas las garantías y, entre ellas el derecho a la imparcialidad del Juez.**

Aún cuando aquel derecho al juez ordinario legalmente predeterminado trasciende a la imparcialidad que exige la función jurisdiccional, la doctrina del Tribunal Constitucional, no sin previas vacilaciones, ha terminado por reconducir la exigencia de tal imparcialidad al contenido del derecho, establecido en el artículo 24.2 de la Constitución, a un proceso con todas las garantías.

Ya dábamos cuenta en nuestra Sentencia de 16 de Febrero del 2007 , de que el desarrollo a un proceso con todas las garantías proclamado en el art.

24.2 de la CE . comprende, según una dilatada jurisprudencia constitucional y del TS. (S.TC 145/88, TS. 16-10-98, 21-12-99, 7- 11-00, 9-10-01) **el derecho a un Juez o Tribunal imparcial, reconocido en el art. 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10-12-48 , en el art. 6.1 Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 411-50 y en el art. 14-1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 16-12-66 .**

**Esta tesis es acogida ya por la Sentencia del Tribunal Constitucional 145/88, al señalar que entre las garantías que deben incluirse en el derecho constitucional a un juicio público, con todas las garantías (art. 24.2 CE) se encuentra, aunque no se cite de manera expresa, el derecho a un juez imparcial "que constituye sin, duda una garantía fundamental de la administración de Justicia en un Estado de Derecho".**

**B) Y ninguna duda cabe sobre el alcance de tal garantía al Juez de Instrucción.**

Así lo reitera la STC 69/2001 cuando dice La jurisprudencia del Tribunal Constitucional contiene algunas referencias tangenciales a la garantía de imparcialidad desde el punto de vista del órgano encargado de la instrucción de los procesos penales. Así, la STC 106/1989 de 8 de junio, elevó la independencia judicial y la imparcialidad, garantizadas por los arts. 24.2 y 117.1 CE, a **<<nota consustancial de todo órgano jurisdiccional>>** ; y el ATC 1124/1988 de 10 de octubre a propósito de una queja relativa al derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes, razonó que **«la actividad del Juez Instrucción se encuentra regida por el principio de imparcialidad.** Desde este punto de vista la STC 145/1988, señalaba que **con su fundamentación «no se trata, ciertamente, de poner en duda la rectitud personal de los Jueces que lleven a cabo la instrucción ni de desconocer que ésta supone una investigación objetiva de la verdad, en la que el Instructor ha de indagar, consignar y apreciar las circunstancias tanto adversas como favorables al presunto reo (art. 2 LECrim )»,** pues es evidente que el Juez de Instrucción puede hallarse, al igual que el Juez sentenciador, en una particular relación con las partes y con el objeto del proceso susceptible de afectar negativamente a su ecuanimidad y rectitud de juicio.

La anterior conclusión viene corroborada con lo dispuesto en el art. 219 LOPJ, en la medida en que las causas legales de abstención y recusación se predicen de todos los Jueces y Magistrados, y específicamente en la LECrim, que no sólo reitera esta previsión (art. 52) sino que contempla expresamente la posibilidad de recusar al Juez de Instrucción (arts. 58 y 61 párrafo 2). Y es que, en la medida en que la instrucción criminal, pese a su finalidad inquisitiva,

obliga a consignar todas las circunstancias que puedan influir en la calificación de los hechos investigados, sean favorables o adversas al imputado, faculta para adoptar medidas cautelares que pueden afectar a derechos fundamentales de la persona y debe respetar algunos principios (derecho de defensa, a conocer la imputación, de contradicción e igualdad entre las partes), **se hace obligado que el instructor deba revestir las necesarias condiciones de neutralidad tanto en relación con las partes del proceso como sobre su objeto. En definitiva, el Juez de Instrucción, como cualquier Juez, debe ser un tercero ajeno a los intereses en litigio, a sus titulares y a las funciones que desempeñan en el proceso.**

En esta misma línea, cuando el **Tribunal Europeo de Derechos Humanos** ha analizado el contenido del art. 5.3 CEDI-1 , ha puesto de relieve, en una interpretación literal del precepto, que el ejercicio de funciones judiciales no se limita necesariamente a juzgar, y, de otro lado, desde una interpretación sistemática del Convenio, ha observado que **la finalidad de la norma es la de garantizar la imparcialidad y la objetividad de toda persona que ha de decidir sobre la privación de la libertad de otra.** (en este sentido se pronuncian las SSTEDH de 4 de diciembre de 197 , caso Schiesser; de 22 de mayo de 1984 , casos Jong y otros, Van der Sluijs y otros y Duinhof y Duijf; de 26 de mayo de 1988,, caso Pauwels; 23 octubre de 1990 , caso Huber; de 26 de noviembre de 1992, caso Brincat; de 28 de octubre de 1998, caso Assenov; y de 4 de julio de 2000, caso Niedbdala).

Así pues, **aunque el contenido constitucional de la garantía de imparcialidad del Juez de Instrucción, dada la configuración de nuestro sistema procesal, no sea idéntica a la que pueda predicarse del órgano de enjuiciamiento (pues habrá de ponerse en conexión con las resoluciones o determinaciones que concretamente haya adoptado en un determinado asunto), es también exigible a aquél en la medida en que en esta fase del proceso penal, tal y como viene diseñado en nuestras leyes procesales, ha de resolver las pretensiones que ante él se formulen sin prejuicios ni motivaciones ajenas a la recta aplicación del Derecho, y ha de exigirse la previa condición de que el Juez que las adopte aparezca tanto subjetiva como objetivamente neutral.**

Ahora bien, para que la garantía de la imparcialidad pueda estimarse vulnerada, y nuevamente cabe recordar lo dicho en la Sentencia del Tribunal , Constitucional 69/2001, **es siempre preciso que existan sospechas objetivamente justificadas, es decir, exteriorizadas y apoyadas en datos objetivos, que permitan afirmar fundadamente que el Juez no es ajeno a la causa o que permitan temer, por cualquier relación con el caso concreto, que no utilizará como criterio de juicio por la Ley, sino otras**

**consideraciones ajenas al Ordenamiento jurídico (S.T.C 162/1999 de 27 de Septiembre).**

Expuestas estas líneas jurisprudenciales necesarias para centrar el tema, hemos de **analizar los dos argumentos esenciales esgrimidos por las defensas para poner en tela de juicio la imparcialidad del Sr. Instructor, a saber:**

- **La asunción indebida de la competencia de este sumario,** cuestión íntimamente relacionada con el tema del Reparto examinado en el ordinal anterior de esta resolución, y
- **La invocación de hechos concretos que a juicio de las defensas vienen a acreditar la falta de imparcialidad.**

Examinémoslas por separado:

C) En cuanto a la supuesta asunción indebida de competencia, el propio Instructor en su Auto de fecha 18-1-2007 ofrece los argumentos jurídicos que le llevaron a mantener (es su criterio) la competencia sobre este asunto, ya que parte de la base de que la noticia criminal de esta supuesta trama de corrupción la aporta la declaración de D, Jorge González prestada a su presencia y en su Juzgado de Instrucción Nº 5 de Marbella el día 13 de Octubre de 2003, es decir, de su competencia y es a dicho Juzgado y a dichas Diligencias a las que el Ministerio Fiscal dirige el escrito de referencia.

En este orden de cosas, **el referido Auto de 2007** argumenta: “Se viene a alegar que el escrito del Ministerio Fiscal debió presentarse ante el Juez Decano para su reparto, razonamiento claramente interesado pues de éste modo se hubiera evitado que éste Juzgado conociera de la investigación lo que se pretende a toda costa, pero dicho razonamiento no se argumenta en modo alguno, no pasando de un mero deseo sin que se fundamente con datos. **El propio Ministerio Fiscal en su informe explica con claridad que en su escrito de 10 de noviembre se limita a hacer eco de las manifestaciones de Don Jorge González de las que conocía el instructor y se limitaba a poner en consideración del instructor que valorara esas declaraciones dado el conocimiento que había llegado a tener en razón de los múltiples procesos penales seguidos contra los anteriores integrantes de la Comisión Municipal de Marbella, interesando que se efectuara una valoración y se decidiera investigar las mismas, investigación que debía de realizarse de forma separada y secreta teniendo en cuenta la naturaleza de los hechos y las peculiaridades de la posición que se afirmaba ostentar el señor Roca, pues en otro caso,**

**poco o nada se podía investigar.** A continuación, como mantiene el Ministerio Fiscal, el Instructor siempre de acuerdo con el Ministerio Fiscal, incoa un procedimiento penal de oficio, para lo que está legitimado según nuestras leyes procesales, sin que exista infracción alguna de las normas de reparto ni se trate de deducción de testimonio ni de denuncia planteada por el Fiscal, sino que se trata, cabe añadir de **un mero escrito dirigido al Juzgado que en modo alguno puede entenderse como denuncia,** pues las mismas se presentan en el Juzgado de Guardia o en el Decanato, debiendo concluirse que no se trataba de una denuncia que debía haberse presentado en el Decanato, sino que precisamente por no tratarse de una denuncia, no se presentó en el propio Decanato sino en este Juzgado.

Ante este escrito del Fiscal, el Instructor podía hacer varias cosas. La primera era hacer caso omiso y continuar la investigación en las propias Diligencias Previas 3.021/03 en la que se había producido la declaración de Don Jorge González. La segunda era deducir testimonio de ese escrito lógicamente, dirigido a las citadas diligencias previas, y mandarlo a reparto, siendo lo lógico que se hubiera acordado la inhibición por el Juzgado al que le hubiera correspondido a favor de éste Juzgado por conocimiento previo pues se refería a los hechos objeto de las Diligencias Previas 3.021/03. Esta opción conlleva a su vez que **la deducción de testimonio se hiciera constar en ese procedimiento, en el que se encuentran personados varios concejales del Ayuntamiento de Marbella, que adquirirían inmediato conocimiento de la deducción del testimonio y de la incoación de las previas, y por ende también el propio señor Roca, que conoce como se ha comprobado a día de hoy, todo lo que pasa en los Juzgados de Marbella entre otras razones, porque los propios concejales le ponían al día y compartía con los mismos procuradora, además de que poco tiempo después el propio Roca fue imputado en las propias diligencias previas antes citadas y tuvo acceso a las actuaciones. No hay que olvidar las dificultades que ha entrañado mantener la absoluta reserva en éste procedimiento hasta las primeras detenciones de forma que el círculo de personas que conocían su existencia era muy reducido, que se ha tramitado por las tardes para no mostrar nada extraño, que se ha mantenido fuera del procedimiento previsto en el programa informático para evitar filtraciones, y que no se ha comentado nada sobre él. Sí a todo ello unimos que un funcionario del Juzgado número 1 de éste localidad se encuentra imputado por facilitar información a Roca sobre lo que ocurría en el Juzgado que éste le remuneraba con favores, dinero y un reloj, y que Roca disponía de funcionarios de la Policía Local que le mantenían al tanto de cualquier signo de vigilancias y le pasaban las**

matriculas de vehículos sospechosos, además de intervenir importantes cantidades en **aparatos tecnológicos de grabación** o para evitar obtener datos sobre sus actividades, se comprenderá que el mismo día de deducir testimonio o remitir escrito a reparto, hubiera sido el mismo día del fracaso de la investigación.”

**A juicio del Tribunal este criterio del Sr. Instructor se basa en criterios objetivos, pues es cierto que la *notitia criminis* no la aporta el Ministerio Fiscal, sino que surge de la declaración del Sr. González, de modo que el escrito del Ministerio Fiscal no tiene porque considerarse como una denuncia independiente generadora de la obligación de turnarla al Decanato.**

**Además el temor a la filtración de la investigación no es superfluo e infundado ya que existen imputaciones contra funcionarios judiciales y policiales, así como miembros de seguridad, e incluso inicialmente algún Guardia Civil, acusados de facilitar datos al Sr. Roca para garantizar su seguridad. Incluso se ha condenado a un Magistrado titular de un Juzgado de Marbella por aceptar dinero de este procesado a cambio de supuestos favores judiciales.**

**Y esa objetividad de indicios y sospechas es evidente que pudieron alertar al Instructor que tenía obligación de adoptar las medidas precautorias necesarias para evitar que una filtración pusiese en alerta a los supuestos actores de estos hechos y pudieran hacer fracasar la investigación. ¿Por qué no pudo ser este el único móvil que impulsara al Sr. Instructor a continuar personalmente la investigación que se había descubierto e iniciado en su Juzgado?**

**Y lo que aun es más importante, sentadas estas premisas, ¿ puede afirmarse objetivamente hablando que esta resolución, que estos criterios tenidos en cuenta por el Instructor son arbitrarios e irracionales?**

No olvidemos como la ya señalada S.T.S que establecía que las vulneraciones de las normas de competencia territorial únicamente tenían carácter casacional cuando la actuación había sido irracional o arbitraria, no cuando estemos ante posturas razonables y razonadas aún y cuando sean equivocadas.

**Con mayor razón aún cuando ni siquiera hablamos de competencia sino de un escalón muy inferior cual es el de las normas de reparto.**

**D) La segunda argumentación para invocar la vulneración del derecho a un Juez imparcial la encontraríamos cuando la actuación del Instructor acreditara de forma fehaciente esa falta de imparcialidad.**

Sentado lo anterior, debe la Sala examinar los motivos que las partes alegan para tratar de acreditar la falta de imparcialidad que se atribuye al Instructor así como la objetividad de tales motivos. Al respecto se argumenta por las defensas;

**a) Las detenciones masivas, injustas, desproporcionadas, innecesarias**, con superación del plazo legal de detención, carencia de motivación, forma perjudicial de llevarlas a cabo, falta de citación previa a la detención, crueldad de las mismas, etc; Cuestión está tratada y resuelta por la Sala en el apartado 12 de esta resolución en sentido negativo, amparándose incluso en la resolución del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía que vino a resolver esta cuestión en sentido negativo para las pretensiones de las partes.

A dicho apartado nos remitimos en evitación de innecesarias repeticiones, y su contenido sirve para excluir este motivo como dato objetivo de la falta de imparcialidad del Juez instructor invocado por las partes.

**b) Se invoca también como motivo de esa falta de imparcialidad del Sr. Instructor.**

El hecho de que, en su supuesto afán de instruir esta causa se extralimitara en el ámbito territorial de su jurisdicción.

Así se invoca por una de las defensas que en el inicio de la investigación la UDYCO comunica al Instructor la existencia de un siniestro en que un toro corneó a una persona y lo mató, **hecho acaecido en un municipio de Madrid**, siendo así que el Instructor pese a no tener competencia territorial acordó extender las intervenciones telefónicas a este hecho, por lo que entiende que tiene que declararse la nulidad de todas las escuchas por falta de competencia territorial.

O como mantiene alguna otra defensa al afirmar que el Instructor **actuó como un Juez Central de Instrucción**, sin competencia a lo largo del territorio nacional.

Sin embargo, **tales alegaciones no son suficientes para acreditar la falta de imparcialidad que se predica del Instructor.**

Así **la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 21 de Noviembre de 2008** establece que: “ La sentencia de instancia no ahorra críticas al proceder del Juez de Instrucción del Puerto de Santa María y así podemos leer en uno de los párrafos del extensísimo fundamento jurídico primero: “ Ciertamente no puede negarse que por el Juez Instructor en su afán de magnificar el proceso y de atraerse competencias territoriales que no le correspondían y que habrían desembocado en una macro causa con un elevado número de tomos, procesados y defensas con evidente repercusión en la complejidad de la misma y en su adecuado control, ha incurrido en claras e importantes irregularidades, si bien, ninguna de ellas como justificaremos conlleva nulidad alguna por vulneración grosera de derechos fundamentales». Efectivamente, un estudio de las actuaciones permite verificar que el Juez de Instrucción del Puerto de Santa María, extendió la competencia a éstos dos recurrentes al entender que existía una organización entre éstos y las otras personas, sobre las que previamente ya estaban siendo investigadas, pero también es lo cierto que, finalmente, no hubo acusación, ni condena por organización, y que en definitiva, la propia Audiencia Provincial en virtud de los recursos formalizados desgajó de la causa abierta por el Juez de Instrucción del Puerto de Santa María, la parte correspondiente a la encuesta judicial relativa a los dos recurrentes y la envió al Juez competente territorialmente, el de Jerez de la Frontera, como también había solicitado el Ministerio Fiscal, y por eso, en definitiva quien terminó siendo el instructor de la causa fue el de Jerez, por ello, el órgano de enjuiciamiento fue la Sección VIII de la Audiencia Provincial de Cádiz, sede en Jerez de la Frontera. Esta situación, que como se ha visto, fue temporáneamente corregida el exceso de jurisdicción territorial que no ha generado indefensión ni quebrantamiento de derechos fundamentales, pues en definitiva, el derecho al Juez predeterminado por la Ley se refiere, fundamentalmente, al Tribunal de enjuiciamiento y éste fue, finalmente, la Sección VIII .”

Como se concluyó en la sentencia, no existió nulidad alguna ni violación de derechos fundamentales máxime si se tiene en cuenta que los recurrentes ni han argumentado ni aportado evidencias con un mínimo de consistencia que pudieran acreditar en qué sentido y aspecto se ha producido la alegada -y sólo alegada- vulneración al Juez predeterminado por la Ley, cuando, reiteramos, dicho Tribunal fue el de Jerez de la Frontera -Sección VIII de la Audiencia Provincial de Cádiz-, a quien correspondía y correspondió el enjuiciamiento. Procede la desestimación del motivo".

**En fin este modo de proceder es el aplicable en multitud de supuestos en que está empeñada cuestión de competencia entre juzgados de instrucción dispersos por la geografía nacional y los juzgados centrales de instrucción, por solo citar un ejemplo. En este**

sentido la STS 27712003. de 26 de febrero , citada por la más reciente STS 5512007, de 23 de enero nos dice que "esta Sala ha dicho que la discrepancia interpretativa sobre la normativa legal que distribuye la competencia entre órganos de la jurisdicción penal ordinaria no constituye infracción del derecho al juez predeterminado por la Ley" STS núm. 1980/2001 de 25 de enero.

C) Otro argumento importante a favor de la imparcialidad de Sr. Instructor es que en el sumario 7/07 **se practican dos instrucciones**, la segunda complementaria de la primera; esta última la lleva a cabo D Miguel Angel Torres y es a quien, en esencia, se le atribuye falta de imparcialidad.

La segunda la efectúa D. Oscar Corrales **quien no sólo mantiene las imputaciones del primer instructor, sino que, además, las incrementa, aumentando notoriamente el numero de imputados y atribuyéndole a alguno de ellos nuevos delitos.**

Circunstancia esta que no habría ocurrido si el nuevo Instructor, sobre el que en principio no hay tacha de parcialidad, hubiese observado que sí concurría esta cualidad en la actuación del Sr. Torres, y **habría podido acordar el sobreseimiento de aquello que no considerase ajustado a derecho , pues actuaba evidentemente con libertad de criterio y plenitud jurisdiccional.** Sin embargo, como queda dicho, no solo no sobreseyó, sino que amplió el procedimiento.

Y esta nueva instrucción por parte de un segundo Juez tiene **relevancia** a estos efectos de nulidad por falta de imparcialidad en la instrucción, pues la reciente sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el conocido como caso Vera , tras censurar la actuación del Juez Instructor por falta de imparcialidad por razón de enemistad manifiesta hacia el procesado, con el que había coincidido en actividades políticas poco antes de reincorporarse a la Audiencia Nacional, sin embargo declara el Tribunal que **España no violó el Convenio Europeo de Derechos Humanos toda vez que el Magistrado del Tribunal Supremo Sr Moner llevó a cabo una nueva instrucción de la causa.**

Y en el hipotético caso, no acreditado en modo alguno, de que hubiese existido algún interés en la causa por parte del primer Instructor, habría quedado subsanada por la segunda Instrucción llevada a cabo por el Sr., Corrales, **durante más de dos años, validando la actuación del primer Instructor y ampliando las imputaciones.**

A mayor abundamiento, hay que recordar que las resoluciones dictadas por el Sr. Instructor han sido ratificadas en su mayoría primero por la Sección Tercera y después por la Sección Primera de esta Audiencia, al no apreciar la falta de imparcialidad que le atribuyen las defensas.

d) Otro de los motivos que se invocan para tratar de acreditar la falta de imparcialidad del Instructor Sr. Torres es el hecho de que fue visto en una grabación de televisión portando un libro de reciente publicación de una periodista sobre el Caso Malaya.

La Sala entiende que tal circunstancia nada acredita en orden a la cuestión dilucidada, ni tiene por si misma trascendencia alguna a estos efectos.

e) Se alega asimismo como motivo de falta de imparcialidad del Instructor **el hecho de haber aceptado y recibido una condecoración al mérito policial y una segunda condecoración otorgada por la Gestora del Ayuntamiento de Marbella, Corporación que se encuentra constituida en el proceso como Acusación particular.**

La Sala ya se pronunció sobre esta materia de resolver sobre la recusación del Instructor Ilmo. Sr. D. Miguel Angel Torres, planteada en coincidencia con la fecha (un día de diferencia) con el Auto de procesamiento de 500 folios dictado el día 18-07-07, desestimando la recusación.

Pues bien, cualesquiera que sea la opinión que se sustente sobre la conveniencia o no de aceptar tales condecoraciones, por mera estética, **la realidad es que en modo alguno puede admitirse que su concesión pudiera afectar a su imparcialidad, no sólo por el hecho puramente objetivo de que son concedidas al finalizar su labor instructora, sino además, porque resulta excesivo vincular la pérdida consciente de su imparcialidad a la concesión de las condecoraciones de referencia.**

No obstante, la Sala ya dijo que otra cosa sería si a lo largo del plenario pudiera acreditarse cualquier tipo de influencia de tales condecoraciones en la actividad procesal del Sr. Instructor, lo que la Sala considera poco probable por la misma naturaleza del motivo alegado.

**f) Y lo mismo cabe decir respecto de los restantes argumentos que las defensas han esgrimido para tratar de acreditar la supuesta parcialidad del Sr. Instructor.** Interés acusatorio evidente; exclusión del sumario de las circunstancias favorables para los procesados; falta de protección judicial ante la actuación policial; escuchas, registros y detenciones,

cuestiones todas ellas que han sido tratadas en otros apartados de esta resolución y de las que la Sala no extrae las consecuencia de falta de imparcialidad que le atribuyen las defensas al Sr. Instructor.

**Lo cierto y verdad es que la Sala no encuentra dato objetivo alguno que permita afirmar, fundadamente, que el Ilmo. Sr. Instructor haya podido instruir el presente sumario en base a otras consideraciones que no sea la estricta aplicación de la ley.**

### **11) Escuchas telefónicas.**

*1 ) De nulidad de las intervenciones telefónicas y de todo lo actuado con posterioridad.*

*La letrada D<sup>a</sup>. Rocío Amigo, en defensa del Sr. Roca Nicolás, plantea como primera cuestión previa la nulidad de todas las intervenciones telefónicas. Aduce que todas las pruebas están contaminadas. Para la primera intervención telefónica de los cuatro teléfonos de su mandante sólo se alega la declaración del testigo Sr. González, y que su cliente está incurso en el caso Saqueo. El auto de 18 de noviembre, es nulo por falta absoluta de proporcionalidad; de motivación; porque se adopta como medida principal la intervención telefónica; no se espera el resultado de la prueba, y no se puede realizar ninguna investigación exhaustiva en 5 días. El 5 de diciembre la policía remite un oficio solicitando el cese de tres teléfonos, pero pidiendo intervención de 4 nuevos teléfonos de su mandante. Sin motivación se interviene un teléfono más. Respecto a la proporcionalidad de la medida se remite al auto anterior. Se procede la intervención de los teléfonos de los Sres. Gardoqui, Benavente y Escobar alegando la falta de accesibilidad al Sr. Roca. En Auto de 9 de diciembre se acuerda la intervención telefónica del teléfono del Sr. Benavente constando en el folio 44 y al folio 360 consta la respuesta de Amena que no se puede intervenir por no corresponder con el abonado. Oficio de 12 de diciembre la policía solicita la intervención de Isabel García Marcos y Victoriano Rodríguez, así como de la Alcaldesa por entender que puede existir colaboración con el Sr. Roca. Falta absoluta de motivación con lo solicitado en el oficio de la policía, remitiéndose continuamente a los oficios anteriores. Respecto al auto donde se acuerdan la intervenciones telefónicas, se remite a*

los mismos criterios de los autos anteriores. Oficio 20 de diciembre se solicita nuevo cese, y nuevo solicitud de intervención telefónica, en este caso alegando que la alcaldesa se pone en contacto con el Sr. Roca. Oficio 5 de enero, comienza a ofrecer el resultado de las escuchas. Se interesa la nulidad del Auto de la misma fecha. En oficio de 7 de febrero, la relación de una serie de sociedades relacionadas con el Sr. Roca. Auto de 8 de febrero, se acuerda una nueva intervención telefónica. Se solicita la nulidad de este auto. Oficio de 20 de febrero de la policía, donde da cuenta de conversaciones que no era objeto de intervención. Autos de 20, 24, de enero y 1, 6, 7, 13 14, 21,22, 23 de marzo. Se solicita, en definitiva la nulidad de todas y cada una de las intervenciones telefónicas que se acordaron en la fase de instrucción haciendo especial mención a la falta de motivación, violación de los derechos fundamentales al secreto de comunicación, falta de proporcionalidad, subsidiariedad y excepcionalidad.

Por el Letrado D. Horacio Oliva, en defensa de los Sres. Sánchez Martín, Soriano Pastor, Soriano Pastor y Soriano Zurita se adhiere a dicha cuestión previa de vulneración de los derechos fundamentales: nulidad de escuchas telefónicas art. 18.3 y en general vulneración de los arts. 17 y 18 de la CE. Hace referencia a la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de 9 de marzo de 2010, requisitos para la injerencia de las comunicaciones telefónicas, aquí se establece como base la motivación, recoge los requisitos generales para la injerencia de los derechos fundamentales

El Letrado Sr. Soriano Zurita, en defensa del Sr. Sánchez Zubizarreta, también se adhiere a la citada vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones. **Todas las actuaciones son nulas porque se han obviado todos los derechos fundamentales y porque el juez ha estado en todo momento a las órdenes de la Policía.**

Prácticamente la generalidad de las defensas se han adherido bien de forma expresa o tácita a estas solicitudes de nulidad de las escuchas telefónicas.

## 2 ) DOCTRINA.-

*Las intervenciones telefónicas, instrumento procesal penal en la instrucción, presupone un previo acto jurisdiccional limitativo del derecho fundamental al secreto de las conversaciones telefónicas consagrado en el art.18.2 de la Constitución Española; y en cuanto a los requisitos necesarios que deben reunir tales intervenciones para que surtan efectos positivos en el acto del juicio oral la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo ha consolidado un cuerpo de doctrina jurisprudencial uniforme, en sintonía con la del Tribunal Constitucional, que parte del principio de que si bien existen requisitos generales en la adopción y desarrollo de la medida---fundamentación de la misma, especialidad y control judicial---cuya inobservancia conlleva la nulidad de pleno derecho de las intervenciones telefónicas afectadas por la vulneración de la legalidad constitucional y la invalidez de otras fuentes de prueba que se deriven de la nula intervención, aparecen otros requisitos derivados de la legalidad ordinaria, de las normas procesales, cuya omisión no acarrea conculcación de derechos fundamentales, constituyendo una ilicitud que sólo tendrá incidencia en la validez de la intervención como medio de prueba en si misma, sin trascender sus efectos al resto de la prueba. AN Sala de lo Penal, sec. 1ª, S 25-1-2010, nº 7/2010.*

*Si bien es cierto que la regulación normativa de las escuchas telefónicas no es modélica y acabada en nuestro derecho, sino en cierta medida insuficiente, como tienen reconocido nuestro Tribunal Constitucional y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ello no obsta a que la doctrina de esos Tribunales así como las resoluciones de la Sala de lo Penal de nuestro Tribunal Supremo haya contribuido a perfilar los condicionamientos que debe reunir toda intervención telefónica, si quiere ser respetuosa con el derecho fundamental a la intimidad u otros que puedan verse afectados . **Con carácter general** se ha venido a señalar ese marco de garantías, que suple adecuadamente las meritadas insuficiencias, a través de la siguiente doctrina:*

- **Exclusividad jurisdiccional en la autorización de la medida y estricta sujeción de los funcionarios que la practiquen a los términos personales, temporales y fácticos de la habilitación judicial que otorga cobertura a su actuación.**

- **Adopción de la misma en el marco de una investigación en curso y, por ende, existencia de indicios suficientes de criminalidad.**

### 3) Requisitos.-

Así la sentencia TS 2ª, S 05-08-2000, núm. 1758/1999, fija los **principios básicos** sin cuya observancia se produce la vulneración de los derechos al secreto de las comunicaciones, establecido en el art. 18.3 de la CE. En la intervención de las escuchas telefónicas:

A) Se exige **justificación de la medida** que se desdobra en una triple vértice, de:

**Proporcionalidad.-** Según criterio expuesto en la STC de 16.12.96, para comprobar si una medida restrictiva de un derecho fundamental supera el juicio de proporcionalidad es necesario constatar si cumple estos tres requisitos:

- si la medida acordada puede conseguir el objetivo propuesto (**juicio de idoneidad**);

- si es necesaria en el sentido de que no exista otro medio más moderado para conseguir el fin propuesto con igual eficacia (**juicio de necesidad**);

- si la medida es ponderada o equilibrada por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (**juicio de proporcionalidad** en sentido estricto). La jurisprudencia (S.239/97 de 26.2) ha entendido que no cabe acordar la intervención telefónica cuando se trate de infracciones penales de menor gravedad, debiendo medirse tal dato no sólo en relación a la pena con que la Ley las sanciona, sino teniendo en cuenta también el reproche social que determinados delitos pueden merecer.

**Indicios.-** El artículo 579.2 de LECrim, condiciona la autorización de la intervención telefónica a **que haya procesado alguna persona y que existan indicios de por este medio de investigación se pueda obtener algún dato importante para la causa penal.** El mismo artículo en el apartado 3, condiciona la intervención telefónica, no ya a que haya un procesamiento, sino que existan indicios de criminalidad contra una persona. Según razona la citada sentencia

239/97, cuando el proceso judicial se inicia a raíz de la petición policial de las escuchas, los indicios en tal caso no podrá consistir más que en sospechas fundadas en datos concretos, que es lo que la Policía comunica al Juez para que éste autorice la grabación de las conversaciones. Tratándose de prórrogas de las autorizaciones, los indicios consistirán básicamente en el resultado de las escuchas.

**Motivación.-** En cuanto a la motivación de la autorización judicial que habilita la intervención, aparte de exigirse expresamente en el art. 579 de LECrim, **la jurisprudencia la ha considerado necesaria, a nivel constitucional, como elemento de la tutela judicial efectiva en las resoluciones limitadoras o eliminadoras de derechos fundamentales ( STC 56/87 de 14.5).** La motivación supone la expresión tanto de la existencia tanto de los presupuestos materiales de la intervención- investigación, delito grave, conexión de las personas con los hechos-, como de la necesidad y adecuación de la medida, y ello es exigible, asimismo respecto de las decisiones de mantenimiento de la medida, en cuyo caso, además, deben ponderarle las concretas circunstancias concurrentes a cada momento y el conocimiento adquirido a través de la ejecución de la medida inicialmente prevista. **Últimamente se ha desarrollado una doctrina flexible en materia de motivación**, entendiéndose que las razones de la solicitud de intervención telefónica complementan o integran la motivación de la resolución judicial. Así la sentencia del TS 2ª, S 19-09-2000, núm. 1394/2000 **"A pesar de su penuria razonadora, es lo cierto que una línea jurisprudencial de carácter mayoritario de esta Sala, sostiene que la parquedad justificadora de los aspectos fácticos puede suplirse e integrarse con el contenido de los oficios policiales, en los que se solicita la intervención telefónica. De esta forma quedaría salvada la validez de las decisiones judiciales** que autorizan la incidencia sobre un derecho fundamental, de tanta trascendencia para la dignidad e intimidad de las personas, como el que se desprende del secreto de las comunicaciones telefónicas."

B) Otro principio que debe regir la intervención judicial de las conversaciones telefónicas es el de **especialidad**, que significa que, concedida la autorización de las escuchas para la averiguación de un determinado hecho delictivo, no cabe que a través de la intervención se investiguen acciones criminales distintas, por lo que, **de surgir nuevos hechos**, no previstos en la solicitud policial inicial, deberá extenderse la licencia judicial de escucha a los mismos de un modo formal. Por la jurisprudencia (SS.TS. 2.7.93 y 21-1-94) se ha matizado el principio de especialidad, entendiéndose que **sólo se vulnera el mismo cuando se produce una novación del tipo penal investigado, pero no cuando existe una adición o suma**, porque aparte de las conversaciones sobre los hechos investigados, se produzcan otras sobre otros distintos.

C) Un tercer requisito de la intervención telefónica procesal es el **control judicial** en el desarrollo de la misma. Por una parte supone **una supervisión procesal** mientras tiene lugar la intervención telefónica, para constatar si hay razones –por las conversaciones escuchadas- para el mantenimiento de la medida, y por otra parte implica la actuación de **selección de las conversaciones con utilidad probatoria**, la eliminación de las no relacionadas con los hechos investigados, y la incorporación de las primeras al proceso.

Hace referencia este requisito básicamente a la forma de incorporarse las grabaciones y transcripciones en la causa, entendiéndose que, por analogía a lo dispuesto para la correspondencia en el art. 586 de la LECr, la selección de las grabaciones útiles compete al Instructor, por lo que, la Policía deberá remitir todas las practicadas; incumbiendo también al juez el cotejo de grabaciones con las transcripciones verificadas por la Policía.

D) Una vez superado estos controles de legalidad en clave constitucional que se refieren a la legalidad en la obtención de la prueba, **deben concurrir otros requisitos de legalidad ordinaria que se refieren al protocolo de incorporación al proceso** lo que convertirá el resultado de la intervención en prueba de cargo susceptible de ser valorada, siendo tales requisitos: a) La medida ha de adoptarse a través de **Auto motivado**, que habrá de expresar el número de teléfono intervenido, el abonado a que corresponde, domicilio en que se encuentre instalado el aparato, finalidad perseguida con la intervención, atendiendo para ello a criterios de necesidad y proporcionalidad, plazo de tiempo por el que se acuerda la escucha, prórrogas en su caso mediante nuevos Autos, previos informes de los Agentes de la Autoridad Judicial del estado de las investigaciones y de la necesidad fundada de continuarlas. b) Remisión al Juzgado del **soporte físico** (cinta magnetofónica o cassette) en las que consten todas las conversaciones intervenidas y sus correspondientes transcripciones literales. c) La comprobación y **cotejo por el Sr. Secretario** de la exactitud de la transcripción o su transcripción en el órgano jurisdiccional por el Sr. Secretario, a cuyo cargo se atribuye art. 281.1 y 773.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial la fe pública procesal y que como tal es el encargado de advenir la fidelidad de sus transcripciones (S. TS. de 5 de Octubre de 1.990) sin que las transcripciones realizadas íntegramente por la Policía, sin adveración judicial tengan un valor probatorio superior al de mero atestado policial, y transcripción que por su literalidad e integridad deberá recoger tanto lo que perjudique como lo que favorezca al acusado. d) Que se de conocimiento de la medida, de su contenido y del resultado, al acusado, mediante **audición de las cintas**, identificación de voces y su comparación de aquellas con las transcripciones, en las que previamente se habrán ratificado los funcionarios policiales que hayan intervenido en las escuchas. e) Que en el acto del plenario, las grabaciones y su transcripción **se encuentren en la Sala a**

**disposición del Tribunal**, de modo que a petición de las partes o si se impugnan aquéllas, puedan ser oídas las cintas o leídas las transcripciones por el Sr. Secretario, debiendo, asimismo, asistir como testigos los funcionarios policiales que practicaron las escuchas para poder ser interrogados por las partes. (Requisitos todos ellos que aparecen recogidos en otras, en SS.TS de 5 de Febrero de 1.988, 25 de Junio de 1.990 y 5 de Octubre de 1.990).

#### **4) Caso Malaya .-**

*El Juzgado de Instrucción número 5 de los de Marbella en fecha 12 de noviembre dicta auto de incoación de Diligencias Previas para la investigación de los hechos destacados por el escrito al Ministerio Fiscal, en base a la declaración de D. Jorge González, en Diligencias Previas seguidas con el nº 3021/2003 en el mismo Juzgado de Instrucción nº 5. Se encomienda la investigación a la Sección de Delincuencia Económica y Blanqueo de la UDYCO- Costa del Sol. Dicho Grupo presenta un primer oficio analizando la información aportada, y relacionándola con los numerosos procedimientos judiciales, instados tanto por la Policía como por la Fiscalía Anticorrupción, en los que se encuentra inmerso el Sr Roca - el denominado "caso saqueo 1" y las investigaciones policiales de las que ha sido objeto- Udyco de Málaga, Blanqueo de Capitales, "Operación Colchón" - Planeamiento 2.000, y solicitan, entre otras vías de investigación – económica - la intervención de las comunicaciones telefónicas ( intervención, observación, escucha y grabación) de los siguientes teléfonos . número 609705460, cuyo usuario es el Sr. Roca NICOLAS, siendo la Compañía Operadora Movistar Teléfono; número 609555451 cuyo usuario es el Sr. Roca Nicolás, siendo la Compañía Operadora Movistar; Teléfono número 952822052 cuyo usuario es el Sr. Roca Nicolás, siendo la Compañía Telefónica y teléfono número 952773481 cuyo usuario es el Sr. Roca Nicolás, siendo la Compañía Telefónica.*

*El informe policial resalta, entre diversos aspectos que “ ..Desde el punto de vista estrictamente operativo: control exhaustivo y fáctico de todos los servicios del Ayuntamiento de Marbella por parte del Sr Roca, incluido los policiales, lo que hace prácticamente imposible una aproximación a su entorno personal y profesional, que además se ubica generalmente junto al de la actual*

alcaldesa de Marbella y su círculo de escolta y protección, sin ser inmediatamente detectado.”

*El Juzgado de Instrucción nº 5 de los de Marbella dicta auto habilitante en fecha 18.11.2005.*

*En este caso, es patente que **el fin invocado, la obtención de datos en la investigación y persecución de unos hechos por la existencia de indicios racionales de criminalidad** que apuntarían a la presunta comisión por parte del Sr Roca de hechos relacionados con la prevaricación, el cohecho, la malversación de caudales públicos, el tráfico de influencias y el blanqueo de fondos subsiguiente a la posible comisión delictiva. **Hechos conminados por el Código Penal con penas graves, es, en sí mismo y en abstracto, constitucionalmente legítimo.***

*Conviene tener presente, además, como recuerda la STC 253/2006, 11 de septiembre que, a tales efectos, los indicios a los que se aluden son algo más que simples sospechas, pero también algo menos que los indicios racionales que se exigen para el procesamiento. Esto es, sospechas fundadas en alguna clase de dato objetivo (SSTC 171/1999, de 27 de septiembre, F. 8; 299/2000, de 11 de diciembre, F. 4; 14/2001, de 29 de enero, F. 5; 138/2001, de 18 de junio, F. 3; y 202/2001, de 15 de octubre, F. 4).*

***Se califican las intervenciones como prospectivas y, por consiguiente, injustificadas constitucionalmente.** Afirmación errónea, de acuerdo con todo lo dicho hasta aquí, puesto que, lejos de tratarse de la práctica de unas diligencias con finalidad indiscriminada, las mismas se referían a conductas concretas presumiblemente constitutivas de infracciones penales determinadas, en el seno de unas actuaciones penales específicamente abiertas al efecto.*

*La Sentencia del TS nº 708/2008 de 4 de noviembre de 2008 EDJ 2008/222295 indica que los indicios deben resultar de una investigación previamente realizada, de naturaleza policial o judicial, excluyéndose así las*

*intervenciones genéricas o prospectivas basadas en iniciales conjeturas sin apoyatura de investigaciones precedentes. Ahora bien, el nivel probatorio de los indicios obtenidos no puede ser el de una verdadera prueba indiciaria propiamente dicha, idónea para sustentar pronunciamientos de condena, ni el de los indicios de criminalidad necesarios para dictar auto de procesamiento; **por ello no puede exigirse una investigación preliminar dirigida a comprobar la certeza de esos indicios, pues lo que se necesita es que éstos surjan como producto de la investigación, no que la investigación se dirija a comprobar los hechos de los que los indicios son reflejo.** Para ello justamente se hace precisa en todo caso la intervención telefónica solicitada. Por otra parte no son admisibles como indicios las meras especulaciones o las conjeturas nacidas de la pura imaginación, sino que han de consistir en datos concretos que, más allá de las intuiciones subjetivas, se asienten en datos objetivos accesibles y comprobables para terceros, dotados de base real que permita inferir racionalmente la probabilidad de la comisión de un delito (SS. 25 de abril de 2002 , 21 de diciembre de 2001 ). Como señala la Sentencia del TS de 13 de diciembre de 2002 es necesario que los datos aportados al Juzgado en apoyo de una solicitud de interceptación de comunicaciones telefónicas "sean de tal calidad informativa que, evaluados en términos de experiencia, contengan elementos de juicio seriamente sugestivos de que la actividad que se investiga pudiera ser constitutiva de delito".*

***Es interesante destacar el fundamento jurídico tercero del auto del Juez Instructor de fecha 18.11.2005. "En el presente caso, existen datos suficientes de los que pueden extraerse la concurrencia de los requisitos necesarios anteriormente expuestos que justifican la intervención del teléfono solicitada. Así, las declaraciones del señor González, Jefe de los Servicios Jurídicos del Ayuntamiento, no vienen sino a corroborar, como se recoge en el fundado oficio policial, la multitud de indicios que avalan que el señor Roca habría venido a ser la persona que aun no siendo cargo electo en el Ayuntamiento ni funcionario municipal, asume el poder de decisión por encima de los propios Concejales y de la persona que ocupa el cargo de Alcalde, comportándose, como manifiesta el propio señor***

González en su declaración, como **absoluto dueño de la voluntad municipal**. El señor González expone como el señor Roca asume una serie de atribuciones y facultades para las que no está en modo alguno habilitado, y aparece en multitud de procedimientos judiciales en curso como la persona que de alguna manera controlaría los asuntos urbanísticos en esta localidad y las arcas municipales.

**Resulta evidente que el señor Roca aparece imputado en varios procedimientos penales, en particular los casos conocidos con el nombre de Saqueo seguidos ante la Audiencia Nacional, siendo notorio que en su día fue detenido e ingresado en prisión, encontrándose actualmente en libertad bajo fianza.** En varios procedimientos penales, de los que alguno se sigue ante este Juzgado, se ha puesto de manifiesto como **el señor Roca era el redactor de las sucesivas reformas y refundidos de los planes urbanísticos de esta localidad, que nunca han llegado a entrar en vigor, y que han dado lugar a la concesión de multitud de licencias de obras anuladas por la justicia, de la imputación de la práctica totalidad de los miembros del actual equipo de gobierno y la condena penal de varios de ellos por delitos de prevaricación y contra la ordenación del territorio.** La práctica totalidad de los concejales que han declarado en estos procedimientos han venido a poner de manifiesto no **sólo que su voto dependía de los criterios que les facilitaba la señora Escobar, a la que se vincula con el señor Roca,** sobre sí los informes eran favorables o desfavorables, sino que **antes de las Comisiones de Gobierno se producían reuniones en la sede de Planeamiento, con la asistencia del señor Roca, de difícil justificación, y que dichas reuniones tenían lugar incluso en su propio despacho. El señor Roca tendría por otra parte, según numerosas informaciones, un extenso patrimonio de difícil justificación que se habría podido obtener de forma ilícita...**"

*Por oficio policial de fecha 5 de diciembre de 2005, tras dar cuenta del estado de las investigaciones, se pide el cese de los siguientes números • Teléfono Móvil número 609705460, siendo la Compañía Operadora Movistar. • Teléfonos números, 952.82.20.52 y 952.77.34.81, siendo la*

*Compañía Operadora Telefónica y aportando la siguiente información:*

“tanto por diversas investigaciones policiales como por estar incurso en diversos procedimientos judiciales, que **Salvador Gardoqui Arias**, con DNI 50.823.498-17, nacido en París el 17/09/1966, hijo de Manuel y Mariana y **Oscar Alberto Benavente Pérez**, con DNI 11.811.958-D, nacido en Madrid el 1810811969 hijo de Luis y María, **vendrían actuando como testafierros de Juan Antonio Roca Nicolás, asumiendo la representación de cara al exterior del círculo económico y societario controlado por el citado Sr. Roca.** Así en el caso de Salvador Gardoqui Arias aparece como administrador de cinco sociedades radicadas en Málaga, todas ellas relacionadas indirectamente en alguna medida con Juan Antonio Roca Nicolás. Todo ello se deduce de las diversas investigaciones llevadas a cabo que han motivado la apertura de procedimientos judiciales donde aparecen dichas sociedades puestas en relación con ambas personas. Por otro lado Oscar Benavente Pérez es administrador actualmente de 14 sociedades mercantiles, radicadas en Madrid, Málaga y Guipúzcoa. Igualmente, se encuentra imputado junto con el mencionado Sr. Roca en procedimientos judiciales, amén de haber sido investigado por la Fiscalía Anticorrupción y la AEAT. Además, se ha podido conocer que el Sr. Benavente además de ser administrador aparece como socio junto con María Antonia Castañón Fernández en la sociedad Fincas e Inmuebles Socotora, SL. Dicha Sra. Castañón, al parecer es la que ostenta la responsabilidad de los servicios jurídicos en materia de urbanismo del Ayuntamiento de Marbella junto con Raquel María Escobar Primo, mencionada por el Sr. González en su declaración prestada el pasado 13-10-2005, quien directamente manifestó **"que la Sra. Escobar desde el año 1999 ejerce las funciones de servicio jurídico sin ningún límite en el Ayuntamiento y que dicho nombramiento lo hizo el Sr. Roca mediante decreto"**, igualmente manifestó que "el Sr. Roca y la Sra. Escobar trabajan juntos" y que "se le ordenó que la Sra. Escobar tenía total acceso a todos los asuntos de urbanismo". *Se pide la intervención de los siguientes Teléfonos (e IMEI asociados) número 630 01 20 18, cuyo usuario es Salvador Gardoqui Arias siendo la Compañía Operadora Movistar; Teléfono (e "IMEI" asociado) número, 657 81 55 78 cuyo usuario es Oscar Alberto Benavente Pérez, siendo la*

*Compañía Operadora Amena ; Teléfono (e IMEI" asociado) número, 610 07 26 53 cuya usuaria es Raquel María Escobar Primo, siendo la Compañía Operadora Vodafone Teléfono (e Imei asociado) número 664 10 99 55 cuyo usuario es Juan Antonio Roca Nicolás, siendo la Compañía Operadora Vodafone.*

***El auto que autoriza la injerencia es de fecha 9.12.2005 y razona adecuadamente la medida.*** “ ... En cuanto al señor Roca, cabe remitirse a lo expuesto en el auto de 18 de noviembre ..... En cuanto a **los señores Gardoqui y Benavente Pérez, de modo reiterado, como se expone en el oficio policial, aparecen vinculados al señor Roca ejerciendo funciones de supuestos testaferros del mismo y ocultando de este modo un extenso patrimonio que se habría obtenido de forma ilícita.** Así, el propio señor Gardoqui está imputado incluso en algún procedimiento de este mismo juzgado por irregularidades municipales, y el señor Benavente está imputado en algún procedimiento con el propio señor Roca. Ambos sujetos, señores Gardoqui y Benavente, aparecen como administrador de diversas sociedades, y en alguna de ellas, como Fincas e Inmuebles Socotora S.L, el señor Benavente es socio de Marta Castañón, responsable de los servicios jurídicos del Ayuntamiento y vinculada al propio señor Roca. Por último, en cuanto a la señora Escobar, a la que se refiere en su declaración el propio señor González manifestando que trabaja con el señor Roca y tiene plenos poderes, aparece imputada en múltiples procedimientos por delitos urbanísticos al ser la persona encargada de-la-tramitación de las licencias y de decir a los concejales en las comisiones de gobierno sí los informes de los técnicos, o mejor dicho, según su propia interpretación de dichos informes, eran favorables o no a la concesión de las licencias, por lo que habitualmente condiciona el sentido de los votos.”

***Por oficio de fecha 12 de diciembre de 2005 y fruto de las diligencias policiales se amplía el circulo de personas investigadas y se piden nuevas intervenciones: Teléfono número 659 46 55 01, cuya usuaria es Marisol Yagüe Reyes, siendo la Compañía Operadora Movistar y número, 630 06 49 71 cuya usuaria es María Isabel García Marcos, siendo la Compañía Operadora Movistar. Y Teléfono número, 620 81 00 08 cuyo usuario***

es **Victoriano Rodríguez Martínez**. El auto habilitante es de la misma fecha y, entre otros recoge lo siguiente: “ .. No hay que olvidar las declaraciones del señor González, origen de las presentes diligencias, donde viene a poner de manifiesto que el señor Roca sería la persona que toma las decisiones en el Ayuntamiento de Marbella, de modo que los actuales concejales del equipo de gobierno, actuarían bajo sus órdenes. Tampoco hay que olvidar que tanto la señora Yagüe como la señora García Marcos y el señor Rodríguez Martínez, **formaban parte del Grupo Gil y apoyaron con su voto, la moción de censura contra el Sr. Julián Muñoz, moción que tuvo lugar, como se recoge en el oficio policial, cuando el anterior Alcalde trató de prescindir de los servicios del señor Roca.** Por último, tanto la señora Yagüe como la señora Marcos **supervisan directamente todos los temas relativos a licencias urbanísticas**, contando la primera con el asesoramiento del señor Roca que trabaja para el Ayuntamiento como asesor personal de la Alcaldesa..”.

*Por lo que se refiere a las exigencias de motivación derivadas directamente de los arts. 24 y 120.3 de la CE , que el Tribunal Constitucional ha admitido que una resolución judicial puede considerarse motivada si, integrada con la solicitud de la autoridad a la que se remite, «contiene todos los elementos necesarios para considerar satisfechas las exigencias para poder llevar a cabo con posterioridad la ponderación de la restricción de los derechos fundamentales que la proporcionalidad de la medida conlleva» (SSTC 123/2002, 20 de mayo; 200/1997, de 24 de noviembre, F. 4; 166/1999, de 27 de septiembre, F. 7; 126/2000, de 16 de mayo, F. 7; y 299/2000, de 11 de diciembre, F. 4).*

*El día 16 de diciembre de 2005 se pone en conocimiento del Juez Instructor, que con motivo de las intervenciones telefónicas acordadas por ese Juzgado se ha podido detectar en el teléfono intervenido nº 630 064 971, cuya usuaria es María Isabel García Marcos, una conversación que se considera relevante para la presente causa y que a se transcribe literalmente. Se pide la intervención del Teléfono número 639 13 74 81, cuyo usuario es Antonio Gijón*

*Díaz, lo que se autoriza por auto de la misma fecha, en base a la conversación citada.*

*Por oficio de fecha 20.12.2005 se pide el cese del Teléfono Móvil número 609555451 y la intervención del número 659 43 53 63, cuyo usuario es Juan Antonio Roca Nicolás, lo que se acuerda por auto de la misma fecha.*

*Por oficio de fecha 5 de enero de 2006, tras aportar transcripciones de conversaciones y del resultado de las investigaciones se pide la prórroga de los abonados Teléfono número 630 01 20 18, cuyo usuario es Salvador Gardoqui Arias; Teléfono número, 657 81 55 78 cuyo usuario es Oscar Alberto Benavente Pérez y Teléfono 610 07 26 53 cuya usuaria es Raquel María Escobar Primo, lo que se autoriza por auto de fecha 9.1.2006.*

*Auto de fecha 12 de enero de 2006 prorroga del número 639 13 74 81.*

*Por oficio de fecha 13 de enero de 2006 y tras dar cuenta del estado de la investigación con diversos dispositivos de vigilancia, aportando transcripción de conversaciones relevantes, se pide la intervención del abonado número 629.327.740 de la Compañía Operadora Movistar utilizado por Don Ismael Pérez Peña.*

*Otro requisito de la intervención telefónica es el control judicial en el desarrollo de la misma. Por una parte supone una supervisión procesal, mientras tiene lugar la intervención telefónica, para constatar si hay razones – por las conversaciones escuchadas- para el mantenimiento de la medida, y por otra parte implica la actuación de selección de las conversaciones con utilidad probatoria, y la eliminación de las no relacionadas con los hechos investigados, y la incorporación de las primeras al proceso. SAP Málaga Sección 1ª de fecha 28.11.2008 Rollo nº 11/2007.*

*En sentido similar, autos de fechas de 19, 24, 25 – ampliando delitos investigados -, otro de 25, 26, 30, ( dos resoluciones) de Enero; 1 (dos) 7 ( dos) 8, 9, 15 (dos), 17 (dos), 21, 22, 23, 24 y 27 de febrero; 1, 6, 7, 13, 14 ( dos), 17, 20 (dos), 21, 22 ( tres), 27 de marzo y siguientes....*

## 5 ) Conclusiones .

*Y examinados los presentes autos a la luz de la anterior doctrina, es visto, que se han cumplido tales requisitos, en las escuchas telefónicas de referencia, por lo que la Sala viene a declarar la validez de las mismas y a admitirlas como prueba de cargo; pues examinadas las actuaciones se comprueba que las impugnaciones carecen de fundamento por cuanto las diligencias intervención telefónica practicadas en autos fueron constitucionalmente lícitas y amparadas por el requisito habilitante establecido en el art. 18.3 de la CE, cual fue la existencia de las resoluciones judiciales que las autorizaron. Tales resoluciones –Autos- fueron dictadas en el curso de un proceso penal abierto - Diligencias Previas nº 4796/2005 incoadas por el escrito de la Fiscalía Especial ante las declaraciones de Jorge González- y reúnen los requisitos de conformidad con las exigencias esenciales para su eficacia y validez, de fundamentación y proporcionalidad. El Auto que las acordó y sus sucesivas prórrogas están motivadas en función de las circunstancias del caso concreto, pues en ellos se precisan los hechos en que se funda, las iniciales imputaciones delictivas “ ...cohecho, prevaricación, malversación de caudales públicos, tráfico de influencias, contra la ordenación del territorio, coacciones, blanqueo de capitales, coacciones, y en general todos los delitos vinculados a los anteriores que hacen difícil su enumeración exhaustiva”..., los fundamentos jurídicos en que se apoya, los datos identificadores de los teléfonos a intervenir, así como el tiempo de intervención y el modo de realizarla, y se dirige a la comprobación de unos delitos, realizados por unas personas de las que se sospechaba que utilizaban los teléfonos intervenidos para tales fines, por lo que los delitos a investigar reunían las condiciones de gravedad y trascendencia social suficientes para justificar la invasión de la intimidad de las comunicaciones telefónicas y satisfacer el principio de proporcionalidad.*

*Los funcionarios de Policía dan cumplida cuenta de las gestiones que van realizando como resulta de los escritos que de forma periódica presentan en el Juzgado, fechas 18, 23, 24, 25, 27, 30 y 31 de Enero, 1( dos), 7 ( dos), 9, 15, 17, 20, 22 ( tres), 23 y 27 de febrero; 6, 7, 10, 14 ( dos), 17, 20, 21, 22(*

dos), 23 24 y 27 de marzo; y siguientes..., se adjuntan extractos de conversaciones grabadas. Constan extensos y pormenorizado informes que sirven de base para solicitar la intervención de nuevos abonados. Consta la remisión de las transcripciones, así como otros detallados informes de las investigaciones efectuadas por el Grupo III de Blanqueo de Dinero, de la Brigada de Delincuencia Económica y Fiscal de la Comisaría General de Policía Judicial - fechas 24 y 27 de marzo, que integra tomos V y VI -. Así como las vigilancias del Grupo Operativo de Apoyo.

FJ 4; 239/2006, de 17 de julio, FJ 4), que es lo sucedido en el presente caso, pues consta la remisión periódica de las transcripciones de las conversaciones más relevantes y de exhaustivos informes policiales, por lo que puede afirmarse que el órgano judicial realizó un seguimiento de las vicisitudes del desarrollo de la medida y conoció puntualmente los resultados obtenidos, sirviendo éstos de base para la autorización de las prórrogas, el alzamiento **No se aprecia un deficiente control judicial en la ejecución de la medida, pues como reiteradamente tiene declarado el TC -Sala Primera. Sentencia 197/2009, de 28 de septiembre de 2009; FJ 6º-, para dicho control no es necesario que la policía remita las transcripciones íntegras y las cintas originales y que el Juez proceda a la audición de las mismas antes de acordar prórrogas o nuevas intervenciones, sino que resulta suficiente el conocimiento de los resultados obtenidos a través de las transcripciones de las conversaciones más relevantes y de los informes policiales (SSTC 82/2002, de 22 de abril, FJ 5; 184/2003, de 23 de octubre, FJ 12; 205/2005, de 18 de julio, de la medida o la autorización de nuevas intervenciones.**

De donde resulta que las irregularidades denunciadas, en las que se sustenta la nulidad invocada, carecen de todo fundamento y relevancia, ya que todas y cada una de las transcripciones policiales realizadas fueron controladas por el Sr. Juez de Instrucción, y las partes han tenido a su disposición las transcripciones de tales conversaciones, estando igualmente a su disposición en esta Sala para proceder a su audición en el plenario.

#### **6) Criterio del TS sobre escuchas practicadas en este Sumario.-**

**El Tribunal Supremo Sala 2ª, en Sentencia de fecha 23-3-2009, nº 308/2009, rec. 1732/2008, confirmando la sentencia dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla con fecha 7 de agosto de 2008 EDJ2008/131342, analiza de forma detallada una impugnación similar en una pieza separada de este procedimiento y concluye diciendo de forma literal que : “ .... en pocas ocasiones nos encontramos con actuaciones más meticulosas y detalladas como las que en este procedimiento ha llevado a cabo el Juzgado de Instrucción núm. 5 de Marbella en relación con las medidas relativas a intervenciones telefónicas...”**

#### **7 ) Conversaciones telefónicas abogado – cliente .-**

*Mención especial en materia de intervenciones telefónicas merece el supuesto alegado por el Letrado D. José Manuel Vázquez Rodríguez poniendo de manifiesto que pese a estar ya personado como Letrado en la causa en nombre, entre otros, de los Sres. Hoffman y Astorqui, sus conversaciones telefónicas con sus patrocinados fueron interceptadas por la Policía y pese a ello, no desistieron de las escucha ni dieron cuenta al Sr. Instructor.*

*Evidentemente esta situación está dentro de los supuestos en los que se puede considerar **vulnerado el secreto profesional entre Abogado y cliente**, lo que debería llevar a la exclusión del acervo probatorio de tales conversaciones y la nulidad de las mismas conforme a lo dispuesto en los arts. 11 y 238 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.*

*Lo que ocurre es que **el propio Letrado en el libre ejercicio de su derecho de defensa interesa expresamente de la Sala que “no se declare la nulidad de tales escuchas, sino que se incorporen a las actuaciones, pues quiere mantenerlas por ser pruebas de descargo y no de cargo”.***

*Ante tal pretensión, interpretando lo acaecido en beneficio del reo y procurando garantizar el derecho de defensa, **la Sala accede a mantener como válidas las referidas conversaciones telefónicas mantenidas por el Sr. Letrado con sus patrocinados.***

Se invoca por alguna de las partes recurrentes la nulidad de las escuchas telefónicas al no haber sido adverado su contenido por la Secretaria del Juzgado en su calidad de fedataria judicial, pretensión que no puede tener favorable acogida, al obrar en las actuaciones Diligencia de la Sra. Secretaria haciendo constar que “el día 22-4-08 se terminó la pieza separada de cotejo con todos los particulares relativos a transcripciones de las conversaciones telefónicas intervenidas. Los originales de las actas de cotejo obran en los tomos de los autos principales, siendo copia de las mismas las incorporadas a esta pieza separada. Doy fe”, seguido de la firma de la Sra. Secretaria.

Y comprobadas las referidas copias se observa que se practican ante la Sra. Secretaria, así como de un número generalmente reducido de Letrados a quien les interesaba la audición y comprobación de las transcripciones, por lo que ningún óbice procesal puede oponerse a estas actuaciones procesales.

## **11) Entradas y registros**

Por la dirección Letrada de los Sres. Roca, Sánchez Zubizarreta, Soriano, Sánchez Hernández, Yagüe, Revilla, Enríquez, Jiménez Guerra y otros, se plantearon diversas cuestiones tendentes a la nulidad de las diligencias de entrada y registro practicadas en este sumario, solicitud a la que se han adherido la generalidad de las defensas.

### **1) Cuestiones planteadas respecto de las Entradas y Registros .-**

Las principales cuestiones planteadas por las defensas que pueden afectar a tales diligencias son las siguientes:

A-Falta de motivación o motivación insuficiente de los diversos Autos de entrada y registro.

B-Ausencia del Sr. Roca en el registro de la sede de la entidad Maras Asesores y en el registro a su despacho.

C- Ampliación y extensión de la entrada y registro en el despacho del procesado Sr. Roca a las dependencias ocupadas por sus Secretarías particulares que tenían su propio despacho en tales dependencias.

D- Validez de la práctica de tales diligencias en los despachos de abogados. Posible vulneración del secreto profesional y necesidad de la presencia del Decano del Colegio de Abogados correspondiente o de su delegado en la entrada y registro a tales despachos, de conformidad con lo establecido en los estatutos que regulan dicha profesión jurídica.

E.-Falta de competencia del Juez de Instrucción para ordenar la práctica de una entrada y registro fuera de su partido judicial, por vía de cooperación jurisdiccional. ( Exhorto).

F-Grabación en soporte visual por parte de funcionarios de la policía del correspondiente registro y su emisión en medios de comunicación sin ningún tipo de cortapisas, (entradas y registros “televisadas”).

G-Desconocimiento del Secretario judicial que intervino en algunas de las diligencias practicadas . Igualmente se alega por algunas de las defensas que se ignora el sistema seguido en el “Decanato” para la designación de los diversos secretarios judiciales que participaron en los registros.

En lo concerniente a las cuestiones vinculadas a la forma de recogida y custodia de la documentación, (Dentro de este apartado se incluirían posibles defectos o vicios en el sistema de bridas para la recogida y catalogación de la documentación intervenida. Ausencia de foliado y reseña por el Secretario Judicial de los diversos efectos y documentación intervenida . Y, por último, problemas vinculados con la “cadena de custodia” de tales efectos y documentación), serán tratadas en un apartado distinto y como cuestión previa individualizada, dejando constancia, en todo caso, que tales cuestiones están íntimamente vinculadas a la valoración de la prueba lo que no podrá hacerse,- lógicamente-, hasta sentencia.

## 2) Derecho constitucional.

Antes de analizar de forma individual y detenida tales cuestiones y, aplicable a todos los supuestos defectos denunciados por las defensas, conviene señalar que nuestra Constitución consagra como derecho fundamental el de la inviolabilidad del domicilio, al establecer en su art. 18-2º, con carácter categórico, que: **el domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial que lo autorice, salvo en el caso de flagrante delito**; declaración constitucional que tiene su refrendo en normas internacionales tan importantes como el art. 12 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, el art. 8 del Convenio de roma de 1950 sobre Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Públicas, y en el art. 17-1º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 suscrito en New York.

Este derecho, como todos los individuales, está subordinado al beneficio e interés de la comunidad, pudiendo imponerse la entrada o registro domiciliario en determinadas ocasiones excepcionales sin necesidad de mandamiento judicial, o como ocurre en la generalidad de los casos con dicho mandamiento derivado de un Auto suficientemente motivado, cumpliéndose una serie de requisitos contenidos en los artículos 545 y siguientes y concordantes de la LECrim. y siempre a presencia del Secretario Judicial como fedatario de la diligencia.

### 3) Falta de motivación o motivación insuficiente de los diversos Autos de entrada y registro.

En definitiva la queja se refiere a la pretendida vulneración de los derechos a la intimidad y a la tutela judicial efectiva, por cuanto los Autos que autorizaron las entradas y registros estaban faltos de motivación.

Nuestro Tribunal Supremo ha ido perfilando cuál ha de ser el contenido de una resolución judicial que autoriza la entrada y registro en un domicilio, cuando ésta se adopta en un procedimiento penal para la investigación de hechos de naturaleza delictiva.

Y así La STS de 24-3-2003 (Con referencia a las de 20-12-1999 y 29-5-2000) ha señalado los requisitos esenciales de la motivación de estos Autos. A saber:

#### Proporcionalidad:

**Esa motivación para ser suficiente debe expresar con detalle el juicio de proporcionalidad entre la limitación que se impone al derecho fundamental restringido y su límite, argumentando la idoneidad de la medida, su necesidad y el debido equilibrio argumentando la idoneidad de la medida, su necesidad y el debido equilibrio entre el sacrificio sufrido por el derecho fundamental limitado y la ventaja que se obtendrá del mismo** ( SSTC 62/1982, de 15 de octubre ; 13/1985, de 31 de enero ; 151/1997, de 29 de septiembre ; 200/1997, de 24 de noviembre ; 177/1998, de 14 de septiembre ; 18/1999, de 22 de febrero ). El órgano judicial deberá precisar con detalle las circunstancias espaciales (ubicación del domicilio) y temporales (momento y plazo) de la entrada y registro, y de ser posible también las personales (titular u ocupantes del domicilio en cuestión; SSTC 181/1995, de 11 de diciembre , F. 5; 290/1994 , F. 3; ATC 30/1998, de 28 de enero , F. 4).

La restricción de derechos fundamentales solo podrá entenderse constitucionalmente legítima si se autoriza judicialmente para alcanzar un fin constitucionalmente legítimo, como acontece cuando **la medida restrictiva se adopta para la prevención y represión de delitos calificables de infracciones punibles graves;** ( SSTC 14/2001 de 29 de enero y 202/2001, de 15 de octubre).

Igualmente debe motivarse la resolución judicial expresándose las razones que hagan legítima la ingerencia, si existe conexión entre el delito investigado, en este caso un delito grave como lo son los delitos contra la salud pública, y la persona o personas contra la que se dirige la investigación.

En términos de la jurisprudencia del Tribunal constitucional **las sospechas que han de emplearse en este juicio de proporcionalidad “no solo son circunstancias meramente anímicas sino que precisan para que puedan entenderse fundadas hallarse apoyadas en datos objetivos, en un**

doble sentido". En primer lugar, el de ser accesibles a terceros sin que no serían susceptibles de control, y en segundo lugar, han de proporcionar una base real de la que pueda inferirse que se ha cometido o se va a cometer un delito, sin que puedan consistir en valoraciones acerca de la persona.

Pero igualmente-dicen las SSTS. 1019/2003 de 10.7 y 1393/2005 de 17.11- no debe olvidarse **que el sustento de la resolución no ha de consistir en la aportación de pruebas acabadas de la comisión del ilícito, pues en tal caso no sería ya necesaria la práctica de más diligencias de investigación, sino, tan solo, la de fundadas sospechas del actuar delictivo que requieran la confirmación a través del resultado que pudiera arrojar precisamente el registro.**

En este sentido en lo que se refiere a la valoración de estos datos como indicios suficientes debe exigirse que consten los que el órgano judicial ha tenido en cuenta como apoyo para considerar razonable y fundada la sospecha acerca de la comisión de un delito y de la participación en él del sospechoso, pero **no es necesario que se alcance el nivel de los indicios racionales de criminalidad, propios de la adopción del procesamiento.** Es de tener en cuenta, que en el momento inicial del procedimiento en el que ordinariamente se acuerda la entrada y registro **no resulta exigible una justificación fáctica exhaustiva, pues se trata de una medida adoptada, precisamente, para profundizar en una investigación no acabada, por lo que únicamente pueden conocerse unos iniciales elementos indiciarios.** Pero sin duda han de ser superadas las meras hipótesis subjetivas o la simple plasmación de la suposición de la existencia de un delito o de la intervención en él de una determinada persona, pues en este caso la invasión de la esfera de intimidad protegida por un derecho fundamental dependería exclusivamente del deseo del investigador, sin exigencia de justificación objetiva de ninguna clase, lo que no es tolerable en un sistema de derechos y libertades efectivos".

Asimismo, y dado que la apreciación de conexión entre la causa justificativa de la medida -la investigación del delito- con las personas que pueden verse afectadas por la restricción del derecho fundamental constituye el presupuesto lógico de la proporcionalidad de la misma resulta imprescindible que la resolución judicial haya dejado constancia también de las circunstancias que pueden sustentar la existencia de dicha conexión" (S.S.T.C. 171/ 99 y 8/00).

### **Motivación**

A esta primera información, indispensable para concretar el objeto de la orden de entrada y registro domiciliarios, deberá acompañarse **la motivación de la decisión judicial en sentido propio y sustancial, con la indicación de las razones por las que se acuerda semejante medida y el juicio sobre la gravedad de los hechos supuestamente investigados,** e, igualmente, habrá de tenerse en cuenta si se está ante una diligencia de investigación encuadrada en una instrucción judicial iniciada con antelación, o ante una mera actividad policial origen, justamente, de la instrucción penal. No es necesario

cimentar la resolución judicial en un indicio racional de comisión de un delito, **bastando una «notitia criminis» alentada por la sospecha fundada en circunstancias objetivas de que se pudo haber cometido, o se está cometiendo o se cometerá el delito o delitos.**

Por tanto, la existencia de una imputación referida a un delito de la gravedad del tráfico de drogas no afecta en modo alguno a la proporcionalidad. Una cuestión diferente es la concerniente a la **motivación del auto que ordena la entrada y registro. En diversos precedentes de esta Sala hemos señalado que la motivación del auto que dispone una medida de instrucción que la ley autoriza a tomar sin conocimiento del afectado y que, como tal, no puede ser recurrida, no necesita hacer constar especiales razonamientos que informen a dicho afectado de las razones que debería combatir ante el tribunal de alzada si tuviera a su disposición un recurso. La legitimidad del auto en cuestión, por lo tanto, depende de si la medida adoptada por el Juez de Instrucción era a no necesaria, a la luz de la información con la que el Juez contaba en el momento de la decisión.**

#### **Idoneidad.**

Lo que resulta exigible es la idoneidad de la medida respecto del fin perseguido, así cuando exista la sospecha fundada de que pudieran encontrarse pruebas o que éstas pudieran ser destruidas, **junto a la inexistencia o la dificultad de obtener dichas pruebas acudiendo a otros medios alternativos menos onerosos.**

#### **Necesidad.**

Se requiere también que haya un riesgo cierto y real de que se dañen bienes jurídicos de rango constitucional de no proceder a evitarlos.

**Debe por tanto motivarse la necesidad de la autorización (STS. 299/2004 de 19.9), sostenida en razonamientos suficientes a partir de indicios o, cuando menos, sospechas sólidas y seriamente fundadas acerca de la concurrencia de los requisitos de hechos, comisión de delito y responsabilidad en el mismo del sujeto pasivo de la restricción del derecho,** que no sólo cumpla con las exigencias constitucionales de fundamentación de las Resoluciones judiciales (art. 120.3 CE ) sino que, además, permita la ulterior valoración de la corrección de la decisión por parte de los Tribunales encargados de su revisión, a los efectos de otorgar la debida eficacia a los resultados que pudieran obtenerse con base en ella o por vía de recurso contra la misma (STS. 999/2004 de 19.9 ).

#### **Motivación por remisión.**

Por último, hemos admitido, asimismo, la posibilidad de que, en ciertos casos, y según las circunstancias, **en particular si ya hay una instrucción judicial en marcha, sea posible complementar algunos de los extremos**

**del mandamiento de entrada y registro con los detalles que se hagan constar en el oficio policial solicitando la medida, incluso asumiendo las razones expuestas en éste ( STC, 139/1999, de 22 de julio ).** Cuando el órgano judicial no obra por propio impulso, estas últimas razones o motivos han de exteriorizarse en la solicitud, de tal modo que proporcionen una base real de la que pueda inferirse que se ha cometido o se va a cometer el delito, a la que hemos añadido la nota de «ser accesibles a terceros», en el sentido de expresar que el conocimiento de los hechos, el sustento de la sospecha en sí procede y tiene existencia ajena a los propios policías que solicitan la medida ( SSTC 166/1999, de 27 de septiembre ; 136/2000, de 29 de mayo).

En efecto, tanto el Tribunal Constitucional (S. 123/97 de 1.7 ), como esta misma Sala (SS. 14.4.98, 19.5.2000, 11.5.2001 y 15.9.2005 ), han estimado suficiente que la motivación fáctica de este tipo de resoluciones se fundamente en la remisión a los correspondientes antecedentes obrantes en las actuaciones y concretamente a los elementos fácticos que consten en la correspondiente solicitud policial, que el Juzgador tomó en consideración como indicio racionalmente bastante para acordar la medida.

Por ello, los autos autorizantes pueden ser integrados con el contenido de los respectivos oficios policiales en los que se solicitan la entrada y registro en cada caso, de forma que **es lícita la motivación por referencia a los mismos, ya que el órgano jurisdiccional por sí mismo carece de la información pertinente y no sería lógico que abriese una investigación paralela al objeto de comprobar los datos suministrados por la Policía Judicial.**

En este sentido la STS. 1263/2004 de 2.11, señala que, como se recuerda en la STC. 167/2002 de 18.9, de que **aunque lo deseable es que la expresión de los indicios objetivos que justifiquen la intervención quede exteriorizada directamente en la resolución judicial, ésta puede considerarse suficientemente motivada, si integrada incluso en la solicitud policial a la que puede remitirse, contiene los elementos necesarios para considerar satisfechas las exigencias constitucionales y legales, de tal suerte que se pueda llevar a cabo con posterioridad la ponderación de la restricción de los derechos fundamentales que la proporcionalidad de la medida conlleva (SS.T.S. 4 y 8.7.2000 ).**

Así pues, la motivación en cuanto a los hechos que justifican la adopción de la medida debe contemplar la individualidad de cada supuesto en particular, y puede hacerlo remitiéndose a los aspectos fácticos contenidos en el oficio policial en el que se solicita su adopción. No se trata desde luego de una práctica recomendable, a pesar de la frecuencia con que se recurre a ella, pero no determina por sí misma la nulidad de lo actuado.

**En el presente caso Malaya:**

Aplicando dicha doctrina jurisprudencial al presente supuesto, debe observarse que el grueso de las entradas y registros practicadas a lo largo de la Instrucción de la presente causa fueron autorizadas por Autos de fecha 28 de marzo de 2006, o bien por Autos de 29 de marzo de 2006 en los casos de la Jefatura de Policía Local de Marbella y la Delegación de Vía Pública del Ayuntamiento de Marbella, e, igualmente, Autos de ampliación temporal de los registros en la sede del Gabinete Jurídico Sánchez Zubizarreta Soriano y en la Delegación de Urbanismo del Ayuntamiento de Marbella, por Autos de 30 de marzo de 2006.

Todos los Autos autorizando tales entradas y registros , incluidos los Autos que simplemente ampliaban temporalmente registros ya autorizados, **están plenamente fundamentados, no sólo por remisión a la petición policial, integrada en este caso por un amplio y detallado informe policial que justificaba la petición, (posibilidad admitida expresamente por la Jurisprudencia citada, como ha quedado referido), sino por el propio resultado de la Instrucción judicial, iniciada más de cuatro meses antes del dictado de tales resoluciones habilitantes. En cada uno de los Autos dictados por el Juez de Instrucción , tras unos primeros fundamentos jurídicos de motivación genérica referida a la legalidad aplicable y a la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre las Entradas y Registros y que aquí hemos analizado detenidamente, (razonamientos que podrían aplicarse, es cierto, a cualquier autorización de este tipo) ,se incluye una motivación específica para cada uno de los titulares o imputados afectados por la medida restrictiva de derechos fundamentales , con referencia expresa y remisión al contenido del informe policial, pero también con referencia expresa a los iniciales resultados de la investigación judicial, mención a los delitos investigados y a los indicios con los que se contaba en ese momento inicial de la instrucción, precisándose con claridad lugar, objeto y tiempo de la correspondiente Entrada y registro y siempre vinculando dichos razonamientos y referencias motivadoras, a cada uno de los registros autorizados, de forma individualizada. Realizando, en definitiva una ponderación de los intereses en juego para concluir, de forma motivada y específica, que existían razones suficientes para sacrificar el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio, por lo que ningún vicio de nulidad aprecia la Sala en tales Autos.**

4) Ausencia del procesado Sr. Roca en el registro de la sede de la entidad Maras Asesores y, especialmente , en el registro a su despacho.

Por lo que respecta a la ausencia del interesado en la práctica de tal diligencia, es cierto que la jurisprudencia viene estableciendo tal exigencia, así la sentencia de 27 de febrero de 2001 señala que las «diligencias de registro en lugar cerrado con autorización judicial, para que puedan tener eficacia como prueba de cargo, es necesario que se practiquen con respeto de las exigencias propias del principio de contradicción procesal, de modo que, si no se ha dado, a alguno de los imputados al que tal prueba ha de perjudicar, la oportunidad de

participar en esta diligencia, la prueba que de la misma pudiera obtenerse no puede ser eficaz contra él».

Pero tal afirmación no es radical, pues debe tenerse en cuenta la situación procesal en que se encuentre la causa y los imputados, ya que no es lo mismo si se trata de detenidos, en cuyo caso la exigencia es más rigurosa, que si todavía no se ha dirigido el procedimiento contra persona concreta y/o no está personada. **En este sentido resulta especialmente relevante la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de octubre de 2001 conforme a la cual:**

«De acuerdo con texto del art. 569 LECrim la presencia del interesado no es un requisito esencial legitimante de la diligencia de entrada y registro. Ello se deduce de la posibilidad allí contemplada de que se realice en presencia de otras personas que actúen (de hecho) en representación del interesado. De ello se deduce que la práctica de la diligencia de entrada y registro en ausencia de los interesados no tiene necesariamente la consecuencia jurídica de la prohibición de valoración de la prueba obtenida en la misma, salvo aquellos casos en los que se pueda comprobar, en las circunstancias concretas, que la ausencia del titular de la vivienda o de la persona sospechada y de quienes lo hubieran podido o debido representar no ha sido compensada por medidas que impidan perjudicar la defensa del inculpado.

En el presente sumario hay que tener en cuenta que **estos registros se practican el mismo día (29 de marzo de 2006) en los que se practica el registro en el domicilio del Sr. Roca sito en calle Estebanez Calderón de Marbella, registro en el que sí estuvo presente el referido procesado .**

El registro en Maras Asesores se practica con la presencia , entre otros, de la Sra. Bahkali Aouad, identificada en el acta como “repcionista” de la entidad, y de M<sup>a</sup> José Pérez que es identificada como responsable de funciones administrativas y contables.

El registro en el despacho de calle Ricardo Soriano 61 de Marbella, se practica con la presencia de un empleado identificado como el Sr Arrabal Sánchez y de la Secretaria particular del Sr. Roca M<sup>a</sup> José Libera. Posteriormente, sobre las 11,00 horas y según el acta de dicha diligencia, se ausenta del despacho el Sr. Arrabal, presenciando el registro D. Francisco Merino Mata, Jefe del Servicio Técnico de obras y urbanismo. Como vemos las entradas y registros se practican en todo caso, en presencia de alguno o algunos de los empleados que desempeñan su función en las dependencias registradas .Pero, aún cuando se admitiese que la presencia del Sr. Roca era necesaria en las diligencias de registro practicadas en su despacho de Marbella, o, incluso, en su despacho de Madrid(al parecer utilizado por la procesada D<sup>a</sup> Montserrat Corulla) o en la sede de Maras asesores, lo cierto es que la jurisprudencia del Tribunal Supremo admite excepciones: la principal, cuando el interesado se encontraba presente en el registro de otro domicilio que es, precisamente, nuestro caso, pues el Sr. Roca se encontraba presente en el registro de su propio domicilio particular, ya que tales registros se

practicaron el mismo día, siendo lo correcto optar por su presencia en su propia morada particular.

En tal sentido se pronuncia la STS 23 septiembre de 2010, al señalar Que “Se denuncia infracción del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías y el derecho a la defensa, por cuanto no se han respetado las exigencias previstas en el art. 569 LECrim , habiéndose practicado la entrada y registro en el domicilio de los recurrentes sin estar ellos presentes, a pesar de encontrarse detenidos.

**Ciertamente la jurisprudencia es uniforme en exigir la presencia del interesado** -persona investigada- en la realización del registro en aquellos casos en los que se halle detenido y aun en el supuesto en que sea distinta del titular del domicilio o este se halle presente o rehúse su presencia en la diligencia. Tal presencia, si es posible, viene reclamada por las exigencias contradictorias de que debe de rodearse toda diligencia de prueba y más por las características de los registros domiciliarios en los que la ausencia de contradicción en el acto del mismo en que se lleva a cabo no puede cumplirse por la actividad contradictoria que posibilita el debate del juicio oral. Por tanto, de encontrarse detenido el interesado, su presencia en el registro es obligada, no siendo de aplicación las excepciones establecidas en los párrafos 2 y 3 del art. 569 LECrim. (SSTS. 833/97 de 20.6, 40/99 de 19.1, 163/2000 de 11.2, 1944/2002 de 9.4.2003).

Ahora bien esta Sala Segunda ha admitido la regularidad de la ausencia del interesado detenido cuando se encontraba presente en un registro en otro domicilio (STS. 3.10.2009 ), siendo precisamente estos supuestos en los que deben practicarse varios registros simultáneamente los que constituyen una de las excepciones, al requisito de la presencia del interesado ya detenido, admitidas por nuestra jurisprudencia, STS. 947/2006 de 26.9 , que se refiere al caso de que se efectúen simultáneamente varios registros en distintos lugares, lo que, obviamente, imposibilitaría la presencia simultánea del "interesado" en varios domicilios a la vez.

En el mismo sentido se pronuncia la STS de 13 de Octubre de 2009 “Y otro tanto acontece con el hecho de que no se hallase presente en el registro de la sede quien había sido identificado con anterioridad como responsable local de la organización, a pesar de encontrarse en esos momento localizado y a disposición de la Policía, con lo que tal ausencia supondría de cuestionamiento al menos del valor procesal probatorio de los resultados de la diligencia.

Es cierto que Moisés no asistió a la diligencia de registro que analizamos, así como también lo es que, simultáneamente, se encontraba a disposición de los funcionarios policiales.

Pero, a pesar de todo ello, tales circunstancias no dan pie a las consecuencias pretendidas por quienes recurren, ya que si Moisés **no estuvo presente en este registro fue porque se hallaba coetáneamente asistiendo**

a una diligencia semejante en su propio domicilio, como consta en las actuaciones.

**Obviamente, razones de eficacia investigadora forzaban esa simultaneidad desaconsejando su ejecución sucesiva. Y en semejante situación resulta igualmente razonable que ante la alternativa de la posible presencia del investigado en cualquiera de los dos lugares objeto de registro, se decidiera por la prioridad de su propio domicilio**

5) Ampliación y extensión de la entrada y registro en el despacho del procesado Sr. Roca a las dependencias ocupadas por sus Secretarías particulares que tenían su propio despacho en las referidas oficinas.

Efectivamente, tal y como se ha señalado en el planteamiento defensivo de la cuestión, en la entrada al despacho del procesado Sr. Roca, se registran los despachos anexos de sus Secretarías M<sup>a</sup> José Lovera y Ainhoa Coca Morosito que están presentes durante todo el registro. Al respecto debe observarse que tales empleadas no consta que manifiesten objeción alguna, facilitando la segunda el código de acceso a su ordenador, con intervención de diverso material informático y documentación variada en ambos despachos, sin que conste que tal documentación perteneciera al ámbito privado o de la intimidad de las referidas trabajadoras.

En tal sentido, tales habitaciones deben entenderse como **dependencias anexas al despacho del Sr. Roca**, integrados en la misma estructura física en la que trabajaba el referido acusado y con vinculación directa a su actividad laboral que era objeto de sospecha delictiva, debiendo añadirse que la documentación intervenida, (y al Tribunal no le consta, en este momento procesal, lo contrario), lo es por su relación directa y su vinculación con el acusado Sr. Roca.

En todo caso, y aún cuando se llegara a conclusión distinta, **las referidas empleadas no sólo no alegan impedimento u objeción alguna al registro, sino que colaboran activamente en el mismo** según se desprende del acta levantada al efecto. Dicha circunstancia tiene relevancia pues, como señala la STS 12 de Noviembre de 2007, **“La LECrim, en su art. 551, autoriza incluso una forma de consentimiento tácito -de obligada interpretación restrictiva-, cuando establece que se entenderá que presta su consentimiento aquel que, requerido por quien hubiere de efectuar la entrada y registro para que lo permita, ejecuta por su parte los actos necesarios que de él dependen para que puedan tener efecto, sin invocar la inviolabilidad que reconoce al domicilio el precepto constitucional.**

Dicho en palabras de esta Sala, **“...el consentimiento o la conformidad implica un estado de ánimo concreto en virtud del cual la persona interesada, ante la situación también concreta que las circunstancias le presentan, accede al registro porque soporta, permite, tolera y otorga, inequívocamente, que ese acto tenga lugar. Se trata en suma de una aprobación, una aquiescencia, un asentimiento, una licencia o una venia que soslaya**

**cualquier otra exigencia procedimental"** (cfr SSTS 628/2002, 12 de abril, 1061/1999, 29 de junio y 340/1997, 7 de marzo).

De cualquier manera, debe tenerse presente que las referidas empleadas no estaban detenidas, y que no estamos ante un registro en un domicilio particular sino en el registro de una oficina, despacho o dependencia laboral autorizada expresamente y de forma motivada por el Juez de Instrucción, del que los despachos de las secretarías particulares no son más que meros anexos al despacho u oficina del rector o titular del mismo: Sr. Roca

6) Validez de la práctica de tales diligencias en los despachos de abogados. Posible vulneración del secreto profesional y necesidad de la presencia del Decano del Colegio de Abogados correspondiente o de su delegado en la entrada y registro a tales despachos, de conformidad con lo establecido en los estatutos que regulan dicha profesión jurídica.

No hay duda alguna de la posibilidad, en principio, de practicar una diligencia de entrada y registro en un despacho de Abogados, Y así la STS de 22 de marzo de 2004 nos indica :”Como se dice en la sentencia 1504/2003, de 25 de febrero de 2004, el derecho español, a diferencia del francés, no regula de forma específica en el código procesal penal, la forma de llevar a cabo la entrada y sobre todo el registro del despacho profesional de un Abogado. Existen referencias en el Estatuto de la Abogacía y la Asamblea de Decanos de los Colegios de Abogados de España, que propuso un texto que no ha pasado la Ley procesal. **Toda la normativa comparada no encuentra obstáculos a la entrada y registro, siempre que exista la posibilidad de encontrar datos relevantes para la investigación de delitos cometidos por alguno de los clientes del Abogado o, cuando sea, él mismo, el sospechoso de haberlos cometido.**

Sobre esta cuestión en la sentencia de esta Sala 773/2002, de 30 de abril se dice lo siguiente:

«El artículo 18 de la Constitución Española consagra, entre otros derechos relativos a la protección de la esfera más íntima de la persona, el de la inviolabilidad domiciliaria. Su titular indiscutible, por tanto, es la persona física, el individuo. Pero ello no obsta a que una antigua Jurisprudencia constitucional ( Sentencias del Tribunal Constitucional 137/1985 , 144/1987 , 164/1988, ] o 149/1991 ), viniera a reconocer también un derecho a esa inviolabilidad para la persona jurídica. En correspondencia con lo cual esta Sala ha exigido de la misma forma el cumplimiento de las garantías correspondientes para la práctica de la entrada en el domicilio de las personas jurídicas ( Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de octubre de 1993 , por ejemplo).

Sin embargo, pronunciamientos más recientes vienen a matizar ese criterio inicial. Y así, la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de julio de 1995 , refiriéndose más propiamente a la entrada en el lugar donde se desarrolla una actividad profesional, que en casos como el presente llega a identificarse con el domicilio de una persona jurídica, proclamaba ya la innecesariedad de

autorización judicial, toda vez que «... el local registrado no era domicilio del acusado ni de nadie, sino una oficina y despacho abiertos al público, es decir, a toda persona que quisiera acceder al mismo para el asesoramiento y la gestión de asuntos relacionados con problemas laborales, fiscales o de otro tipo, que nada tenían que ver con el ejercicio por el acusado ni por ninguno de sus empleados o clientes de las actividades propias de su intimidad que es lo que constituye el fundamento de la protección que para el domicilio reconocen la Constitución Española y la Ley de Enjuiciamiento Criminal».

No se puede, sin embargo, ignorar que, con anterioridad, la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de octubre de 1993 había afirmado el carácter de domicilio, a los efectos de la debida protección constitucional, para los lugares en que se ejerce el trabajo, la profesión o la industria. Si bien la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de abril de 1994 precisó, por su parte, que es la circunstancia de la apertura, o no, al público la determinante del límite de extensión del concepto de domicilio en el sentido constitucional.

Podemos, por tanto, concluir en la necesidad de diferenciar entre aquellas oficinas en las que se ubica la sede de una persona jurídica, a las que procede atribuir la protección del reconocido derecho a la intimidad que a la misma llega a amparar, de aquellos otros despachos o dependencias, constituyan o no sede social que, por su disposición a la entrada de público, deben considerarse, a diferencia del domicilio de la persona física, desposeídas de semejante protección.

Línea en la que insiste, aún con más claridad en la exclusión del despacho profesional del ámbito de la protección constitucional, la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de enero de 2001, distinguiendo entre la necesidad del respeto a las normas contenidas en la Ley procesal, tan sólo, para que la diligencia adquiera verdadera eficacia probatoria, frente a la práctica llevada a cabo, en exclusiva, por la propia Policía, con carácter de mera actuación investigadora, sin posibilidad de trascendencia procesal.

Vistas así las cosas, en el caso que nos ocupa es indudable que el despacho profesional, en el que la entrada y el registro se practicaron, era oficina abierta al público y destinada al acceso de clientes en busca de asesoramiento jurídico. Por lo que los requisitos de orden constitucional no resultaban exigibles».

Doctrina aplicable en este caso en el que, como se dice en el párrafo final del Fundamento de Derecho Primero de la sentencia de instancia, el registro se practicó «en el despacho en el que el acusado desarrollaba su actividad». Incluso, como argumentaba el Fiscal al postular la validez del registro, en presencia de una administrativa y de otro testigo.

En idéntico sentido, la STS de 1 de Octubre de 1999: Por lo demás, y ya para agotar el tema, el examen del Auto de entrada y registro del despacho del recurrente Vicente María C. de 4 de abril de 1990 está fundado tanto en sus aspectos formales -porque reviste la forma de auto-, como en los materiales

porque se justifica el sacrificio del derecho a la intimidad y secreto profesional ante su colisión con otros de superior categoría como son los derivados de investigar delitos de índole económica, registro que tenía -y así se explicita- por objeto intervenir la documentación de sociedades instrumentales citándose en dicho Auto la existencia de indicios de poder encontrarse datos relativos a los delitos que se investigaban, indicios que se explicitan en la petición que efectuó la Brigada de Policía Judicial de Delincuencia Económica en el escrito de 12 de marzo de 1990 .

### **7) Vulneración del derecho al secreto profesional.**

Con relación a la posible vulneración del secreto profesional, debe anticiparse que la Sala no aprecia vulneración alguna de tal derecho. El Juez de Instrucción era consciente de que, con la diligencia autorizada, podría verse afectado dicho secreto. Y así el Auto que autoriza el registro en el despacho de Abogados Sánchez Zubizarreta Soriano, de fecha 28 de marzo de 2006, señala expresamente Que **“en ningún caso deberán ser objeto de examen o intervención documentos que puedan ser objeto o estar relacionados directamente con expedientes de procedimientos judiciales”**.

Como establece la S.T.S. -Sala 3ª- de 16-12-2003 , constituye el secreto profesional el derecho y obligación fundamental y primordial del Abogado que le obliga a guardar reserva de cualquier información confidencial de la que tenga conocimiento en el marco de su actividad profesional; dicho sigilo comprende las confidencias del cliente, las del adversario, las de los compañeros y todos los hechos y documentos de que haya tenido noticia por razón de cualquiera de las modalidades de su actuación profesional.

En tal sentido son interesantes las conclusiones alcanzadas sobre el referido conflicto en la Sentencia de la Audiencia Nacional de Enero de 2009 (caso Saqueo), respecto a un problema muy similar al aquí suscitado:

“Inicialmente, debe recordarse que el art. 542.1 de la L.O.P.J . establece que "corresponde en exclusiva la denominación y función de Abogado al Licenciado en Derecho que ejerza profesionalmente la dirección y defensa de las partes en toda clase de procesos, o el asesoramiento y consejo jurídico"; definición que luego se trasladó íntegramente al art. 6 del Estatuto General de la Abogacía , aprobado por R.D. 658/2001 de 22-6. Además, el art. 542.3 de la L.O.P.J . dispone que "los Abogados deberán guardar secreto de todos los hechos o noticias de que conozcan por razón de cualquiera de las modalidades de su actuación profesional, no pudiendo ser obligados a declarar sobre los mismos"; obligación legal que también en su integridad se recoge en el art. 32.1 del Estatuto de la General de la Abogacía , cuyo art. 42 añade que "son obligaciones del Abogado para con la parte por él defendida, además de las que se deriven de sus relaciones contractuales, el cumplimiento de la misión de defensa que le sea encomendada con el máximo celo y diligencia y guardando el secreto profesional" y que "el Abogado realizará diligentemente las actividades profesionales que le imponga la defensa del asunto encomendado, ateniéndose a las exigencias técnicas, deontológicas y éticas adecuadas a la

tutela jurídica de dicho asunto y pudiendo auxiliarse de sus colaboradores y otros compañeros, quienes actuarán bajo su responsabilidad".

Resulta evidente que esta obligación legal de secreto profesional trata de salvaguardar de modo preponderante la confianza que, por la concreta naturaleza de la relación que se establece entre el cliente y el Abogado, deposita el primero en el segundo, pues aquél traslada a éste todo un caudal de información de la más diversa variedad confiado en la discreción del Abogado.

Por eso, el desempeño del deber profesional de los Abogados convierte a éstos en paradigmáticos y necesarios confidentes de los clientes, en tanto alcanzan el conocimiento de las noticias relatadas por tales clientes para asesorarles y defender sus derechos en el procedimiento de que se trate. En consecuencia, el quebrantamiento de este deber de discreción y sigilo entronca de manera directa con determinados derechos fundamentales conectados, a su vez, con la situación de los justiciables en el proceso, infringiéndose no sólo el derecho de defensa, sino también el derecho a la tutela judicial efectiva con proscripción de todo género de indefensión y el derecho a un proceso con todas las garantías, previstos todos en el art. 24 de la Constitución. La vulneración de tales derechos procesales de orden constitucional acarrea la nulidad de lo actuado, como previene el art. 238.3 de la L.O.P.J ., precisando el art. 11.1 del referido Texto legal que "no surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales".

**Sin embargo, esta situación quiebra cuando el Abogado se convierte en partícipe, en cualquiera de sus modalidades, del delito cometido, es decir, si se implica en la infracción penal perpetrada, convirtiendo sus labores de defensa y asesoramiento aparentemente profesionales en delictivas. En efecto, no cabe invocar el secreto profesional de los Abogados como eventual causa de exclusión de la antijuridicidad de los delitos que aquellos cometiesen, sobre todo cuando existe un acuerdo entre el Letrado y el cliente.** Así lo entendió, por ejemplo, la S.T.S. nº 1652 de 22-12-1998 , cuando expresa, en el definitivo enjuiciamiento de un Abogado que había participado con sus clientes en una trama defraudatoria para reclamar una indemnización indebida, que si bien los Abogados deberían guardar secreto de todos los hechos o noticias de que conozcan por razón de cualquiera de las modalidades de su actuación profesional, no pudiendo ser obligados a declarar sobre los mismos, ello no es óbice para que sus actividades delictivas puedan ser descubiertas y acreditadas por otros medios de prueba distintos de su propia confesión, pues al socaire del derecho-deber de guardar el secreto profesional no puede pretenderse -obviamente- la impunidad de estos profesionales del Derecho. Y es que, como dice la S.T.S. de 16-3-2006 , no se puede mezclar el secreto profesional con actividades que implican a personas que, teniendo o no la condición de Abogados, se ven inmersas en un proceso penal por actividades externas netamente delictivas y sobre cuyo conocimiento los terceros sólo podrían acogerse al secreto cuando se tratase de hechos que hubieran conocido en el ejercicio de su cargo y

podiesen perjudicar a sus clientes; sólo éstos son los titulares del derecho a la confidencialidad y secreto y no los profesionales que nada tienen que ver con los hechos que son objeto de acusación.

Esa coparticipación en el delito que se comete invalida cualquier eventual ejercicio del derecho a esgrimir el secreto profesional, puesto que implica una utilización torticera de un derecho, con abuso de éste, y, en definitiva, un fraude de ley, proscrito según el art. 11.1 de la L.O.P.J .”

No quiere decirse con ello ni la Sala pretende, en ningún caso en la fase procesal en la que nos encontramos, que estemos ante delitos cometidos por tales profesionales sino, simplemente, que tal secreto profesional quiebra cuando es el Abogado quien participa directamente en la actividad delictiva investigada o cuando exista la posibilidad de encontrar datos relevantes para la investigación de delitos cometidos por alguno de los clientes del Abogado, -STS de 22 de marzo de 2004, ya reseñada-, y, en consecuencia, es plenamente admisible la autorización de limitaciones a derechos fundamentales como la entrada y registro, en los supuestos en los que existan indicios y sospechas de tal participación o hallazgo, siempre que se cumplan, -lógicamente- el resto de requisitos legales y jurisprudenciales exigidos para este tipo de injerencias , como ha sido el caso, según hemos analizado ampliamente con anterioridad.

### **8) Ausencia de Decano.**

**En lo referente a la ausencia del Decano del Colegio de Abogados o de su delegado en el registro de la sede de un despacho de Abogados ,** parece evidente que dicha ausencia, aún siendo oportuna o conveniente, no es, desde luego, motivo de nulidad.

La S.T.S. de 1 de octubre de 1.999 indica de forma tajante que "la pretensión del recurrente de estimar nulo de pleno derecho el registro llevado a cabo en el despacho profesional del coacusado citado es empeño igualmente condenado al fracaso porque los requisitos y el cuadro de garantías de rigurosa observancia en registros domiciliarios o despachos y otros edificios viene señalado en la L.E.Crim. que determina el sistema de garantías exigibles en la obtención e incorporación de pruebas al juicio penal, por ello **la presencia del Decano a que hace referencia el art. citado del Estatuto, en modo alguno es requisito habilitante ni garantizador de derechos, debiéndose interpretar como una cortesía o deferencia...**" .Continúa señalando la sentencia que la presencia del secretario judicial es garante del proceso debido. En el mismo sentido STS de 25 de Febrero de 2004.

Es claro que no podría ser de otro modo, ya que **las obligaciones impuestas a los jueces con relación al proceso, vienen establecidas en la LECrim. Con relación al sistema de justicia penal,** por ello se estima que ninguna objeción puede efectuársele al registro, cuya legalidad queda garantizada por **la presencia del Secretario** que como titular de la fé pública, es el garante del proceso debido en la medida que su presencia es sinónimo de que la actuación judicial ha sido correcta, de ahí la nulidad de las actuaciones

judiciales no refrendadas por el Secretario judicial, que aunque integrado dentro del sistema de justicia no se confunde con el juez, antes bien, es el garante de la correcta conducción del proceso por aquél.

Pero es que, aún en el caso de que se quiera atribuir a la presencia del Sr. Decano en el registro una mayor relevancia a efectos de garantizar el secreto profesional, no podemos olvidar **que la jurisprudencia de nuestros Altos Tribunales viene distinguiendo, a la hora de determinar la exigencia de este plus de garantías, dos situaciones completamente distintas: La del registro que se efectúa en el despacho de un Abogado cuyo cliente está siendo investigado por una supuesta actividad delictiva en la que no interviene ni tiene participación alguna el Letrado; y aquella otra, que es la que se da en el presente caso Malaya, en que el propio Abogado supuestamente participa en dicha actividad, y entonces no es merecedor de esta garantía extra.**

**Así se desprende de la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de fecha 24 de julio de 2008 al establecer que:**

El Tribunal estima que los registros y secuestros de documentos en el domicilio de un abogado atentan incontestablemente al secreto profesional, que es la base de la relación de confianza que existe entre el abogado y su cliente. Por otra parte, la protección del secreto profesional es especialmente el corolario del derecho que tiene el cliente de un abogado a no contribuir a su propia incriminación, lo que presupone que las autoridades busquen fundar su argumentación sin recurrir a elementos de prueba obtenidos por la coerción o las presiones respecto de la voluntad del acusado. Por tanto, si bien el Derecho interno puede prever la posibilidad de registros o inspecciones domiciliarias en el gabinete de un abogado, éstas deben imperativamente estar acompañadas de especiales garantías.

Pero, en todo caso, consta en las actuaciones con relación al registro del despacho de abogados Sánchez Zubizarreta Soriano, que el juzgado de Instrucción Nº 39 de Madrid, al que le correspondió la práctica de la diligencia de Entrada y Registro, libró oficio al Colegio de Abogados de Madrid para interesar la presencia del Decano o de un Abogado por delegación de este, y en la correspondiente acta de registro, de 29 de marzo de 2006, se señala expresamente que asiste el Abogado colegiado Nº 28601 en nombre del Colegio de Abogados de Madrid. Exactamente igual se hizo para la continuación de dicho registro el 30 de marzo de 2006, por lo que no existe vicio o motivo de nulidad de clase alguna.

#### 9) Registros practicados fuera del partido judicial.

Falta de competencia del Juez de Instrucción para ordenar la práctica de una entrada y registro fuera de su partido judicial por vía de cooperación jurisdiccional. ( exhorto).

Efectivamente y tal y como se indica por las defensas que plantearon la cuestión, el Juez de Instrucción acudió al auxilio judicial para la práctica de, como mínimo, las siguientes diligencias:

-En Estepona, para las entradas y registros del:

Domicilio del procesado D.Jaime Hachuel, sito en Urbanización Valle Romano Sur.

Domicilio social del grupo Ivorne. sito en Urbanización El Pilar.

-En Málaga:

Domicilio de la procesada D<sup>a</sup> Isabel García Marcos

-En Madrid:

Sede del gabinete jurídico Sánchez Zubizarreta Soriano, en calle Fernando VI, 5º Despacho del Sr. Roca en el que , al parecer, desarrollaba su actividad la procesada D<sup>a</sup> Montserrat Corulla Castro, sito en calle Príncipe de Vergara 47,1º.

Sede de la entidad mercantil Condeor SL , en calle Goya 59

-En Getafe

Sede de la entidad Muferti SL

-En Robledo de Chavela

Finca El Pajar Blanco

-En Las Rozas:

Domicilio de D.Victoriano Rodríguez Martínez en Avenida de España 227.

-En los Alcazares(Murcia):

Sociedad One Properties SL.

Explotación Agrícola La Loma

-En Almonte

Hotel Malvasía

-En Jimena de la Frontera Finca la Morisca.

En todos estos casos, se libraron los correspondientes exhortos a los juzgados competentes de los diferentes partidos judiciales, acompañando testimonio de los Autos autorizando las distintas entradas y registros. Dicha actuación debe ser calificada de totalmente correcta pues, como señala, entre otras, la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de Abril de 2000: “ afirma el recurrente que «cuando la Juez sustituta accidental de Ribadavia recibe el exhorto, para cumplimentarlo, habría de dictar su propia resolución en forma de auto, por la que acordase la entrada y registro interesada por el exhortante,...», de tal modo que –según se afirma– «lo que se expone ... no es una mera vulneración de norma procesal. Lo que se indica no es más que, en el seno de violación procesal, la denuncia de un registro domiciliario que se alcanzó en base a un auto que no ha podido tener efectos en el Partido de Ribadavia porque quien lo dictó no tenía jurisdicción en tal lugar...». «Ello tiene incardinación en vulneración de distintos preceptos constitucionales», citando al efecto los artículos 18 y 24 de la Constitución.

El motivo carece de razón atendible: a) **porque el Juez ordinario predeterminado por la ley a que se refiere el art. 24 de la Constitución no es otro que aquel al que con arreglo a la ley corresponda instruir la causa de que se trate** –en el presente caso, sin duda, al Juez de Instrucción núm. 3 de los de Orense–; así lo hemos dicho –ad exemplum– en la sentencia de 16 de noviembre de 1998 , al afirmar que «por lo que respecta al derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, debemos establecer como premisa que ostentará esta condición aquel que ha de instruir, conocer y decidir sobre la posible responsabilidad penal de la persona investigada», por consiguiente, **«la diligencia de entrada y registro, debidamente acordada y suficientemente motivada, debía llevarse a efecto en un territorio distinto del que abarcaba la jurisdicción del juez ordenante, por lo que acudió al auxilio jurisdiccional que se contempla en diversos artículos de la LOPJ...»** (v. arts. 268.1 y 274.1 LOPJ); y, b) porque la nulidad de los actos judiciales viene anudada a la «manifiesta falta de jurisdicción o de competencia objetiva o funcional » (nada se dice de la territorial, a la que, sin duda, hace referencia el acusado) (v. art. 238.1º LOPJ).

El art. 18 de la Constitución, por su parte, se limita a hablar simplemente de «resolución judicial» para autorizar la entrada y registro en el domicilio de las personas, cuando no lo consienta su titular o se trate de un caso flagrante.

Por todo lo dicho, procede la desestimación de este motivo.

## **10) Detenciones televisadas.**

**Grabación en soporte visual por parte de funcionarios de la policía del correspondiente registro, y su emisión en medios de comunicación sin ningún tipo de cortapisas (entradas y registros “televisadas”).**

La Sala ya se ha pronunciado en diversas ocasiones, sobre la cuestión planteada, por lo que damos por reproducido lo ya señalado, entre otros, en

Auto de 16 de Diciembre de 2009, en lo que es de aplicación a la entrada y registro:

“Se invoca una vez más la desacertada e injusta forma en que se practica la detención y las diligencias de entrada y registro, que son televisadas en directo apareciendo en gran parte de los canales de televisión nacional y autonómica existentes.

Ya se pronunció esta Sala en el auto de fecha 12 de Septiembre de 2008, apartado c) de su fundamentación jurídica al establecer: Finalmente, aunque **esta Sala tenga la firme convicción de que la detención de cualquier ciudadano debe practicarse de la forma que menos le perjudique, tal y como exige nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal y desde luego la transmisión pública de imágenes de tal momento se compadece, per se, mal con tal principio, sin embargo, lleva razón el Sr. Instructor al entender que tal cuestión sin restarle gravedad alguna, debe ser planteada y en su caso investigada ante el órgano jurisdiccional competente para conocer las supuestas irregularidades cometidas con tal ocasión.** Pero sin que se invoque circunstancia de fondo alguna (no de forma) que tenga trascendencia en los hechos aquí investigados.

En cuanto a las entradas y registros, tal cuestión ya fue resulta por la Audiencia en Auto de fecha 7 de junio de 2006, como resulta de su fundamentación jurídica y en especial del fundamento jurídico segundo que establece literalmente que: Entrando ya en los motivos de la parte recurrente alusivos a la falta de acomodación a Ley de lo dispuesto en los autos de fechas 28 y 30 de marzo de 2006 y de lo actuado con ocasión de la práctica de diligencia de entrada y registro practicada en la sede del Gabinete Jurídico Zubizarreta Soriano, sita en la calle Fernando VI, 5º-2º derecha e izquierda, de Madrid, este Tribunal, tras el examen de la documentación puesta a disposición de este Tribunal con ocasión del presente recurso y a la vista de las alegaciones efectuadas por la parte recurrente y la cumplida, extensa y detallada respuesta dada a cada una de ellas en el auto de fecha 26 de abril de 2006, carece de argumentos jurídicos sustentados en datos de hecho y de Derecho para considerar contraria a lo prevenido en materia de competencia por la literalidad de los artículos 65, 87 y 88 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, en relación con los artículos 14, 17 y 18 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la decisión adoptada por el Magistrado instructor en el auto de fecha 28 de marzo de 2006, en el que se contiene una exteriorización del proceso reflexivo interno conducente a la disposición adoptada, ocurriendo otro tanto en lo que atañe al auto de fecha 30 de marzo de 2006, resultando suficientemente sopesados los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la medida acordada, y en cuanto a la no adecuación a Derecho de lo actuado con ocasión de la práctica de la diligencia de entrada y registro acordada por el Juzgador, quienes ahora decidimos no podemos llegar a conclusión distinta que la de afirmar que aparte de la discrepancia hecha valer por los afectados por la misma en el trámite de recurso que les asiste, en las actuaciones no consta que la diligencia dispuesta se hiciera inobservando lo preceptuado en el título VIII del libro 11 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sin que del hecho

alegado por la parte recurrente relativo a que no fueron adoptadas todo género de precauciones para no comprometer la reputación de los afectados ni el respecto de los secretos que les afectaban, quepa colegir la nulidad de la diligencia practicada, aún en el supuesto de que no se hubiere dado estricto cumplimiento a lo prevenido en el artículo 552 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por los ejecutores de la entrada y registro, lo que por lo demás no consta sustentado en prueba alguna obrante en el presente rollo, pudiendo en su caso dar lugar a la derivación de responsabilidades a que hubiere lugar por la actuación cuestionada por la parte apelante, sin que por lo demás conste mínimamente que el registro se llevara a cabo de forma discriminada y discrepante en este punto con lo expresamente dispuesto por el Magistrado instructor, ni tampoco que en la adopción de las medidas aseguratorias del lugar se quebrantara lo establecido en el artículo 570 de la Ley de enjuiciamiento Criminal, y sin que finalmente conste vulneración alguna de lo prevenido en el artículo 563 de dicho cuerpo legal puesto que el hecho de que el Magistrado instructor acordara la práctica de la entrada y registro en el lugar de autos, en nada afecta al control de legalidad en la ejecución de la misma que pudiere haber realizado el órgano judicial al que fue demandada cooperación judicial para su práctica, siendo por todo ello que por los propios razonamientos de los autos de fechas 28 y 30 de marzo de 2006, que a fin de evitar reiteraciones innecesarias se aceptan y dan por reproducidos, por estimarlos en conciencia acertados y correctamente formulados, procede rechazar el recurso de apelación interpuesto.”

## 12) Entradas y registro.Secretario Judicial.

Desconocimiento del Secretario judicial que intervino en algunas de las diligencias practicadas . Igualmente se alega por algunas de las defensas que se ignora el sistema seguido en el “Decanato” para la designación de los diversos secretarios judiciales que participaron en los registros.

Este Tribunal estima que es irrelevante dicha ausencia de identificación del concreto secretario judicial que practicó la diligencia, pues lo importante es la presencia del Secretario Judicial en el escenario del registro, acompañando a los agentes de policía autorizados para su realización , de suerte que todo se efectúe bajo su intermediación, como ha ocurrido en todas las entradas y registro practicadas en la causa, debiendo tenerse presente que los secretarios judiciales no son testigos con relación a los asuntos en los que han intervenido como tales, y, en todo caso, el Secretario Judicial que intervino podrá ser fácilmente identificado a través de su firma, del Juzgado que ordenó la diligencia y mediante las normas internas de sustitución entre tales funcionarios, de conformidad con lo establecido por el,-entonces-, Secretario Judicial del Juzgado Decano y,-ahora-, a través de la Secretaria Coordinadora Provincial.

En lo concerniente a la designación de los Secretarios judiciales que practicaron las diligencias en la localidad de en Marbella, su designación se habrá efectuado en aplicación de las citadas reglas de sustitución interna, en la actualidad, bajo la gestión y aplicación de la Secretaria Coordinadora Provincial

y cuyas funciones eran desempeñadas, en el año 2006, por cada uno de los Secretarios de los distintos Juzgados Decanos de la provincia, sin que conste en ningún sentido, que tales normas hayan sido vulneradas, con independencia de la trascendencia jurídica que pudiera tener tal circunstancia .

Máxime cuando, como ya se ha dicho, ante la ingente cantidad de diligencias a cumplimentar, tuvieron que intervenir Secretarios Judiciales de distintos juzgados para cumplimentar los requisitos que tales diligencias exigen por imperativo legal. Se trató, en definitiva, de necesidades del servicio que hubieron de ser cubiertas con los fedatarios judiciales existentes con independencia de su adscripción, como a diario se viene planteando y solicitando en los órganos jurisdiccionales de cualquier población.

### **13 ) Detenciones**

**Se transcribe a continuación el contenido del Auto dictado por la Sala en su día en este procedimiento, por ser un dato objetivo acaecido en la sustanciación del mismo, sin perjuicio de que a efectos de apreciación de circunstancia atenuante, se acoja el superior y sin duda más acertado criterio del Tribunal Constitucional sobre la irregularidad de algunas de las detenciones practicadas en este proceso.**

Sin duda uno de los puntos generadores de mayor fricción y tensión durante la celebración de las sesiones de cuestiones previas al juicio oral, ha sido el relativo a **las detenciones, hasta el punto que han sido severamente criticadas por la generalidad de las defensas.**

Y son diversas las cuestiones alegadas por las mismas:

**La falta de motivación del Auto en que se acuerdan las detenciones; la consideración de las mismas como injustas, desproporcionadas e innecesarias; su utilización como método espúreo de arrancar confesiones; la retransmisión a través de la prensa y de la televisión del momento de la detención, la prolongación indebida del tiempo máximo autorizado por la ley etc, lo que ha llevado a algunas defensas a considerar que si las mismas no fueron, ilegales, si al menos contrarias a derecho, o con léxico mas vehemente la alegación por alguna defensa de que fueron detenidos como animales.**

**Lo cierto es que algunas de estas cuestiones ya han sido examinadas y rechazadas por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía al conocer de una querrela presentada, en el mismo ámbito del caso Malaya, contra un Juez de Instrucción de Marbella.**

#### **1.- Criterio del Tribunal sobre detenciones televisadas.-**

Ya se pronunció esta Sala en el auto de fecha 12 de septiembre de 2008, apartado c) de su fundamentación jurídica al establecer: **“Finalmente, aunque esta Sala tenga la firme convicción de que la detención de cualquier ciudadano debe practicarse de la forma que menos le perjudique, tal y como exige nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal y desde luego la transmisión pública de imágenes de tal momento se compadece, per se, mal con tal principio,** sin embargo, lleva razón el Sr. Instructor al entender que **tal cuestión sin restarle gravedad alguna, debe ser planteada y en su caso investigada ante el órgano jurisdiccional competente para conocer las supuestas irregularidades cometidas con tal ocasión.** Pero sin que se invoque circunstancia de fondo alguna (no de forma) que tenga trascendencia en los hechos aquí investigados.”

Se comparta o no la forma en que se desarrollaron las detenciones, lo importante ahora es comprobar la trascendencia que pudieron tener en el procedimiento y en el marco en que este se desarrolla.

## **2.- Detenciones masivas.-**

Fueron **detenciones masivas** que en lo posible deben ser evitadas. Pero no puede olvidarse que **es muy elevado el número de personas implicadas, finalmente “reducido” a 95,** pero que fue aún más elevado en un principio.

Se ha puesto en tela de juicio **la necesidad, la justificación y la falta de proporcionalidad de las detenciones,** pero lo cierto es que **existían indicios de la perpetración de hechos delictivos de entidad suficiente para justificar tales medidas cautelares personales.**

A tal conclusión se llega leyendo el escrito remitido por el Ministerio Fiscal en cuanto garante de la legalidad, la declaración del testigo D..Jorge González, los distintos informes de la Udyco, así como del contenido de los autos en los que se acordaba la intervención judicial de las conversaciones telefónicas.

En estos últimos se dice textualmente: Así, la declaraciones del Sr. González, Jefe de los Servicios Jurídicos del Ayuntamiento, no viene sino a corroborar, como se recoge en el fundado oficio policial, la multitud de indicios que avalan que el Sr. Roca habría venido a ser la persona que aún no siendo cargo electo el Ayuntamiento ni funcionario municipal, asume el poder de decisión por encima de los propios concejales y de la persona que ocupa el cargo de Alcalde, comportándose, como manifiesta el Sr. González en su declaración, como absoluto dueño de la voluntad municipal. El Sr. González expone como el Sr. Roca asume una serie de atribuciones y facultades para las

que no está de modo alguno habilitado, y aparece en multitud de procedimientos judiciales en curso como la persona que de alguna manera controlaría lo asuntos urbanísticos en esta localidad y las arcas municipales.

Resulta evidente que el Sr. Roca aparece imputado en varios procedimientos penales, en particular los casos conocidos con el nombre de Saqueo seguidos ante la Audiencia Nacional, siendo notorio que en su día fue detenido e ingresado en prisión, encontrándose actualmente en libertad bajo fianza. En varios procedimientos penales, de los que algunos se siguen en este Juzgado se ha puesto de manifiesto como el Sr. Roca era el redactor de la sucesivas reformas y refundidos de los planes urbanísticos de esta Localidad, que nunca han llegado a entrar en vigor, y que han dado lugar a la concesión de multitud de licencias de obras anuladas por la Justicia, de la imputación de la práctica totalidad de los miembros del actual equipo de gobierno y la condena penal de varios de ellos por delitos de prevaricación y contra la ordenación del territorio. La práctica totalidad de los concejales que han declarado en estos procedimientos han venido a poner de manifiesto no sólo que su voto dependía de los criterios que les facilitaba la Sra. Escobar, a la que se vincula con el Sr. Roca, sobre si los informes eran favorables o desfavorables, sino que antes de las comisiones de Gobierno se producían reuniones en la sede de planeamiento, con la asistencia del Sr. Roca de difícil justificación y que dichas reuniones tenían lugar incluso en su propio despacho. El Sr. Roca tendría por otra parte según numerosas informaciones, un extenso patrimonio de difícil justificación, que se habría podido obtener de forma ilícita.

Es cierto que antes de acordar la detención debe el Juez citar al imputado para que acuda voluntariamente al juzgado y en caso de no hacerlo es cuando puede ordenar la detención. La Sala está convencida de que la generalidad de los procesados hubieran acudido voluntariamente al llamamiento judicial. Pero hay una realidad incontestable y es que tres de los supuestos autores de estos hechos se sustrajeron a la acción judicial, se dieron a la fuga sin que hayan podido ser localizados. Tal circunstancia, objetivamente hablando, y en previsión de que pudieran haber sido más los huidos, justifican la actuación del Instructor.

Pero es que, además, existía el riesgo ya contrastado de **posibles filtraciones** de las actuaciones policiales a los implicados, que pudieran facilitar la huida de alguno de ellos o la de la **desaparición de prueba incriminatoria**. Y no podemos olvidar que uno de los procesados está imputado por mantener contactos con el Sr. Roca en su calidad de funcionario de la Administración de Justicia. Y que existía un despliegue de seguridad y contactos con miembros de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado que podrían captar esas filtraciones. Incluso se ha afirmado por alguna de las

defensas que llegaron a desaparecer documentos incriminatorios para las partes.

**Estos tres argumentos objetivos: Fugados, desaparición de pruebas y filtraciones, constituyen razones suficientes para justificar la postura del Instructor que ante la envergadura de la operación que está llevando a cabo opta por esas detenciones generalizadas, tendentes a asegurar la presencia de los supuestos autores de los hechos y evitar la desaparición de pruebas.**

La Sala no pone en duda el hecho de que **estas detenciones masivas, acompañadas de gran aparato policial y mediático** hayan supuesto un daño, un perjuicio familiar económico superior al deseable y previsto según nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal, pero ello **no determina la nulidad de actuaciones interesadas, al estar amparadas legalmente y aparecer justificadas por las circunstancias reseñadas.**

### **3.- Prórroga de detención.-**

Se denuncia por las defensas **que se ha prolongado por el Instructor la detención de alguno de los procesados más allá del plazo constitucionalmente establecido al efecto.**

**Esta cuestión concreta ha sido resuelta ya por el TSJA mediante Auto de fecha 30-10-2007 (rec.42/2007) con ocasión de una querrela por prevaricación interpuesta por determinados procesados contra el primer Juez Instructor.**

El contenido del referido Auto que, lógicamente asume la Sala, es el siguiente:

A) Como consecuencia de las Diligencias policiales, el Ilmo. Sr. Magistrado querrellado dictó sendos autos, en fecha 29 de marzo de 2006, en las Diligencias Previas núm. 4796/2005, en los que ordenaba la detención judicial de los querellantes y autorizaba el traslado de los detenidos hasta las dependencias policiales en Málaga para la práctica de las diligencias correspondientes.

B) En la misma fecha indicada se procedió por la Policía Nacional a las detenciones ordenadas de los miembros del despacho de abogados Sánchez Zubizarreta-Soriano, en Madrid, llevando a cabo el también acordado registro del despacho indicado, solicitando una ampliación del plazo para el mismo, que se prolongó hasta las veintidós y treinta horas del siguiente día treinta.

C) En fecha 31 de Marzo de 2006, los hoy querellantes elevaron escrito en el que reiteraban su solicitud de que se les recibiera declaración por el órgano judicial que correspondiera.

Los querellantes no fueron trasladados a la sede del juzgado de Instrucción hasta la noche del mismo día 31, fecha en la que el Magistrado titular del Juzgado de Instrucción número 5 de aquella ciudad dictó una serie de Autos, en los que , tras señalar, como razonamiento jurídico , **la imposibilidad “de la práctica de las declaraciones en el día de hoy de los inculpados referidos en los hechos, debido al elevado número de detenidos en la presente causa y de la larga duración de las declaraciones efectuadas hasta el momento, y existiendo indicios racionales de criminalidad en la conducta de los detenidos citados, y no habiéndose superado el plazo máximo de detención** previsto en el artículo 17 de la Constitución y Art. 497 de la L. E. Cr ., y conforme a lo establecido en los artículos 489 y siguientes y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal “, se contenía la siguiente parte dispositiva: **“se decreta la permanencia en calidad de detenido (...) en las dependencias de la Comisaría de Policía - de Málaga, y a disposición de este juzgado, donde deberá ser presentado el día 3º de abril , 9 de la mañana, a fin de recibirle declaración y legalizar su situación personal”.**

E) Sobre las 20,20 horas del día 3 de abril de 2006, se celebró la correspondiente comparecencia prevista en el artículo 505 LECrim, dictando seguidamente el querellado los autos en que ordenaba la prisión provisional de los ahora querellantes.

**TERCERO.- El planteamiento de la dirección letrada de los querellantes se basa en el presupuesto de que desde el mismo momento en que se produjeron las detenciones materiales de los querellantes, el día 29 de marzo de 2006, los mismos estaban ya a disposición judicial, por cuanto las detenciones no se habían producido por iniciativa de la policía , sino por orden judicial (auto de 29 de marzo de 2006 ). En consecuencia, el plazo máximo de setenta y dos horas en el que el magistrado instructor debió acordar la prisión o la libertad provisional de los detenidos comenzó a correr desde el momento de la detención, y no desde que, en la noche del día 31 de marzo, se emitió informe de terminación de diligencias policiales, remitiéndose al Juzgado a los querellantes junto con otros detenidos.**

La Sala ha advertido que **toda la construcción jurídica de la querrela parte de un error o confusión esencial, cual es considerar que desde el mismo momento en que se produce materialmente la detención de una persona acordada por la autoridad judicial, el detenido está ya a**

disposición del Juez o Magistrado que la acordó. La Sala entiende, por el contrario, que pese a que pueda considerarse que la detención del querellante era "judicial", y no "policial" (por ser el Instructor quien la ordenó), la "puesta a disposición" (artículo 505 LECrim. ) o "entrega" del detenido (artículo 497 LECrim.) no se produjo hasta el día 31 de marzo, de tal modo que no se vulneró ninguno de los plazos constitucionales y legales: ni el señalado por el artículo 17.2 CE, que hace referencia al tiempo máximo en que una persona puede estar privado de libertad sin ser entregado o puesto a disposición de un Juez, ni el de los artículos 505.2 LECrim., que comienza a computarse desde que la policía "entrega" al detenido a la autoridad judicial, especificando el artículo 497, párrafo segundo que el plazo es idéntico ya se trate de una detención policial, ya hubiese sido acordada por la autoridad judicial. Por lo mismo, la Sala considera que el auto judicial de 31 de marzo no acordó, como quiere el querellante, una atípica "prórroga" de la detención, sino que más bien lo que hizo fue señalar, dentro de ese plazo de 72 horas señalado en el artículo 505 LECrim , la fecha y hora en que se habría de recibir declaración al detenido y se acordaría sobre su situación personal.

CUARTO.- Como también hemos tenido ocasión de señalar, cuando el Juez acuerda, en el marco de una causa por delito, la detención de un imputado, está dirigiendo una orden a la policía judicial. No sabe cuándo y cómo dicha detención va a producirse ni cuando, por tanto, podrá recibirle declaración al detenido. Si, además, ordena la realización de determinadas diligencias policiales (como la entrada y registro domiciliario), está autorizando a la policía para que retenga al detenido durante el tiempo imprescindible para que proceda a la práctica de dichas diligencias (plazo que en ningún caso puede exceder de setenta y dos horas). **El solo hecho de que tenga conocimiento, por la recepción de informes policiales, de que ya se ha procedido a dicha detención, no significa que esté ya necesariamente a su disposición, pues es preciso un acto de entrega (material o simbólica) que, insistimos, ha de llevarse a cabo sin dilación, y siempre en el plazo máximo de setenta y dos horas: así se desprende de la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 82/2003, de 5 de mayo , en el que no se consideró al detenido puesto a disposición del Juez hasta el día 18 de diciembre , a pesar de que desde el mismo día 15 la policía informó de la detención y solicitó autorización para el registro de una maleta que portaba.**

Ello resulta lógico, por otra parte, pues de lo contrario nos veríamos obligados a concluir que el ordenamiento jurídico dispensa menos

garantías a quien es detenido por mera decisión de la policía que a quien lo es por decisión judicial (a solicitud, como en este caso, de la policía), puesto que aquél podría permanecer en esa situación de detenido en un plazo máximo de 144 horas (72 antes de entregarlo al Juez, y 72 desde ese momento), mientras que quien ha sido detenido por orden del Juez, con más garantías, únicamente podría estar en esa situación durante 72 horas. No tendría sentido permitir a un agente de policía que, para la realización de diligencias de cualquier tipo, retenga durante 72 horas a quien ha detenido por su propia iniciativa, sin que ese tiempo compute a los efectos del artículo 505 LECrim, y que en cambio si lo detuvo por decisión judicial todo el tiempo que emplee la fuerza actuante desde la detención hasta la entrega compute ya a los efectos de dicho precepto procesal. A juicio meditado de la Sala, cuando la detención ha sido ordenada por el Juez, sigue siendo aplicable el artículo 17.2 CE, como no podría ser de otro modo, pero en el sentido siguiente: **desde que la fuerza actuante cumple materialmente la orden de detención dispone de 72 horas (como máximo) para "entregarlo" al Juez, sin perjuicio del plazo (también de 72 horas, dispuesto ahora no por la Constitución, sino por la ley procesal) para acordar sobre su prisión o libertad. Se trata de dos plazos articulados y sucesivos que no pueden refundirse o confundirse en uno por el solo hecho de que la detención material se haya producido no por iniciativa policial, sino por decisión judicial.** A la vista del tenor de lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 497 LECrim no parece posible una interpretación diferente: "lo propio y en idéntico plazo (setenta y dos horas "a contar desde que el detenido le hubiese sido entregado") hará el Juez o Tribunal respecto de la persona cuya detención hubiere él mismo acordado".

**Lo que hizo el querellado en sus autos de 31 de marzo no fue, en absoluto, "prorrogar" unas detenciones.** Es verdad que en ese mismo momento pudo acordar, desde luego, la libertad de los detenidos, pero también es claro que a partir de ese momento en que se le puso a disposición el detenido, disponía de un máximo de setenta y dos horas para pronunciarse sobre su libertad o prisión, y en dicho auto, disipando toda incertidumbre, tras exponer resumidamente las razones por las que no se les recibió declaración de inmediato, se señaló el momento en que ello se llevaría a cabo. **No hubo, pues, transgresión de los plazos máximos o absolutos señalados por la Constitución y la Ley, y, como después veremos, tampoco hubo vulneración de los plazos relativos (el mínimo tiempo indispensable), dada la incesante actividad judicial durante todo el periodo de tiempo que medió desde que se puso a todos los detenidos a disposición del Juzgado, hasta que se acordó la prisión provisional de los hoy**

**querellantes, tras la práctica de la comparecencia prevista en el artículo 505 LECrim .**

El Juez Instructor no puede recibir declaración mientras no tenga constancia de que se ha procedido a la detención material de los imputados y mientras no se le ha puesto a su disposición, una vez concluidas las imprescindibles diligencias policiales, que habrían de suministrar los elementos necesarios para recibirles declaración y pronunciarse, con conocimiento de causa, sobre su situación personal. En consecuencia, ha de concluirse que ni la policía transgredió el plazo constitucional señalado por el artículo 17.2 CE , ni el querellado transgredió tampoco el plazo legal señalado por los artículos 497 y 505 LECrim. **Sólo la confusión del querellante, consistente en considerar que desde que fue detenido materialmente el día 29 de marzo ya estaba entregado y a disposición judicial por el solo hecho de haber sido el Juez quien ordenó la detención, y no la Policía quien sin dicha autorización la decidió, puede inducir a pensar que se vulneró dicho plazo.**

QUINTO.- A lo anterior debe añadirse, todavía, **una última consideración.** Si la tesis expuesta por la Sala fuese errónea y hubiera de considerarse al detenido a disposición material del Juez desde el mismo momento de la detención, **aún así el Instructor tendría atribuida por la ley la facultad de mantener la situación de privación de libertad del imputado más allá de las primeras setenta y dos horas, acordando, inaudita parte, y sin ni siquiera recibir declaración al imputado, su prisión provisional.** Ello sólo podrá suceder cuando, conforme a lo dispuesto en el artículo 505.5 LECrim , concurriesen razones que impidieran la celebración de la comparecencia del artículo 505.1 LECrim.

De ese modo, antes del día 1 de abril, el querellado, a la vista de que **por la cantidad de diligencias a practicar y declaraciones a recibir en la misma causa (sobre lo que a continuación se razonará) no era posible la celebración de dicha comparecencia, pudo haber acordado sin petición del Ministerio Fiscal la prisión de los querellantes, siempre que obviamente se razonase sobre la indicada imposibilidad y sobre la concurrencia de las condiciones y fines que se exigen para dicha medida cautelar.** Por más que en la querrela se sugiera lo contrario, es indiscutible que la situación de prisión provisional es una medida más gravosa y restrictiva de derechos que la detención preventiva bajo control judicial. En ambos casos existe privación del derecho fundamental a la libertad, pero en la prisión provisional se añade el hecho del ingreso

en prisión. Desde ese punto de vista, puede afirmarse, aunque ahora sí, sólo a los efectos de descartar la concurrencia de los elementos del tipo delictivo previsto en el artículo 530 CP, que no comporta "prolongación" de la privación de libertad contra los plazos y las garantías constitucionales y legales el mantenimiento de la situación de detenido cuando existan circunstancias que habrían permitido al Instructor acordar inaudita parte la prisión provisional para a continuación, dentro del ahora sí absolutamente improrrogable plazo de otras setenta y dos horas, convocar y celebrar nueva comparecencia ex artículo 505 LECrim. No es que "quien puede lo más puede lo menos" (ello, es verdad, no siempre es así cuando se trata de actividades completamente regladas), sino que el bien jurídico protegido, a efectos penales, por el artículo 530 CP, no se habría visto conculcado, por más que la privación de libertad se haya mantenido bajo la forma de detención en vez de cómo prisión provisional inaudita parte. Las exigencias constitucionales se habrían mantenido intactas (pues insistimos que el artículo 17.2 va dirigido exclusivamente a la policía ), y la libertad del imputado no habría sufrido más que si el Instructor hubiese acordado la prisión sin recibirle declaración ni oír al Ministerio público. **La cuestión, a efectos penales, en tal caso (es decir, en caso de no considerarse acertada la tesis antes expuesta en esta resolución), quedaría ceñida a valorar si a lo largo de todo el tiempo transcurrido desde las detenciones materiales hasta la celebración, en su caso, de las comparecencias del artículo 505 LECrim hubiese sido posible, en las circunstancias concretas del caso, recibirles declaración a los detenido con más premura y celebrar dichas comparecencias, lo que, entonces, habría supuesto una conculcación del límite "relativo" de la privación de libertad, que no es sino el imprescindible para llevar a cabo las diligencias policiales y judiciales razonablemente necesarias en ese momento procesal y a los efectos de la mejor instrucción de la causa.**

Ha de examinarse, pues, si la importante dilación que se produjo (ciento treinta y tres horas, según el querellante) está o no justificada.

SEXTO.- Es un hecho notorio que las Diligencias Previas seguidas en el Juzgado de Instrucción núm. 5 bajo el número 4.796/2005 fueron incoadas a consecuencia de la actuación policial conocida como "Operación Malaya" y que se desarrollan para la investigación de una compleja trama de supuestos delitos de blanqueo de capitales y en las que tuvieron lugar numerosas detenciones, que se iniciaron precisamente el día 29 de marzo de 2006. Esta Sala, y ante las dudas que podían suscitar las dilaciones denunciadas en la toma de declaración de los ahora querellantes, requirió de la Secretaría del Juzgado de Instrucción **testimonio completo de las**

actuaciones judiciales practicadas a partir del día 31 de marzo, con la finalidad de comprobar si existía o no justificación para el transcurso de tantas horas sin recibir declaración a los detenidos ya puestos a su disposición. Dicho testimonio ha sido recibido y unido a las presentes Diligencias indeterminadas, y del mismo se deduce con claridad que durante los días 31 de marzo al 3 de abril indicados (viernes, sábado, domingo y lunes), el Instructor, ahora querellado, antes de recibir declaración a los querellantes, hubo de estudiar y examinar trescientos folios, aproximadamente, de diligencias y actuaciones policiales, informes médicos respecto de detenidos y la documentación aportada por alguno de éstos; recibió veintitrés declaraciones a detenidos -algunas de ellas de considerable extensión y duración-, celebró dieciséis de las comparecencias previstas en el artículo 505 LECrim, dictó dieciséis autos de prisión, siete de libertad, cinco acordando entradas y registros y dieciocho ordenando la permanencia de detenidos en las dependencias de la Comisaría de Málaga, hasta que pudieron ser oídos por el Instructor. Tales datos revelan, sin duda, la imposibilidad material de practicar más diligencias, lo que permite concluir, sin más averiguaciones, que no se conculcó el denominado "límite relativo" del tiempo en el que una persona puede estar detenida y a disposición judicial, pues la demora no se debió a inactividad del único Juez competente para recibirles declaración y pronunciarse sobre su situación personal, sino, al contrario, a la incesante actividad desplegada por razón del elevado número de detenciones que se habían acordado por el Juez y practicadas por la Policía cuando pudo hacerlo.

4.- Calabozo para "ablandar" a los procesados antes de su declaración.-

SÉPTIMO.- La argumentación que ha quedado consignada sirve igualmente para desvirtuar la supuesta finalidad de obtener "una suerte de confesión de delito, o de simplemente vejarles en una suerte de castigo anticipado", que los querellantes atribuyen al Instructor, pues, como se ha acreditado, ha sido la incesante actividad desarrollada por dicho Instructor la que motivó la demora denunciada.

5.- Plazo relativo.- Tardanza en la toma de declaración.-

En el mismo sentido viene a pronunciarse el **Auto del TSJA de 30-10-07 (rec. 44/2007)** en el que se reiteren la no vulneración del "plazo relativo" de detención que invoca la parte.

Textualmente dice:

**PRIMERO.- El querellante centra su impugnación del auto de 17 de octubre en la vulneración del "plazo relativo". por entender que fue vulnerado su derecho a la libertad por cuanto fue privado de la misma sin concurrencia de las garantías legales establecidas durante más tiempo del imprescindible para recibirle declaración y decidir sobre su situación personal.**

**Sostiene el recurrente la tesis de que para valorar si se ha sobrepasado o no ese límite "relativo" no ha de considerarse si durante ese periodo se realizó una incesante actividad judicial, sino si, considerado individualmente su caso, era necesario el tiempo transcurrido desde la detención hasta la práctica de la declaración judicial, sin que en ese orden de ideas haya de valorarse la coexistencia de otros, detenidos en las mismas diligencias a disposición de la misma autoridad judicial, habida cuenta de que esa situación fue, creada por el propio Magistrado Instructor que ordenó un cúmulo de detenciones simultáneas que impedían un estudio inmediato de la situación de cada uno de ellos.** En tal sentido, invoca la Sentencia del Tribunal Constitucional de 27 de febrero de 1996 , en la que el Alto Tribunal manifiesta que para valorar la razonabilidad del plazo de detención no han de ponderarle factores periféricos como los horarios del Juzgado, el modus operandi de la policía, la falta de coordinación entre unos Juzgados y otros "o cualquier otro posible factor que pudiera guardar relación con lo que duró efectivamente la situación de privación de libertad".

**SEGUNDO.-** La Sala entiende, por el contrario, como ya ha hecho en un caso muy similar, que si bien, en efecto, cuestiones de tipo organizativo no pueden agravar de ninguna manera la situación del detenido, prolongando más allá de lo individualmente necesario su privación preventiva de libertad, las necesidades de la investigación sí han de ser ponderadas.

El supuesto de la sentencia del Tribunal Constitucional invocada por el recurrente es precisamente más ilustrativo de lo que quiere decirse. Los factores que supusieron el retraso en la diligencia para la que fue detenido el entonces recurrente en amparo parecían. perfectamente evitables con un correcto funcionamiento del órgano judicial, pues nada justificaba la desproporcionada demora que se produjo: obsérvese que en aquel caso la detención tenía por exclusiva finalidad proceder a la notificación de una resolución judicial, sin más, y que se tardó

veinticuatro horas en practicarse, a pesar de tratarse de una localidad en “la que los tiempos de desplazamiento son reducidos”. Lo que el Tribunal reprochó en dicho supuesto fue precisamente la injustificada inactividad del Juez. **En el presente caso, en cambio, la detención tenía por objeto la toma de declaración, la cual, conforme a un orden presumiblemente racional desde el punto de vista de las exigencias de la Instrucción (orden que, contra lo expuesto en el recurso, en absoluto ha de corresponderse con el cronológico de las detenciones), no podía anteceder a la de otros imputados a los que se tomó declaración en los días y horas precedentes. La demora, pues, se produjo, desde luego, pero de ninguna manera puede considerarse injustificada a los efectos de deducir responsabilidades penales del Magistrado Instructor, quien si acordó un cúmulo de detenciones simultáneas no fue por descuido o por dolosa intención de perjudicar a los imputados, sino para que no, quedase frustrada la finalidad de esa medida excepcional que es la detención por el hecho de que algunos de los supuestamente implicados tuvieran conocimiento de esa circunstancia antes de ser detenidos y pudieran, por tanto, bien sustraerse a la acción de la justicia, o bien alterar interesadamente archivos u otros elementos probatorios que habrían de ser hallados en las entradas y registros que se practicaron.**

Para llegar a esta conclusión la Sala no se ha visto obligada a motivar en qué sentido todas y cada una de las actuaciones judiciales llevadas a cabo fueron indispensables o útiles para pronunciarse sobre la situación personal de cada uno de los detenidos, pues no es el resultado concreto de las mismas lo que ha de tenerse en cuenta, sino una valoración ex ante de la idoneidad y oportunidad de las medidas adoptadas. Lo contrario supondría que cada vez que se detiene a una persona y posteriormente se le deja en libertad habría que concluir que las diligencias practicadas, y entre ellas la propia detención, no estaban justificadas, lo que de ninguna manera puede ser sostenido. Más bien ha de reiterarse que acordar a continuación sobre su situación personal, o que obviamente **por más que obviamente no es deseable la prolongación de la situación de detención sin comparecencia judicial, no se transgrede el derecho a la libertad cuando, dentro siempre del plazo máximo de setenta y dos horas, el Juez ha desplegado con toda la diligencia exigible una actividad tendente a dotarse de elementos de convicción para preparar la declaración y acordar a continuación sobre su situación personal**, lo que obviamente requiere más tiempo cuando el delito o los delitos investigados se han cometido supuestamente a través de

complejas redes en las que han podido intervenir un importante número de personas.

• Como se dijo, se volverá a tratar este tema en el apartado relativo a las circunstancias atenuantes.

#### 14) Derecho de defensa

##### 1.-Principio de Contradicción.-

El axioma jurídico de que nadie puede ser condenado sin ser oído y vencido en juicio implica la autentica interrelación del principio de contradicción con el derecho de defensa y del derecho a un proceso justo o debido.

Así lo consagra nuestro **Tribunal Constitucional estableciendo en Sentencia de 8 de febrero de 1982** que “estos derechos suponen que **en todo proceso debe respetarse el derecho de defensa contradictorio de las partes contendientes mediante la oportunidad dialéctica de alegar y justificar procesalmente el reconocimiento de sus derechos e intereses**, lo que implica una oposición entre pretensiones que un órgano imparcial resuelve, y las partes han de tener **igualdad de normas procesales** con posibilidades homogéneas de alegar y probar cada una de ellas lo que sea pertinente al objeto debatido”.

Por su parte, **la STC de 21 de junio 1996** señala que “**entre el haz de garantías que integran el derecho a un proceso justo se incluye el derecho a la defensa y a la asistencia que el artículo 24. 2 CE reconoce** no sólo para el proceso penal sino también para el resto de los procesos con las salvedades oportunas, y cuya finalidad es la de asegurar la efectiva realización de los principios de **igualdad de las partes y contradicción que imponen a los órganos judiciales el deber positivo de evitar desequilibrios entre la respectiva posición procesal de las partes, o limitaciones en la defensa que puedan inferir a alguna de ellas un resultado de indefensión, prohibido en el meritado precepto constitucional**”.

##### 2.- Derecho penal del enemigo.-

Las señas de identidad de este “Derecho penal del enemigo” elaborado por Jakobs e invocado por alguna de las defensas como presente en este procedimiento de Málaga, son:

1. **Aumento de la gravedad de las penas** más allá de la idea de proporcionalidad, aplicando incluso “penas draconianas”.

**2. Abolición o reducción a un mínimo de las garantías procesales del imputado**, como el derecho al debido proceso, a no declarar contra sí mismo, a la asistencia de letrado, etc.

**3. Criminalización de conductas** que realmente no suponen un verdadero peligro para bienes jurídicos concretos, adelantando la intervención del Derecho penal, a este tipo de conductas, puede suponer penalizar simples manifestaciones ideológicas, producto del derecho a la libertad de expresión, convirtiendo en delito hechos como mostrar simpatía públicamente hacia ciertas ideologías.

La Sala considera que nada de esto se ha producido en el Caso Malaya, constatando tan solo la existencia de dificultades y disfunciones procesales derivada de la complejidad de la causa, a las que no hemos referido en distintos ordinales de esta misma resolución.

## **2.- Derecho de defensa. Proceso Justo. Debido proceso.-**

Se alega por algunas de las defensas **la vulneración del derecho de defensa y derecho a un proceso justo**, en base a las siguientes consideraciones:

**a) El Sr. Roca no pudo optar por elegir a un Abogado de libre designación** como era el Sr. Sánchez Zubizarreta, pues todos los miembros de ese gabinete fueron detenidos y no pudo contactar con ellos.

La prioridad de la defensa con letrado de libre designación, no deja lugar a dudas y ha sido recalcada con la más moderna jurisprudencia constitucional.

Así la STS de 4 de marzo de 1997 establece que conforme al artículo 6.3.c) del CEDH **"todo acusado tiene, como mínimo derecho a defenderse por sí mismo o solicitar la asistencia de un defensor de su elección** y, si no tiene los medios para remunerarlo poder ser asistido gratuitamente por un abogado de oficio cuando los intereses de la justicia lo exijan". Tal derecho calificado por el mismo Tribunal Europeo de Derechos Humanos como **"derecho a la defensa adecuada"** (Caso Ártico, de 13 de mayo de 1980 consagra sin duda preferencia de otorgar la defensa técnica al Letrado de libre elección frente a la designación de oficio y la misma STEDH recuerda que el objetivo primordial del CEDH, reside en proteger derechos no técnicos ni ilusorios sino concretos/efectivos, por lo que no basta con la mera "designación" de un letrado al acusado, si no se consigue con la misma una efectiva "asistencia".

**Lo que ocurre es que si esa libre designación recae sobre Letrados que a su vez son objeto de imputación** que quedan sometidos a las medidas de restricción de libertad propias de estos casos, **quién así actúa está admitiendo tácitamente la sumisión a dichas restricciones**, pues no se podrían admitir excepciones a estas medidas cautelares acordadas por el instructor contra la generalidad de los procesados, por el mero hecho de haber sido designados como letrados de uno de los procesados.

**La Ley en modo alguno privilegia esta designación libre y voluntaria de procesado en quienes saben que por razones de su coimputación van a estar sometidos a una serie de restricciones.**

Por otro lado, tal designación podría suponer, como de hecho parece que ha sido, serios inconvenientes derivados de posibles intereses contrapuestos entre los de Sr. Roca y los restantes Letrados imputados.

A estos efectos hay que reseñar que los propios letrados se han encargado de negar su calificación como Abogados del Sr. Roca, destacando el Sr. Soriano Zurita que **"eran abogados puntuales que llevaban asuntos concretos de mismo, pero que no eran los Abogados del Sr. Roca"**.

Finalmente, en modo alguno puede decirse que se perjudicó su derecho de defensa por la causa reseñada. De hecho pudo designar libre y voluntariamente que quiso, como de hecho hizo y este obtener de aquellos otros letrados imputados la información que estos pudieran ofrecerle en razón de sus conocimientos profesionales de los asuntos del Sr. Roca. Luego a juicio de la Sala no se ha producido indefensión alguna.

**b)** Mantiene también la defensa que al haberse llevado la Policía Judicial toda la documentación en el registro efectuado en los archivos Maras, se vio afectado el derecho de defensa.

En otros apartados de esta resolución ya se ha explicitado suficientemente por la Sala la cobertura legal de la recogida e intervención de documentos en los registros efectuados por parte de la policía judicial.

De modo que como esa incautación legal y obligada de documentos que podían constituir la prueba de cargo de los delitos posteriormente imputados, y habitual en todas las investigaciones de estos tipos delictivos, supone tan solo una limitación temporal de su disponibilidad, no puede hablarse de indefensión

alguna, pues, alzando el secreto sumarial de las actuaciones, las partes han tenido pleno conocimiento de toda la documentación intervenida.

Y si bien es cierto que esta ha sido muy amplia, no lo es menos que también las partes han dispuesto de mucho tiempo para examinarla y estudiarla, primero en el Juzgado, una vez alzado el secreto sumarial, y después en la Sala, bien a través de los elementos informáticos entregados por el tribunal, bien mediante su consulta en la Secretaría de esta Audiencia.

**c)** Se alega también en respaldo de esa vulneración del derecho de defensa el hecho de que en los escritos de calificación no se especifique el delito del que proviene el blanqueo de capitales imputado, alegando que incluso en los supuestos de excepción o terrorismo cabe limitar algunos derechos, pero que no se suprime el derecho de defensa, que no se suprime nunca.

Así es legalmente y así ha sido de hecho en este procedimiento, con las dificultades propias derivadas de tan compleja instrucción, entendiendo la Sala respetuosamente que no ha existido en ningún momento privación del derecho de defensa tal y como se viene fundamentando en esta resolución, y sin que la parte acredite más allá de esas dificultades naturales a las que hemos hecho referencia, la imposibilidad a que se ha visto sometida a la hora de ejercitar su derecho de defensa.

**d)** Con la misma finalidad invocada se alega la aplicación del derecho penal del enemigo, argumentando que como las pruebas supuestamente incriminatorias se encuentran en el despacho de los Abogados, para poder obtenerlas se demoniza a estos y por la Policía se procede al asalto del despacho de aquellos en clara vulneración del secreto profesional como parte integrante del derecho de defensa.

Nada más lejos de la realidad. La reciente sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 24 de julio de 2008 a la que se hace referencia también en otro apartado de esta resolución, establece una distinción según que el registro tenga como finalidad el descubrimiento en el domicilio de los letrados, y en su única condición de abogados de la sociedad sospechosa de fraude fiscal, de documentos susceptibles de establecer el presunto fraude de éste y de utilizarse de prueba de cargo contra ella, respecto de aquel otro en que los propios letrados hubiesen sido acusados o considerados sospechosos de haber cometido una infracción o participado en el fraude cometido por su cliente.

Y en el presente Caso Malaya no se puede hablar en modo alguno de demonización de los letrados como sinónimo de imputación arbitraria, caprichosa, malintencionada y torticera, toda vez que el primero el Sr. Instructor, después de las acusaciones y finalmente la Sala ha constatado la existencia de indicios (que no pruebas) de la posible intervención de los mismos en los hechos supuestamente delictivos que se van a enjuiciar.

De otro lado, volvemos a reiterar que la diligencia de entrada y registro en despachos profesionales y la incautación de documentos es una actividad legal y ordinaria en la instrucción de un procedimiento penal por estos tipos delictivos.

Y la diferencia esencial con el invocado Caso Gurtel en orden a la preservación del derecho al secreto profesional radica, como a sensu contrario enseña la citada sentencia del T.E.D.H. en que no se trata aquí de obtener pruebas de cargo contra un acusado registrando el despacho profesional de sus abogados, sino que de lo actuado resulta indiciariamente que los referidos Letrados pudieran estar colaborando con el procesado dando cobertura jurídica al entramado societario ilícito supuestamente creado con su ayuda para poder aflorar en el mercado de bienes obtenidos ilícitamente con sus actividades supuestamente delictivas.

En estos casos no se vulnera secreto profesional alguno, pues estamos en presencia de una mera connivencia entre todos los implicados con una misma finalidad delictiva; connivencia delictiva que “per se” excluye toda obligación de respetar un derecho de secreto profesional inexistente, pues la relación ente ellos no sería en tal caso la derivada de una relación profesional de asesoramiento jurídico propia del ejercicio de la Abogacía, sino mero concierto de voluntades con fines delictivos.

Volveremos a tratar esta materia en la presente resolución.

### **15 ) Instrucción policial**

Se ha alegado por algunas defensas que el Caso Malaya ha sido objeto de una instrucción policial, en vez de judicial, e incluso se llegó a afirmar por una de ellas que el Sr. Instructor se había autocalificado de jefe de la Policía Judicial, pretendiendo convertir tal expresión en un claro ejemplo de fusión entre lo judicial y lo policial.

La Sala, respetuosamente, no comparte este criterio de las defensas, como resulta de un detenido análisis de las funciones que hoy día vienen

atribuidas a las personas que intervienen en la formación de un sumario bajo la dirección del Juez Instructor, singularmente de la Policía Judicial.

Al tratar de la cuestión referente a la “Cadena de custodia “ ya reseña la Sala que en dicha materia se va concediendo paulatinamente cada vez más intervención a personas distintas del Sr. Instructor, constatándose la **cada vez mayor delegación de funciones en la Policía Judicial y es que el legislador al regular este cuerpo policial le ha atribuido expresamente una serie de medidas de cooperación en la formación del sumario.**

En efecto, **el art. 126 de la Constitución encomienda a la Policía Judicial la averiguación del delito y descubrimiento del delincuente**, es decir, la realización de las actuaciones que resulten necesarias para la determinación del hecho punible y su autoría, como asimismo reconocen los arts. 3 y 18 del R.D. 769/1987 y art.s, 282 y 292 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, facultades de averiguación que resultan incluso potenciadas en el art. 770 de la mencionada Ley Rituaria Criminal.

Pero es que, además, esas funciones **las realizan bajo la dependencia funcional de las autoridades judiciales y del Ministerio Fiscal**, como expresamente lo reconocen diversos preceptos de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Así:

- Art. 548 : “Se establecerán unidades de Policía Judicial que **dependerán funcionalmente** de las autoridades judiciales y del Ministerio Fiscal ..”

- Art. 550: “ En las funciones de investigación penal, la Policía Judicial actuará **bajo la dirección de los Juzgados o Tribunales y del Ministerio Fiscal.**

- Art. 549: Al reseñar las funciones de la Policía Judicial señala: “el auxilio a la Autoridad Judicial ... **el cumplimiento de las órdenes y resoluciones de la Autoridad Judicial...**”.

- Por su parte el art. 283 LECrim. al enumerar qué funcionarios constituirán la llamada Policía Judicial, añade: “quedando **obligados a seguir las instrucciones que reciban de los Jueces y Tribunales competentes y del Ministerio Fiscal** como auxiliares de los mismos.

De hecho una de las características que el legislador ha querido atribuir a la Policía Judicial, junto a la de especialización, secreto e inamovilidad, es la de evidente dependencia, al menos funcional, respecto de Jueces y Fiscales

para así asegurar la función jurisdiccional y el ejercicio de la acción de la justicia.

Pues bien en ese contexto de dependencia jerárquica, subordinación, cooperación y auxilio de funciones podría encontrar justificación la expresión del Sr. Instructor, sin que se le pueda atribuir otras connotaciones peyorativas.

Pero es que, además, de la simple lectura de los arts. 770 y 771 y siguientes y concordantes de la ley de Enjuiciamiento Criminal ( no olvidemos que este procedimiento se inicio como Abreviado y después se transformó en sumario) se desprende ese **paulatino aumento de funciones investigadoras que el legislador ha querido atribuir a este Cuerpo Policial. De modo que su actuación aparece plenamente legitimada desde el prisma constitucional, sustantivo y procesal** como resulta de los preceptos legalmente transcritos, **siendo meritoria su labor y ajustada a los cánones exigidos por un Estado democrático y de derecho.** Si perjuicio de que pudiera acreditarse, en su caso, la **extralimitación** de algunos de sus miembros, **actuación concreta y ajena a la escrupulosa actuación de la generalidad de sus miembros, y que en todo caso debería ser revisada ante la Autoridad competente previa la pertinente denuncia o querrela por el supuesto perjudicado.**

Sentado lo anterior, **se presta nuevamente a equívocos la expresión Instrucción policial sí la analizamos en el contexto de ese auxilio policial ya suficientemente reseñado. Es sencillamente impensable que un Juez Instructor por si solo pueda abordar la instrucción de un sumario sobre una causa tan compleja como esta, con gran número de procesados, elevado número de delitos imputados, de distinta naturaleza y de difícil prueba como son los delitos de blanqueo de capitales, sin contar con el respaldo de un equipo de especialistas en estos tipos de delitos económicos( contabilidad incluida) integrados en Policía Judicial y Agencia Tributaria.** Cuestión esta que nos lleva de lleno a entrar en la problemática de la idoneidad de la intervención de este tipo de funcionarios como peritos y testigos, ya analizada en otro apartado y al que nos remitimos expresamente para evitar innecesarias repeticiones.

Se sale así al paso de la crítica dirigida al Sr. Instructor y ya rechazada en los Autos resolutorios de los recursos de apelación interpuestos contra los autos de procesamiento, de que el Juez se limitó a cortar y pegar los informe de la policía. Nada más lejos de la realidad, la función del Juez hay que analizarla en el ámbito de esa necesidad de auxilio por parte de funcionarios especializados en estas materias (blanqueo, hacienda pública, contabilidad)

cuya intervención es absolutamente necesaria para que el Instructor pueda culminar un sumario de esta naturaleza.

**Lo esencial, y aquí se ha cumplido, es que el Instructor efectúe su labor de control judicial de la actividad policial y que lo realice de manera independiente. Y dicho control e independencia entiende la Sala, con respeto hacia las posiciones de la defensa, se ha producido en el Caso Malaya. Por lo que, en modo alguno, cabe hablar de instrucción policial.**

#### **16) Cadena de custodia**

Desde que se recogen los vestigios de un delito, los documentos hallados en un registro y hasta que llegan a ser examinados como pruebas del proceso en el plenario, debe garantizarse la cadena de custodia de los mismos para que no quepa duda alguna de que aquellas pruebas incriminatorias que se van a valorar en sentencia, tras su práctica en el juicio oral, se basen en los mismos objetos aprehendidos en el registro, en el lugar del delito y no en otros distintos. Y, además, que aquellos no han sido manipulados por terceras personas.

Es esta una materia de candente actualidad porque ya la doctrina viene recalcando que **esta garantía ha ido evolucionando** desde un predominio eminentemente personal, cual en la intervención personal y directa del Juez de Instrucción, a la participación cada vez más amplia y extendida de otras personas relacionadas con el ámbito judicial, como son los Secretarios, la Policía Judicial y los Peritos, relegándose la figura del Instructor a controlar la actuación de aquéllos y salvaguardar y proteger la pureza de su actuación.

En este sentido, entiende un sector doctrinal que en la Ley de Enjuiciamiento Criminal **esta evolución** se ha ido constatando **por la cada vez mayor delegación de funciones en la recogida y custodia de la prueba en las personas preparadas para investigar el delito ( Policía Judicial y Peritos forenses)**. Así, mientras en el sumario se encomienda la recogida y custodia a la Policía Judicial y al Juez de instrucción ( art. 282,326 LECrim.), y el análisis de los elementos de convicción al perito ( arts. 344 y ss. LECrim.) apareciendo los momentos de la recogida y custodia de forma separada al del análisis. Para el caso del procedimiento abreviado, la función judicial y de la fiscalía aparece como supervisora de la actuación policial ( arts, 777 y 773 LECrim.), a la cual se le encomienda, junto con los forenses, la función de recabar pruebas y efectos del delito ( art. 770.3º y 778, 3º LECrim.). En el procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos, a fuerza de querer simplificar el sistema, se llega a poner en manos de la policía toda la

función de recogida, custodia y análisis de la sustancia intervenida ( art. 796.6ª LECrim.) cuando se estuviese ante un delito del art. 368,2 CP.

**De ello se desprende que el procedimiento de custodia viene siendo confiado cada vez más a la buena práctica de todos aquéllos profesionales que intervienen en la investigación del delito bajo la supervisión del Juez Instructor, cobrando singular importancia cada uno de ellos en los aspectos que le afectan profundamente en el procedimiento, de modo que en la recogida de documentos que es lo que aquí nos interesa cobra especial relevancia la intervención de la Policía Judicial.**

El art. 126 de la constitución establece que “ La Policía judicial depende de los Jueces, de los Tribunales y del Ministerio Fiscal en sus funciones de averiguación del delito y descubrimiento y aseguramiento del delincuente (...) en los términos que la Ley establezca”, el art. 548 de la LOPJ señala que el Juez podrá impartir a la Policía Judicial **órdenes para que adopte las medidas necesarias para que la recogida, custodia y examen de aquellas muestras se verifique en condiciones que garanticen sus autenticidad**, y el art. 282 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal señala que **la Policía judicial debe poner a disposición del Juez de instrucción los efectos, instrumentos o pruebas del delito** de cuya desaparición hubiere peligro; señalando la Ley **dos funciones de la policía Judicial: a) La investigación criminal científica ( art. 18 RD 769/1987), y b) Aseguradora del cuerpo del delito ( arts 282 y 292 de la LECrim., y art. 4 RD 769/1987)**, que se desarrollaran bajo la supervisión y posibles órdenes que puedan dar la autoridad judicial y el Ministerio Fiscal ( art. 10 y ss. RD 769/1987). Para el caso del procedimiento abreviado explícitamente **se recomienda la función de recogida de muestras a la Policía Judicial ( art. 770,3º LECrim.)**.

**Es más, la Policía judicial posee ámbitos de actuación autónoma**, como declaró el Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo celebrado el día 31-01-2006 que vino a reseñar que :**”La Policía judicial puede recoger restos genéticos o muestras biológicas abandonadas por el sospechoso sin necesidad de autorización judicial”**.

Reconocido, pues, este ámbito de intervención de la Policía judicial en el inicio de un proceso penal y aprehendidos por ella los documentos y piezas de convicción objeto del proceso, **sólo podría producirse una actuación lesiva para los derechos del procesado si se perdieran los mismos o fuesen manipulados, pero su mera conservación o custodia temporal no produce nulidad alguna de la diligencia realizada.**

**Lo importante es que una vez intervenidos tales documentos queden los mismos a disposición del Juez, aunque queden almacenados en las dependencias policiales, tal y como señala el STS de 30 de junio del 2005 en un caso referido a tráfico de sustancias estupefacientes, “ pues con esa puesta a su disposición se cumple el requisito subjetivo de la custodia de estar bajo el poder del Juez”. De modo que el retraso en la entrega y análisis de la sustancia ( en este caso documentos ) , no supone la ruptura de la cadena de custodia como se desprende de la Sentencia 17/10/2001.**

**Finalmente, hay que resaltar que no basta la mera alegación de posibilidad de manipulación para que resulte como consecuencia jurídica la nulidad de la prueba, porque esa posibilidad en base al procedimiento ordinario de recogida y conservación de las pruebas de convicción siempre existe, incluso cuando se haya depositada en el Juzgado en poder del Secretario Judicial, lo que habrá de acreditarse es si de hecho se ha dado la posibilidad de intervención en la cadena de custodia a terceras personas, ajenas a los profesionales que intervienen en el proceso, que pudieran manipular las pruebas fuera del alcance y control judicial, tal y como señala la STS de 17-10-2003.**

En el presente **caso Malaya**, tal y como señaló el Ministerio Público en el acto de contestación a las cuestiones previas propuestas por las defensas, **no existe prueba alguna de que se haya roto la cadena de custodia, más allá de la mera alegación genérica de las partes y, menos aún, de una supuesta manipulación de la misma por parte de la Policía**, cuya mera insinuación supone una grave acusación huérfana absolutamente de prueba, máxime cuando, como ya se ha dicho, la posibilidad de manipulación es inherente a todo el mecanismo de conservación de prueba, y en ausencia de datos concretos y objetivos, no tiene relevancia alguna a los efectos de nulidad prevista en el art. 11 y 238 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

**La documental se recogió por orden judicial a través del mandamiento habilitante del registro, lo hizo la Policía judicial que son los funcionarios especialmente habilitados para ello, se conservaron en dependencias oficiales a disposición del Sr. Instructor y se entregaron por los propios Agentes en el Juzgado como resulta de las comparecencias obrantes a los folios 6751 y 6752 del tomo 21 de las actuaciones, aportando dos sobres precintados correspondientes al registro efectuado en Maras Asesores, procediéndose por la Secretaria al desprecinto de los sobres, conteniendo tres disquetes Imation, uno TDK y uno Verbatim, un CD rom marca ADM, y el otro sobre un disco duro interno marca Seagate**

Barracuda ATA IV, procediéndose a realizar la copia de dichos discos en un CD que es entregado a la Udyco-Costa del Sol para su estudio.

En el folio siguiente se recoge otra comparecencia de la Policía y tras desprecintar el sobre la Sra. Secretaria se procede a hacer una copia del handydrive marca Fujitsu, quedando el original depositado en el Juzgado.

En diversos folios posteriores la Policía reseña que trabaja con meras copias de los discos originales realizados a presencia judicial.

**De otro lado, resulta lógico y comprensible que ante la actividad inusual que se desplegó por la Policía aquellos días, se mantuvieron algún tiempo los objetos intervenidos en las dependencias policiales, dado el elevado número de diligencias de entrada y registro y detenciones, entre otras, que se realizaron en aquellas fechas, seguidas de su ordenación y clasificación, estando puestas a disposición judicial, hasta que pudieron materialmente llevarlas al Juzgado, debidamente precintadas, por lo que puede concluirse que las mismas fueron correcta y legalmente obtenidas, conservadas, entregadas y desprecintadas conforme a derecho, en todo caso, bajo el control judicial pertinente.**

Carece, pues, de relevancia jurídica alguna la manipulación efectuada por una defensa en la Sala de vistas, en clara extralimitación de lo inicialmente solicitado al Tribunal (mera exhibición, no burda manipulación) del disco duro interesado, que fue lo admitido por la Sala para evitar indefensión a las partes.

### **17) Pericial – Testifical de Agentes**

**Se alega por algunas de las defensas como cuestión previa, aunque realmente lo sea de fondo, que la admisión como prueba Pericial-Testifical de determinados Agentes supone la vulneración del derecho a un proceso justo.**

**Este Tribunal ya ha tenido ocasión de pronunciarse sobre esta materia en su Auto de fecha 7 de Noviembre de 2008 en el que ya se dijo literalmente:**

**La Sala considera ajustada a derecho la resolución impugnada en la que se solicita del Grupo de Blanqueo de la Comisaría General de Policía, en colaboración con la Unidad de la Agencia Tributaria adscrita a la Fiscalía Especial Anticorrupción la elaboración de un Informe conteniendo análisis económico financiero y patrimonial de los procesados ahora recurrente, por las siguientes consideraciones:**

a) Como ya ha tenido ocasión de pronunciarse esta Sala la complejidad de la causa que estamos examinando, la naturaleza patrimonial del delito que se imputa a los recurrentes, concretamente Blanqueo de Capitales, de difícil comprobación, hace indispensable la investigación de la Policía Judicial especializada en estos tipos delictivos, con la colaboración de la Unidad especializada de la Agencia Tributaria, como único medio de llevar a buen puerto la investigación, aunque siendo siempre exigible el control judicial de tales actividades investigadoras, así como su sometimiento al principio de contradicción y un absoluto respeto al derecho de defensa.

La necesidad de esta investigación patrimonial aparece recogida en numerosas sentencias de nuestros Altos Tribunales, de la que son buena muestra las SSTs de 10-1-00 y 9-5-01 que, (aunque refiriéndose a blanqueo derivado de tráfico de drogas) señalan que “desde la perspectiva probatoria, que en realidad es la más relevante y dificultosa en este tipo delictivo, la prueba directa prácticamente será de imposible existencia dada la capacidad de camuflaje y hermetismo con que actúan las redes clandestinas de fabricación y distribución de drogas así como de “lavado” del dinero procedente de aquélla, por lo que en delitos de blanqueo, lo usual será contar sólo con pruebas indiciarias. Y, en los supuestos en que la acusación se formula por delito de blanqueo de capitales procedentes del tráfico de estupefacientes, los indicios más determinantes han de consistir: a) en primer lugar en el incremento inusual del patrimonio o el manejo de cantidades de dinero que por su elevada cantidad, dinámica de las transmisiones y tratarse de efectivo pongan de manifiesto operaciones extrañas a las prácticas comerciales ordinarias; b) en segundo lugar en la inexistencia de negocios lícitos que justifiquen el incremento patrimonial o las transmisiones dinerarias y c) en tercer lugar, en la constatación de algún vínculo o conexión con actividades de tráfico de estupefacientes o con personas o grupos relacionados con las mismas. A éstos se unen otros indicios también reconocidos, tales como apertura frecuente de cuentas corrientes, fraccionamiento de ingresos en cantidades pequeñas y en efectivo, utilización de documentos falsos para aparentar operaciones inexistentes, etc. Es decir, eliminada claro está toda referencia a droga, se trataría de recoger aquellos indicios (que no pruebas aún) tendentes a clarificar las operaciones económicas realizadas por los procesados.

Ciertamente los Tribunales debe tutelar los derechos de todas las partes del proceso, e impedir, caso de que se intentase, cualquier viso de incoación de “Causa General y Universal” contra los procesados. Pero, respetuosamente, entiende esta Sala que tal actuación, proscrita en nuestro ordenamiento jurídico, y denunciada por los recurrentes no se corresponde con lo realmente

acordado por el Juzgado en cuanto al informe policial que estamos examinando. Y no se trata del criterio de esta Sala, sino del Tribunal Constitucional que en Sentencia 87/2001, de 2 de Abril, en un caso de delito fiscal de difícil investigación, sale al paso de la alegación del recurrente de habersele seguido un “proceso inquisitivo” o “causa general” –una “inquisitio generalis”-, cuando afirma: “los delitos de carácter económico suelen ser complejos y quedar ocultos en un entramado de operaciones económicas aparentemente inocuas, de forma que su investigación puede requerir la práctica de un elevado número de diligencias que alcancen a un amplio círculo de personas y entidades para averiguar y hacer constar la perpetración de los delitos. Pues bien, de este único dato no se puede concluir la práctica de una “inquisición general”, incompatible, ciertamente, con los principios que inspiran el proceso penal en un Estado de Derecho como el que consagra la Constitución Española”.

En cuanto a la invocación de la idoneidad e independencia de los Funcionarios de Policía y Hacienda, vinculados a la Fiscalía Anticorrupción, que pudieran tener interés directo o indirecto en la causa, ya el Tribunal Supremo se ha pronunciado sobre esta materia sobre todo en los delitos de naturaleza fiscal, reseñando que: “La jurisprudencia ha abordado en numerosas ocasiones este debate acerca de la validez probatoria de los informes de los Inspectores de Tributos y mantiene la doctrina consolidada y constante de considerarlos idóneos para la práctica de esta prueba, sin que quepa calificarlos de denunciante y parte interesada en el proceso (STS 28 de marzo de 2001); independientemente de su eficacia probatoria que dependerá de la valoración que de ese medio de prueba realice el Tribunal, en unión de las restantes pruebas sometidas a su consideración para resolver el asunto. La admisión de esas pericias no vulnera ningún derecho fundamental, pues atendiendo a su condición de funcionarios públicos deben servir con objetividad a los intereses generales, sin perjuicio del derecho de la parte a obtener una pericial alternativa. La vinculación con la Administración no genera un interés personal, ni inhabilita a los funcionarios sometidos a las causas de recusación; sin perjuicio de que el dictamen se someta al oportuno examen contradictorio y a la debida valoración pericial, conforme a las reglas de la sana crítica (SSTS 5 de diciembre de 2002 y 3 de enero de 2003), sin que sea suficiente para suponer que faltará a su imparcialidad y objetividad y que tiene interés en la causa, el dato de haber sido quien instruyó el expediente administrativo”.

Por todo ello, no encuentra la Sala viso de vulneración alguna de los derechos fundamentales de los procesados, en la práctica de la prueba acordada, siempre que se realice con el oportuno control judicial y sometiéndola expresamente a contradicción, de modo que puedan las defensas oponer las periciales correspondientes, tras

contrastar el resultado del informe con la documental aportada por las defensas acreditando la legalidad de las operaciones económicas efectuadas por sus patrocinados. Y con el resultado de la confrontación de tales indicios, pueda el Juzgado acordar lo pertinente, o en su momento el Tribunal sentenciador valorar la objetividad concreta y real del informe aportado y contrastarlo con los que en su caso aporten las defensas, resolviendo lo que estime pertinente, tras el análisis del conjunto de prueba practicado en el plenario, sin que le vincule tales periciales, aunque partiendo de las reglas que sienta la jurisprudencia en orden a la valoración de la prueba pericial y que podemos resumir en las tres reglas siguientes:

1) Las pericias constituyen pruebas preconstituidas válidas si no son impugnadas.

2) Los Tribunales deberán, en principio, respetar las periciales, y si no las toman en consideración deberán expresar y fundamentar sus motivos, de modo que la prueba pericial sólo será revisable en casación en la medida en que el tribunal se haya apartado del dictamen pericial sin razonamientos científicos admisibles.

3) Si hay diversos informes, el Tribunal no puede centrarse en uno sólo de ellos, sin emitir un juicio de ponderación valorativo o desvalorativo sobre los restantes.

A mayor abundamiento, ha de traerse a colación la figura del testigo-perito introducida por el art. 370.4 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil, supletoria de la LECRIM., cuando el testigo posee conocimientos científicos, técnicos, artísticos o prácticos sobre la materia a que se refiere los hechos del interrogatorio (el Tribunal admitirá las manifestaciones que en virtud de dichos conocimientos agregue el testigo a sus respuestas sobre los hechos) figura esta que vendrá a justificar aún más, aunque no sea necesario, la intervención de esos funcionarios cualificados a los que hemos hecho referencia.

#### **18 ) Indefensión por secreto sumarial dilatado.-**

Se invoca asimismo por los recurrentes la indefensión producida por el período de tiempo en que el Sr. Instructor mantuvo secretas las actuaciones sumariales, que consideran excesivamente dilatado y rayano al Guinness de este tipo de periodos.

Al respecto la STS. 1621/2005 de 29 de diciembre, aludiendo a la S.TS. 297/2003 y S.T.C. 174/2001 ha señalado que **el derecho al proceso público** reconocido en el art. 24.2 de la Constitución, en el art. 11 de la Declaración Universal de Derechos del Hombre, en el art. 14 del Pacto Internacional de los

Derechos Civiles y Políticos, y en el art. 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, **sólo es aplicable al proceso en sentido estricto, esto es, “al juicio oral en el que se producen o reproducen las pruebas de cargo y descargo y se formulan las alegaciones y peticiones definitivas de la acusación y la defensa, pues únicamente referida a ese acto procesal tiene sentido la publicidad del proceso en su verdadero significado de participación y control de la justicia por la comunidad”**.

Consecuencia de ello es que cuando el Juez de Instrucción declara el secreto del sumario de conformidad con el artículo 302 de la LECRim., no está acordando una medida en sí misma limitativa de un derecho fundamental, del derecho al proceso público, al que no afecta, sino que tan sólo está adoptando una decisión con base en la cual se pospone el momento en el que las partes pueden tomar conocimiento de las actuaciones y se impide que puedan intervenir en las diligencias sumariales que se lleven a cabo en el periodo en el que el sumario permanece secreto.

También ha de tenerse en cuenta la STS. 1039/2000 de 24 de mayo, en la cual se señala que “el Juez deberá apreciar la proporcionalidad de la medida y la gravedad de los hechos enjuiciados, **reduciendo el período de duración del secreto a lo estrictamente imprescindible y procurando activar las diligencias con el mayor celo**, y, siendo ello así, no concurre obstáculo para apreciar la **posibilidad de las prórrogas**, teniendo en cuenta que dicho secreto debe ser levantado con tiempo procesal suficiente todavía en fase de instrucción a los efectos preservar la defensa de los intereses del imputado, que necesariamente deberá ser oído antes de concluir la fase de diligencias previas o de sumario”.

Y el Tribunal Constitucional (S. 4 de octubre de 1988) ha señalado, la compatibilidad con el derecho a la no indefensión, entendiendo que el derecho de defensa de las partes debe coordinarse con el hecho de que tal medida resulte imprescindible, y una vez cumplido tal fin (asegurar la protección del valor constitucional de la justicia), se alce el secreto, **dando a las partes, bien en fase sumarial posterior o en el juicio plenario, la oportunidad de conocer y contradecir la prueba que se haya practicado durante su vigencia o proponer la prueba pertinente de contrario**.

El secreto del sumario, en sí mismo, no vulnera pues derecho fundamental alguno (STS. 5 de febrero de 2000). Al respecto, muy ilustrativa es la STS. 1621/2005, de 29 de diciembre, **habiendo estado secretas las actuaciones más de 5 años**. El recurso ponía de relieve que los autos de prórroga de la misma fueron impugnados en el acto del juicio oral, lo que a juicio del recurrente entraña una vulneración del citado derecho de defensa.

Efectivamente, teniendo en cuenta las vicisitudes de la instrucción, el secreto sumarial fue prorrogado hasta alcanzar el tiempo referido por el recurrente. Sin embargo, ello por sí solo no puede constituir vulneración de ninguno de los derechos fundamentales invocados. El artículo 302.2 de la LECrim., autoriza declarar mediante auto, total o parcialmente, secretas las actuaciones para todas las partes personadas, por tiempo no superior a un mes y debiendo alzarse necesariamente el secreto con diez días de antelación a la conclusión del sumario, lo que permite aceptar las prórrogas sucesivas siempre que el carácter reservado sea consecuencia de las necesidades de la instrucción, es decir, ello implica que la medida sea proporcional.

Tampoco puede afirmarse que esta restricción a la publicidad de la investigación de la causa vulnera el derecho a un proceso público o altere el principio de contradicción, pues precisamente el último inciso del segundo párrafo del artículo 302 obliga imperativamente a alzar el secreto con diez días de antelación a la conclusión del sumario, luego como consecuencia de todo ello, no es posible suscitar vulneración del derecho a la defensa que consistiría en su caso, en poder contradecir los indicios acumulados en la fase de secreto, lo que en línea de principio puede realizarse a partir del momento de su alzamiento (naturalmente esta situación procesal no sería compatible con la preconstitución de la prueba por falta de contradicción).

Por su parte, la STS. 556/2006, de 31 de mayo afirma que “finalmente debe tenerse presente que difícilmente puede establecerse una relación entre el secreto sumarial y el respeto a la presunción de inocencia. En ocasiones se reprocha la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, bajo alegación de que el secreto sumarial se prolongó excesivamente. No es nuestro caso, y ni siquiera bajo este prisma procedería la queja. **El ahora recurrente conoció con la debida antelación, respecto al juicio oral, cuánto podría perjudicarle y pudo preparar su defensa con todas las garantías.**

En algún supuesto, sin embargo, el secreto del sumario puede afectar al derecho de defensa, así, la STS. 1621/2005 antes señalada, recoge que “... el conocimiento del sumario es requisito imprescindible para ejercer el derecho de defensa, esto es, para poder alegar, probar e intervenir en la prueba ajena controlando su correcta práctica y teniendo posibilidad de contradecirla, de modo que, aunque el tiempo de duración del secreto del sumario no es por sí sólo dato relevante en orden a apreciar un resultado de indefensión, **sin embargo, si esta suspensión temporal se convierte en imposibilidad absoluta de conocimiento de lo actuado hasta el juicio oral, se ocasiona una lesión del derecho de defensa pues el acusado no habría estado en disposición de preparar su defensa de manera adecuada.**”

De acuerdo con el T.C. para que pueda estimarse una indefensión con relevancia constitucional que sitúe al interesado al margen de alegar y defender en el proceso sus derechos, es necesario que con la infracción formal se produzca un efecto material de indefensión, es decir, ese menoscabo real y efectivo al derecho a la defensa (SSTC. 1913/1994 y 12 de noviembre de 1996 y STS. 17/2005). Y es claro que esta situación de material y real indefensión no la ha sufrido el recurrente, quien, según reflejan las actuaciones, **tuvo conocimiento oportuno de la acusación de que era objeto y pudo defenderse de la misma con plena y absoluta libertad como lo evidencia el propio procedimiento y la actividad procesal desarrollada por aquel**”.

## 19 ) DERECHO A SER INFORMADO DE LA ACUSACIÓN

Se invoca por algunas defensas de que **no han sido informados de la acusación que se ejercita contra sus patrocinados, lo que le ha producido indefensión.**

**1.- El derecho a ser informado de la acusación se recoge en el art. 24.2 de la CE.**

Y a nivel internacional: en el art. 6.3.a) del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, Roma , de 4 de noviembre de 1950 << derecho a ser informado, en el más breve plazo , en una lengua que comprenda y de una forma detallada, de la naturaleza y de la causa de la acusación contra él dirigida>>; y en el art. 14.3.a) del Pacto Internacional de Derechos civiles y políticos, Nueva York, 19 de Diciembre de 1966 <<derecho a ser informada sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra ella>>, en relación con el art. 10.2 de la CE.

Este derecho fundamental definido como **un derecho de contenido normativo complejo (STC n.º 18/2001, de 17 septiembre )** se ha perfilado históricamente como **uno de los ejes básicos del sistema acusatorio y del derecho de defensa (STC n.º 9/1982, de 10 de marzo)**, frente al proceso inquisitivo, formándose el cuerpo jurisprudencial en función a la casuística planteada en distintos procesos, indicando el Tribunal Constitucional que este derecho **«ha de realizarse de acuerdo con el tipo de proceso y con la legalidad reguladora del mismo» (STC n.º 141/1986, de 12 de noviembre).**

En efecto, el Tribunal Constitucional ha dicho que “el derecho a ser informado de la acusación, que presume obviamente la existencia de acusación misma, tiene como contenido un conocimiento de la acusación, facilitado o producido por los acusadores y por los órganos jurisdiccionales ante

quienes el proceso se sustancia. Su función esencial radica **en impedir un proceso penal inquisitivo**, que si bien pudo existir en otras fases de la historia, se compadece muy mal con la dignidad del hombre y por ello con un sistema de derechos fundamentales y de libertades públicas. En su forma más aguda y radical trata de impedir la situación del hombre que se sabe sometido a un proceso pero ignora de que se le acusa. Es también un derecho de carácter instrumental respecto del fundamental **derecho a la defensa y a la asistencia de Letrado** que en el propio art. 24 se reconoce, pues el conocimiento de la acusación es indispensable para poder ejercer el derecho de defensa.

Así, existen pronunciamientos sobre este derecho en materias tales como el Juicio de Faltas, la correlación entre acusación y fallo, los actos de comunicación tales como la citación, los actos de imputación previa con sus peculiaridades en el Procedimiento Abreviado, los escritos de calificaciones y las condiciones personales del imputado, extendiéndose como garantía a los procedimientos administrativos sancionadores. **En todos ellos resalta la necesidad de acreditar el carácter material de la indefensión y no los aspectos formales o las irregularidades que no conlleven una real situación de vulneración del derecho defensa (cfr., por todas, STC n.º 181/1994, de 20 de junio)**

## **2.- En el Momento de la imputación.**

Es doctrina consolidada del TC (STC 129/93) la de que la vigencia del derecho constitucional de defensa en el ámbito del proceso penal abreviado conlleva **una triple exigencia:**

**a)** En primer lugar, y a fin de evitar acusaciones sorpresivas de ciudadanos en el juicio oral sin que se les haya otorgado la posibilidad de participación alguna en la fase instructora, la de que **nadie puede ser acusado sin haber sido, con anterioridad, declarado judicialmente imputado**, de tal suerte que la instrucción judicial ha de seguir asumiendo su clásica función de determinar la legitimación pasiva en el proceso penal (Art. 299 LECrim), para lo cual ha de regir también en este proceso ordinario una correlación exclusivamente subjetiva entre la imputación judicial y el acto de acusación.

**b)** En segundo, y como consecuencia de lo anterior, **nadie puede ser acusado sin haber sido oído por el Juez de Instrucción con anterioridad a la conclusión de las diligencias previas**, garantía que ha de reclamarse en este proceso penal como consecuencia de la supresión del Auto de procesamiento y que se plasma en la necesidad de que no pueda clausurarse una instrucción (a salvo, claro está, que el Juez adopte una resolución de

archivo o de sobreseimiento) al menos sin haber puesto el Juez en conocimiento del imputado el hecho punible objeto de las diligencias previas, haberle ilustrado de sus derechos y, de modo especial, de la designación de Abogado defensor y, frente a la imputación contra él existente, haberle permitido su exculpación en la "primera comparecencia" contemplada en el art. 789.4.º de la LECrim.

**c) No se debe someter al imputado al régimen de las declaraciones testificales cuando, de las diligencias practicadas, pueda fácilmente inferirse que contra él existe la sospecha de haber participado en la comisión de un hecho punible, bien por figurar así en cualquier medio de iniciación del proceso penal, por deducirse del estado de las actuaciones o por haber sido sometido a cualquier tipo de medida cautelar o acto de imputación formal (Art. 118.1.º y 2.º LECrim), ya que la imputación no ha de retrasarse más allá de lo estrictamente necesario, pues, estando ligado el nacimiento del derecho de defensa a la existencia de la imputación (Art. 118 LECrim), se ha de ocasionar la frustración de aquel derecho fundamental si el Juez de Instrucción retrasa arbitrariamente la puesta en conocimiento de la imputación, razón por la cual dicha actuación procesal habría de estimarse contraria al art. 24 CE y, por ende, acreedora de la sanción procesal de la "prueba prohibida"» (Art. 11.1.º LOPJ).**

**En el presente Caso Malaya es visto que se han cumplido las tres exigencias constitucionalmente requeridas: Contra los interesados se dictó el pertinente Auto de procesamiento expresando los hechos, los delitos y las penas y responsabilidades civiles que , en su caso, se le exigían; todos los implicados, fueron oídos personalmente por el Instructor en la pertinente declaración indagatoria; y salvo algún caso concreto , todos los implicados declararon como imputados con lectura de sus derechos, no habiéndose retrasado la imputación mas allá de lo que exigía primero el secreto de las actuaciones y además la complejidad de la causa.**

### **3.- Escritos de acusaciones provisionales y definitivas.**

Pero es que desde la perspectiva del derecho a ser informado de la acusación, extremo este que es el que ahora importa , la STC. de 10 de febrero de 2003 establece que desde tal perspectiva “ como instrumento del derecho de defensa, es decir, desde la exigencia constitucional de que el acusado tenga conocimiento de los hechos para poder defenderse adecuadamente, **el contenido de dicha información ha de referirse al momento de la calificación definitiva de la acusación o acusaciones y no a momentos previos como el de las conclusiones provisionales”.**

4.- Finalmente un paso más: Añade la STS de 17-6-2004, que "en las cuestiones relacionadas con el principio acusatorio y el derecho a ser informado de la acusación, hay que estar, no al **ajuste mimético de la sentencia con la acusación**, sino a **consideraciones más de fondo que lleven a indagar si ha habido menoscabo de las posibilidades de defensa por no haberse explicitado la acusación**. Y que para así determinarlo **no pueden darse criterios apriorísticos o generalizados por tratarse de una materia en las que las circunstancias del caso concreto condicionan la solución**; de modo que no será estimable la denuncia si no se aprecia en la sentencia adición o modificación alguna en los hechos que no haya podido ser debatida por la defensa y que no estuviera presente, de manera explícita o implícita en las acusaciones formuladas".

5.- **Por todo ello y a priori no puede afirmarse, en modo alguno que en el presente Caso Malaya se haya vulnerado el derecho a la pertinente información en esta causa, más allá de las meras limitaciones reseñadas. Y ello, sin perjuicio de lo que a estos efectos pudiera acreditarse en el plenario.**

## **20) Nulidad primeras declaraciones.-**

Solicitan algunas de las defensas la nulidad de las iniciales declaraciones de los patrocinados, no sólo por haberse prestado mientras las actuaciones permanecían secretas y por tanto no tenían información del contenido de la imputación, sino además, por haberse prestado bajo coacción suponiendo una vulneración al derecho a no declarar contra sí mismo y a no reconocerse culpable consagrado en el art. 24 de la Constitución.

### **DECLARACIONES BAJO SECRETO SUMARIAL.-**

Respecto de la primera cuestión, esto es, la solicitud de nulidad de las iniciales declaraciones por haberse prestado mientras estaban secretas las actuaciones, ya se pronunció la Sala en los Autos resolutorios de los recursos de apelación interpuestos contra los Autos de procedimiento, al decir textualmente que:

Según reiterada doctrina en el proceso ordinario por delito hemos de distinguir **dos tipos de secretos sumariales**.

a) Sabido es que el llamado **secreto genérico del sumario** o de las actuaciones judiciales previsto en el art. 301, párr. 1º LECrim., que se prolonga hasta que se abre el juicio oral, tiene la finalidad de proteger el buen nombre del imputado frente a los terceros ajenos al procedimiento, no es siempre observado por los que tienen conocimiento del mismo, llegando a los medios de comunicación y divulgándose en muchos supuestos la totalidad de las actuaciones judiciales, ello a pesar de las sanciones que prevé el citado

artículo para las partes personadas, terceros que puedan tener información del sumario o para los funcionarios públicos que lo conocieren y divulgaran.

b) Pero frente a este secreto genérico del sumario, sistemáticamente incumplido cuando se trata de hechos de notoriedad social, nos hallamos con la declaración, total o parcial, de **secreto de las actuaciones penales para las partes personadas**, secreto que no abarca obviamente al Ministerio Fiscal, pues ello impediría efectuar los deberes que le impone el art. 306 LECrim. en cuanto a la inspección del sumario, además de por muchas otras normas y razones que no es el momento de especificar.

El secreto para las partes personadas previsto en el art. 302 párr. 2º de la Ley Procesal Penal, aplicable al procedimiento abreviado a tenor de lo dispuesto en el art. 774 de la misma ley, se justifica, STS de 24 de mayo de 2000, en **evitar interferencias o acciones que pongan en riesgo el éxito de la investigación y la averiguación de la verdad de los hechos objeto de la causa** siendo evidente que en ciertas ocasiones es imprescindible tal declaración de reserva puesto que las actuaciones procesales llevadas a cabo por el Juez instructor de conocerlas el imputado o posibles afectados resultarían de todo punto estériles.

**El principio de publicidad de las actuaciones procesales o el derecho a un proceso público reconocido en el art. 24.2 CE, no se ve afectado por el secreto del sumario**, porque el mismo despliega su eficacia en la fase de instrucción, que precisamente se rige por la restricción de publicidad prevista en el art. 301 párr. 1º antes citado, pero sí es al derecho de defensa al que pueda afectar cuando el mismo se acuerda de manera irregular o injustificadamente, de forma desproporcionada al fin que se pretende conseguir, impidiendo la contradicción que es necesaria en todo proceso penal produciendo unos efectos que posteriormente indicaremos.

Tal y como se ha apuntado en los dos apartados anteriores de esta resolución, la validez de las declaraciones prestadas por el procesado durante el secreto sumarial depende del cumplimiento o adaptación a las siguientes reglas jurisprudenciales:

**El derecho al proceso público sólo es aplicable al juicio oral, en el que se producen o reproducen las pruebas de cargo y descargo y se formulan alegaciones y peticiones definitivas de la acusación y la defensa**, pues únicamente referida a ese acto procesal tiene sentido la publicidad del proceso en su verdadero significado de participación y control de la justicia por la comunidad.

Tanto el TS en S. 2-6-1999, como el TC. en la ya reseñada S. 4-10-1988 ha apreciado que se limita el derecho de defensa cuando se realizan tales declaraciones durante el secreto sumarial, pero **no implican una vulneración formal, no material que cree una efectiva indefensión a las partes, siempre que en fase sumarial posterior o en el juicio plenario, se de a las partes la oportunidad de conocer y contradecir la prueba que ha haya**

**practicado durante su vigencia o proponer la prueba pertinente de contrario.**

**Se reconoce por la jurisprudencia la falta de validez como pruebas preconstituidas de las que puedan practicarse durante la prohibición de conocimientos de las actuaciones por las partes personadas**, ya que la legitimidad constitucional de la prueba preconstituida requiere que se haga ante el Juez y con la garantía de contradicción, la que es evidente no existe en ella cuando, por ejemplo, se recibe declaración a un testigo y no puede estar presente el letrado de la defensa, si ese testigo fallece o se halla en paradero desconocido antes de recibirle una nueva declaración o antes del juicio oral, ésta no podrá ser en caso alguno utilizada por la parte que le interese por la vía del art. 730 LECrim. como en tal sentido ha firmado el TC en sentencias de 27 de febrero de 1997 y 8 de febrero de 1999, ni tampoco se dará lectura a la declaración sumarial del testigo prestada durante la fase de secreto cuando la rectifique posteriormente, no pudiendo ser aplicado por tanto al art. 714 LEC.

En este sentido la ya reseñada STC 26-7-2001 establece que **sólo podrá tener relevancia constitucional la imposibilidad de contradecir las declaraciones testificales prestadas ante el Juez de Instrucción durante la fase secreta del sumario, si se hubieran introducido en el proceso como pruebas constituidas, pues la legitimidad constitucional de la prueba preconstituida requiere que se haya practicado con garantía de contradicción.**

Como corolario de todo lo anterior **será en sentencia, tras la celebración del pertinente juicio oral cuando se pueda determinar la validez o no de las declaraciones prestadas por los procesados durante el periodo de secreto sumarial y contrastar a tales efectos dichas declaraciones con las prestadas ulteriormente y sobre todo en el plenario bajo los principios de publicidad, intermediación, contradicción y defensa.**

B) Declaraciones bajo presión.

**Al igual que la forma de las detenciones, las formas de las declaraciones iniciales de los imputados han sido severamente criticadas por la generalidad de las defensas. Así:**

Por el letrado del Sr. Sánchez se alega que ante la declaración del mismo, el Instructor le dijo: no me está Vd. contando nada nuevo, lo que le hizo sentirse coaccionado

Por el letrado del Sr. Gardoqui se afirmó que el mismo se sintió presionado por cinco días en el calabozo y por una segunda detención, habiendo sido desnudado y vejado. Por ello se autoinculpó e inculpó a otros que no conocía, para evitar su ingreso en prisión. El propio Instructor consigno en el acta de declaración que el imputado “se derrumba lo que da lugar a una interesante declaración”.

Por el letrado del Sr. Falconieri y otros se trae a colación el artículo de prensa del Catedrático de Derecho Penal de Málaga Sr. Díaz Ripollés criticando que no pueden utilizarse las detenciones para arrancar confesiones.

Por el letrado del Sr. Reñones se afirma que éste se sintió presionado cuando la Sra. Revilla le dijo que ella se iba a casa porque había reconocido todo. Etc Etc...

Al respecto, nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal prevé en los art. 385 a 404 bajo el título de “De las declaraciones de los procesados” las normas, los parámetros a los que deben estos ajustarse ante el Juez de Instrucción, siendo de destacar en lo que aquí interesa ahora **dos afirmaciones legales**:

**1) Que no se podrá emplear con el procesado género alguno de coacción o amenaza.** En efecto, la utilización de violencia o intimidación dará lugar a la prueba prohibida y, por tanto nula, (art. 11.1. LOPJ), sin perjuicio de la responsabilidad criminal en que hubiera podido incurrir quien lo practique a título de tortura de los arts. 174 y ss del Código Penal.

La utilización de tormento o de cualquier trato inhumano o degradante esté expresamente prohibido por el art. 15 de la Constitución y en numerosos tratados internacionales cuya cita deviene ociosa.

La interpretación de práctica de coacciones ha de interpretarse, en opinión de algunos autores *latu sensu*, entendiendo éstos que son declaraciones viciadas las prestadas bajo el apercebimiento de cargos o reconvenciones (art. 396.2 LECrim) como podrían ser la imputación de un inexistente delito o mediante la cominación de la adopción de prisión provisional; o mediante el ofrecimiento de ventajas materiales o procesales, con exclusión en este último caso de los posibles beneficios procesales, legalmente previstos, para favorecer las declaraciones de los coimputados (testigos arrepentidos, *pentiti* o testigos de la Corona), o en los casos de conformidad previa al acto del juicio oral.

Como es natural la supuesta existencia de estos vicios invalidantes deberá estar fundamentada en datos fácticos acreditativos de su realidad y no podrán sustanciarse en meras creencias o interpretaciones subjetivas e interesadas de la propia parte.

Para este tribunal pocas cosas habrá más execrables que la violentación de la voluntad de una persona mediante la presión física o psicológica. El fin no justifica los medios en un Estado democrático y de derecho.

Lo que ocurre es que tras escuchar detenida y atentamente las críticas vertidas en sala contra la actuación del Sr. Instructor, considera el Tribunal que, a priori y sin perjuicio de lo que se puede acreditar en el plenario, no se ha producido esa presión o coacción de tal entidad que pueda permitir invalidar tales declaraciones.

Y es que toda detención, toda privación de libertad de una persona, tanto en prisión como en calabozos policiales, conlleva una presión, un cierto grado de coacción inherente a tal medida cautelar, en cuanto el afectado se ve privado no sólo de su capacidad de deambulación, sino de la realización de todas sus actividades habituales, bajo la conminación de una posible pena de prisión en caso de acreditarse su culpabilidad.

Y esta presión psicológica es asumida de una manera muy distinta por unos y otros procesados en función de su carácter, entereza anímica, e incluso de las circunstancias personales en que se encuentre cuando tiene lugar el hecho aciago, lo que puede justificar el porqué algunos de ellos se derrumben y otros no. Pero tal hecho objetivo no puede en modo alguno atribuirse, con mayores connotaciones, a esa hipotética presión por parte de la policía y del órgano jurisdiccional. No se puede presumir tan torticera intención en los referidos funcionarios públicos.

Ya lo dijo en estas mismas actuaciones el Tribunal Superior de Justicia al examinar la cuestión del calabozo para ablandar a los detenidos (ordinal 12 de esta resolución), demostrando con datos objetivos que la tardanza en tomarle declaración se debió exclusivamente a la gran cantidad de diligencias que hubo de practicar el Sr. Instructor en tan escaso período de tiempo, sin que se apreciara motivación espúrea o torticera alguna.

Y ese urgente número de actuaciones en tan escaso periodo de tiempo es lo que podría haber ocasionado ciertas disfunciones en la toma de estas declaraciones que en principio y a criterio de la sala no determinan en modo alguno la nulidad de estas iniciales declaraciones, salvo lo que podría acreditarse, en su caso, en el plenario.

Algunos procesados, libre y voluntariamente, reconocieron los hechos e incriminaron a otros; mientras que la mayoría de ellos fueron interrogados del mismo modo y sencillamente negaron los hechos. ¿ Es que hubo trato distinto hacia unos y otros ?

No podemos olvidar que estas declaraciones se prestan, tras la lectura de todos sus derechos, a presencia del Sr. Juez, del Sr. Fiscal, del Secretario Judicial y del propio Letrado de libre designación, es decir, con todas las garantías legales que excluyen per se cualquier presión que exceda de la propia del acto y desde luego excluyente de cualquier tipo de coacción.

El hecho de que un procesado comunique a otro que ha sido puesto en libertad porque ha reconocido los hechos, tan solo significa que el Juez ante el pleno reconocimiento de los hechos, en el libre ejercicio de sus facultades, decide que no es necesaria la medida cautelar de privación de libertad para aquella persona que en principio, parece dispuesta a colaborar con la justicia. No olvidemos que la colaboración con la justicia es una actitud procesal a la que la ley atribuye beneficios de esta índole. No tiene porque suponer trato engañoso por parte del instructor.

2) Que cuando el examen del procesado se prolongue mucho tiempo o el número de preguntas que se le hayan hecho sea tan considerable que hubieren perdido la serenidad de juicio necesaria para contestar a lo demás que deba preguntarse, se suspenderá el examen, concediendo al procesado el tiempo necesario para descansar y recuperar la calma (art. 393 de la Lecrim.)

Precepto que viene a corroborar la finalidad del legislador de que el interrogatorio sea libremente prestado De modo que para que el Tribunal sentenciador pueda comprobar si un determinado interrogatorio ha quedado viciado en el consentimiento por la fatiga del interrogado, el citado precepto obliga a reflejar siempre en el acta su duración. Aunque la omisión de este último requisito no determina la realidad de la prueba.

Alegada esta cuestión de la fatiga por parte de una de las defensas, será en el plenario donde pueda dilucidarse si realmente las condiciones en que prestó su declaración tiene entidad suficiente para poner en tela de juicio la validez de la misma.

#### C) Derecho de información.-

El artículo 17.3 de la CE en relación con el art. 520 de LECrm exige de un lado que la información se refiera a los derechos del detenido y a las razones que han motivado su detención, y, de otro lado, a la necesidad de que la información se efectuó de modo que sea comprensible para el detenido y de forma inmediata.

Examinadas las Actas policiales de detención se observan que se ha dado cumplimiento a la información de derechos del detenido, como resulta por ejemplo del Sr. Sánchez Zubizarreta al folio 3220 de las actuaciones; o de la Sra. Corulla al folio 3221 de la misma.

Respecto, pues, del derecho de información, no remitimos al apartado 18 de esta resolución, donde ya ha sido tratada a fondo esta cuestión, evitando así innecesarias repeticiones.

#### **21) Declaración como testigo del después acusado**

Solicitan algunas defensas **la nulidad de aquellas declaraciones que prestaron inicialmente como testigos pese a que después volvieron a declarar ya como acusados.**

Es cierto que el testigo tiene obligación de declarar y de decir la verdad, mientras que el imputado puede negarse a declarar y tiene derecho a no decir la verdad, a no autoincriminarse, pero lo cierto es que **esta situación se da con relativa frecuencia** y el Tribunal Supremo se ha pronunciado en diversas ocasiones **negándole relevancia y trascendencia en orden a anular la inicial declaración.**

Así la **Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 16 de mayo de 2006** establece literalmente:

El hecho de que el ahora recurrente hubiere declarado primero como testigo y después como imputado, con instrucción de sus derechos como así ocurrió, estando asistido de letrado, no significa ninguna irregularidad. En ningún lado de la sentencia recurrida se dice que su declaración como testigo fuera tomada en cuenta como prueba incriminatoria. Aún así, **quién declarando como testigo en causa abierta contra su cónyuge, se confesase personalmente culpable de los hechos investigados, lo que habrá de motivar que se dirija contra él el procedimiento, con nueva toma de declaración, Instrucción de derechos y asistencia letrada, ninguna irregularidad puede predicarse de tal proceder.**

Ahora bien el tema no es tan simple, entiende la doctrina, sino que son complicadas estas situaciones, cada vez menos frecuentes, en que acudiendo a **declarar** al juzgado una persona, que luego, con el devenir de las actuaciones, acaba siendo **acusada** formalmente, se le tomó declaración, no ya sin estar presente un abogado, sino como si de un **testigo** se tratase. En estos casos, la discusión se ha centrado en el valor que puede tener dicha declaración y en los efectos que tal irregularidad pudiera acarrear para el proceso, oscilando las posiciones desde las que, acudiendo al principio de conservación de las actuaciones procesales, consideran que bastaría privar de validez a tales declaraciones a la hora de dictar sentencia, si bien con la posibilidad de que el órgano de enjuiciamiento pudiera formar su criterio valiéndose de otras pruebas, hasta aquellas otras que son partidarias de declarar la  **nulidad** del proceso, por vulneración del derecho de defensa, que haría insubsanable tal irregularidad.

Tanto el Tribunal Constitucional como el Supremo se han decantado por esta última opción, en una jurisprudencia consolidada, que arranca de la sentencia del primero 135/1989, pasando por la sentencia 186/1990 y se asienta en otras posteriores, como son, por citar algunas, la 128/1993, 129/1993 o 152/1993, con las que se forma un cuerpo de doctrina, que se desarrolla en tres aspectos, los cuales resumimos como siguen:

a) Con el fin de evitar acusaciones sorpresivas, nadie puede ser **acusado** sin haber **sido declarado** judicialmente imputado, con anterioridad.

b) **Nadie puede ser acusado sin haber sido oído**, no pudiendo clausurarse una instrucción, al menos, sin haber puesto el Juez en conocimiento del imputado el hecho punible y haberle ilustrado de sus derechos, de modo especial de la designación a abogado.

c) No se debe someter al imputado al régimen de las declaraciones testificales, cuando de lo actuado puedan inferirse sospechas de su participación en un hecho punible, no debiendo retrasarse la imputación más allá de lo estrictamente necesario, pues a ella va ligado el nacimiento del derecho de defensa.

La conclusión a que llega el Tribunal constitucional puede resumirse tomando la cita de la sentencia 129/1993, en la que dice que “por lo tanto, al omitirse por el órgano judicial un trámite procesal de tanta importancia, como es el de atribuir la condición de imputado, al clausurarse la instrucción habiéndose oído como mero **testigo** se produce indefensión, con vulneración del art. 24 de la Constitución que solo puede restaurarse mediante una declaración de nulidad de cuantas diligencias se hubiesen practicado a partir del momento en que la irregularidad se cometió”.

Después de repasar la anterior jurisprudencia, entiende un sector doctrinal que para llegar a la conclusión a la que llega el Tribunal Constitucional lo básico no es la omisión de ciertos trámites, sino que el motivo hay que encontrarlo en el hecho de que se produzca efectiva **indefensión**. Esa es la razón última de dicha tesis de manera, que, si tal indefensión no se da, el tratamiento de la cuestión debe cambiar radicalmente, ya que lo contrario supondría un triunfo de criterios meramente formalistas sobre un principio de defensa social. Y así, si iniciada una investigación, no declara como imputado quien posteriormente acaba resultando acusado, el procedimiento se podrá salvar, siempre que alguna de las actuaciones sumariales revelan que la causa se entendió con él como tal imputado, o bien que él asumió la conciencia de que como tal imputado se encontraba, como por ejemplo, si se llegó a tomar alguna medida cautelar contra él, o si se practicó una diligencia de identificación en rueda de reconocimiento, o bien si se personó en la causa designando un letrado para que defendiese sus intereses por citar alguno.

Puede encontrarse apoyo de lo que se acaba de decir en el auto que el Tribunal Supremo dicta con fecha 20 de diciembre de 1996, en la causa especial 880/1991 (más conocido como caso “*Filesa*”) de cuya lectura se desprende que la personación y ulterior intervención de ciertas personas ejerciendo derechos de defensa, que, sin haber sido oídas durante la instrucción como imputados, sin embargo, luego resultaron **acusadas**, tuvo la virtualidad de interrumpir el plazo de prescripción de los delitos a ellas imputados.

Ahora bien, el efecto que se ha de producir en estos casos en que el inculpado ha **declarado** sin información de su condición y, por lo tanto, también sin presencia de su abogado, aunque tomando conciencia de que lo es, no ha

de ser el mismo que el dicho más arriba, pues, a **diferencia** de aquella declaración, en cuanto que en ésta se tiene esa conciencia de estar inculpado, la idea de una indefensión genérica se diluye, debiendo pasar entonces a examinarse si en alguna actuación procesal de investigación concreta se pudo producir, de modo que, sólo las que queden realmente afectadas deberán ser desechadas, debiendo conservarse las demás. Por lo tanto, las declaraciones prestadas en tales condiciones sí carecerán de validez y, como tal, extrayéndolas del procedimiento sería bastante, pero se podrían salvar las demás actuaciones que se realizasen en instrucción, desde el momento en que el **acusado** fuese consciente de que se le atribuye un hecho punible y ejerciese derechos de defensa propios de quien es inculpado, dado que a partir de entonces no se podrá quejar de indefensión.

**Así las cosas, entiende la Sala que no debe pronunciarse sobre la validez o nulidad de tales declaraciones a priori, sino que deber hacerlo en sentencia, tras valorar el conjunto de prueba practicada en el plenario conforme a lo dispuesto en el art. 741 de la LECrim, pronunciándose entonces con conocimiento de causa suficiente sobre tal extremo.**

## **22) Nulidad auto procesamiento**

Por la dirección técnica del Sr. Pedronzo Moreiro se interesa nuevamente, ahora como cuestión previa, la nulidad del Auto de Procesamiento, alegando que durante la instrucción no se le dio la oportunidad de conocer a fondo los hechos que se le imputaban.

La Sala ya se ha pronunciado en diversas cuestiones sobre esta cuestión, por lo que a continuación se transcriben la resoluciones dictadas al efecto:

### **1) Nulidad por falta de motivación del auto de procesamiento.-**

En nuestro ordenamiento jurídico penal rige el principio de libre valoración de la prueba consagrado en el art. 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, principio que, como es sabido, está íntimamente ligado con la necesidad de motivación de las sentencias y Autos judiciales.

Las resoluciones judiciales citadas deben aparecer lo suficientemente motivadas para que pueda justificarse el principio de libre valoración de la prueba puesto a disposición de los Jueces para poder cumplir de forma honesta y razonable con su función esencial de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, tal y como previene el art. 117 de la Constitución. Distingamos:

#### **A) En Sentencias:**

**Desde el punto de vista jurisprudencial, podemos sentar las siguientes reglas rectoras en esta materia:**

1. La valoración en conciencia de la prueba supone su apreciación, en principio, sin sujeción a tasa, pauta o regla de ninguna clase y sin más freno o cortapisa que:

- el de obrar recta e imparcialmente, y
- no desdeñar el rango privilegiado de ciertos documentos.

2. La apreciación en conciencia no supone, en modo alguno, que se pueda realizar en función de **sentimientos o emociones**. Por el contrario, la convicción, como fruto de un juicio humano se rige y está imperada por **la razón**. Otra cosa sería un juicio arbitrario.

3. La apreciación en conciencia no ha de entenderse como equivalente a “cerrado o inabordable criterio personal e íntimo del Juzgador”, sino a una apreciación lógica de la prueba, no exenta de pautas o directrices de rango objetivo... El Juez debe tener la seguridad de que **“su conciencia es entendida y compartida fundamentalmente por la conciencia de la comunidad social a la que pertenece y sirve”**.

4. En definitiva como criterio racional ha de entenderse el que va de la mano de la lógica, la ciencia y la experiencia, dejando atrás la arbitrariedad, la suposición o la conjetura.

Se realiza esta pequeña introducción para resaltar aún más que la valoración de la prueba, propia de un ulterior momento procesal a este en que nos encontramos, en el que nos movemos ante meros indicios, es una cuestión íntimamente ligada a la motivación de las resoluciones judiciales y a los principios de inmediación, contradicción y defensa rectoras en todo proceso penal.

**El art. 120-3 de la Constitución consagra el deber de motivar las sentencias**, o sea la obligación que tiene todo juzgador de exponer las razones y argumentos que conducen al fallo judicial, con base en unos antecedentes de hecho y fundamentos jurídicos que los sustenten.

**La motivación no puede consistir en una mera declaración de conocimiento, y menos aún, en una manifestación de voluntad que sería un puro decisionismo, sino que esta ha de ser la conclusión de una argumentación ajustada al tema en litigio, para que el interesado,**

**destinatario inmediato pero no el único y los demás, los órganos judiciales superiores y también los ciudadanos, puedan conocer el fundamento, “la ratio decidendi” de las resoluciones.**

Se convierte así en una **garantía esencial del justiciable** mediante la cual, sin perjuicio de la libertad del juez en la interpretación de las normas, se puede comprobar que la solución dada al caso es consecuencia de un exégesis racional del ordenamiento y no el fruto de la arbitrariedad.

Es más, dentro del concepto genérico de motivación de las resoluciones judiciales, **ha de distinguirse** entre la motivación propiamente dicha y la fundamentación:

a) **La motivación** propiamente dicha **implica la existencia de un relato de hechos probados**, de una relación fáctica, inferida a partir de la prueba practicada y que deberá contener una declaración expresa y terminante de los hechos que se estimen probados.

b) **La fundamentación** implica una valoración jurídica suficientemente razonada acerca de los hechos declarados probados; es decir, se trata de **la operación de la subsunción lógica de los hechos en la norma.**

#### **B) En autos:**

Pues bien siguiendo la reseñada línea argumental, el Tribunal Constitucional señala en sentencia de 5 de Abril de 1990 que “es propio de este Tribunal en sede de amparo constitucional revisar la adecuación de la resolución a las exigencias que derivan del art. 24.1 de la Constitución. Esto es, que el Auto de procesamiento incorpore explícita motivación, y teniendo en cuenta la propia literalidad del art. 384 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, para excluir el mero voluntarismo en la decisión adoptada, se aprecie:

- a) la presencia de unos **hechos** o datos básicos;
- b) que sirvan, racionalmente de **indicios** de una determinada conducta que;
- c) resulte calificada como criminal o **delictiva**.

Todo ello en el bien entendido de que el Tribunal ha de limitarse a verificar o constatar la presencia de tales elementos en la resolución, sin entrar a valorar el mayor o menor acierto del órgano judicial al estimar el peso de los indicios presenta o su relevancia como señal o muestra de una posible

actividad delictiva, pues ese error o acierto **ha de apreciarse por los Tribunales ordinarios bien con ocasión de los recursos susceptibles de interponerse contra el Auto de procesamiento, bien en su momento, después de la correspondiente sustanciación procesal al pronunciarse el definitivo juicio de culpabilidad o inocencia. (SSTC 17-4-1898 nº 66/89; y 5-4-1990 n1 70/1990).**

**Y desde luego, examinado el Auto de procesamiento del presente caso ha de concluirse que contiene una motivación adecuada y suficiente para justificar el dictado del mismo, sin perjuicio de la ulterior concreción, en su caso, en los escritos de calificación de hechos concretos y tipificación delictiva aplicable, aún susceptible de modificación esta última en trámite de conclusiones al finalizar el plenario.**

## **2) Falta de concreción de indicios**

Sentado lo anterior, se alega por los recurrentes la falta de concreción de los indicios en virtud de los cuales se les imputan determinados delitos.

Sin embargo, la Sala estima que no es completamente acertada tal crítica. Lo que ocurre es que el elevado número de personas procesadas, el elevado número de delitos imputados, la especial naturaleza de los mismos, el complejo entramado societario que aducen las acusaciones, en definitiva, **la complejidad del asunto determina que los indicios puedan encontrarse diseminados a lo largo de un extenso Auto de procesamiento, dificultando tal extremo la tarea de las defensas a la hora de reconocer los indicios concretos que sirven al Instructor para procesar a sus respectivos patrocinados.**

Pero es que a la hora de analizar tales indicios, no puede olvidarse la ya reseñada especial naturaleza del Auto de procesamiento que constituye, reiteramos, una decisión interina o provisional que no afecta a la presunción de inocencia y que el relato de hechos (y su ulterior subsunción en tipos penales concretos) no vincula en absoluto a las partes acusadoras en sus escritos de calificación, ni tampoco al Tribunal sentenciador.

Como medida cautelar que es no fija los hechos concretos y definitivos de los que, en su caso, pueda derivar la culpabilidad de los procesados, sino que será en los escritos de acusación donde deben fijarse con claridad meridiana, pues es entonces cuando realmente se ejercita la acción penal contra los mismos, quienes concedores de la acusación, podrán replicar a las mismas en todos sus extremos y preparar su defensa sin limitación alguna.

Por lo tanto, y en **espera de conocer el contenido de la acusación que en el momento procesal oportuno formularan, en su caso, las acusaciones, ha de concluirse que el Sr. Instructor, al cabo, exteriorizó adecuadamente las causas justificativas que están en la base del procesamiento adoptado, esto es, el dictado de una resolución que se fundamente en indicios racionales de criminalidad, que supongan una probabilidad de la existencia de un delito, como reseña el Tribunal Constitucional en Auto de fecha 2 de febrero de 1983.**

A mayor abundamiento, en el **apartado IV. G** de esta resolución se especificaran **los indicios que la Sala considera existentes y racionales para sostener el procesamiento acordado. Sin que sea posible, como pretenden algunas representaciones procesales que en este momento se analicen individualmente los indicios que afectan a cada procesado, pues de un lado ello equivaldría a la celebración anticipada del juicio oral y además, tal solicitud de valoración individual (cada uno por separado como si fuese una isla, llegó a decir una de las Acusaciones particulares) es difícil de compaginar con el hecho objetivo de que gran parte de las conductas a enjuiciar pueden estar relacionadas en su conjunto, o al menos, con las de otros procesados, por lo que deviene imposible en este momento individualizar tales conductas. Piénsese que incluso para algunos de los procesados se está hablando de organización delictiva.**

### **3) Subsunción de los hechos en los tipos penales y concreción exacta de los mismos en el auto de procesamiento.-**

Pese a los razonables argumentos esgrimidos al respecto en los escritos de apelación, la generalidad de la doctrina y la jurisprudencia entiende que no es este el momento para hacer un análisis exhaustivo de los tipos y para incardinar la conducta del procesado en tales preceptos penales, como si estuviéramos en la fase de enjuiciamiento, después de haberse celebrado el juicio oral, puesto que sólo hemos de valorar si el Instructor ha podido considerar la existencia de indicios racionales respecto de estos delitos, teniendo en cuenta la jurisprudencia del TS que estima que el auto de procesamiento no marca los límites del enjuiciamiento, sino que, como ya ocurre en el resto de procesos penales, son las partes acusadoras en sus diferentes escritos de calificación los que establecen el ámbito fáctico y jurídico de debate procesal en el acto del juicio oral.

**Esta Sala puede controlar o fiscalizar la imputación judicial realizada en el auto de procesamiento respecto de un delito, pero, teniendo en cuenta que no es un órgano de instrucción ni de acusación y que debe salvaguardar su**

**imparcialidad, en esta fase procesal más bien deberá comprobar si la misma es notoriamente errónea, es absurda, ilógica o arbitraria.**

La doctrina del Tribunal Supremo –ad exemplum SSTS de 12 Ene. 1989, 12 Jun. 1990, 5 Mar., 20 May. 1991 y 25 Mar. 1994- con referencias a las Sentencias del Tribunal Constitucional 146/1983, 324/1982 y 340/1985, ha declarado con reiteración que **el procesamiento no supone aún ejercicio de la acción penal y por ello no está precisado de verificar una calificación exhaustiva y precluyente**, como se desprende con toda claridad tanto de la propia Exposición de Motivos de la LECrim., como de la doctrina del Tribunal Constitucional y de la Sala Segunda de aquel Tribunal. La acusación de la que hay que defenderse en el Juicio se produce por la calificación, no por el procesamiento, mero presupuesto para acceder a la otra fase. El auto de procesamiento no es asimilable al acta de acusación, dado que ello atentaría al principio acusatorio formal que rige en nuestro ordenamiento jurídico penal. **El relato de hechos, y la subsunción de dichos hechos realizada en el mismo no vincula en absoluto a las partes acusadoras en sus escritos de calificación, ni tampoco al Tribunal de la causa**, ni por ello ha de estimarse quebrantado aquel principio acusatorio –STS de 12 Ene. 1989-, dado que ni el procesamiento ni la calificación provisional vinculan de manera absoluta a dicho Tribunal –STS de 7 Sep. 1989.

**Por ello, en el caso presente, el Sr. Instructor ha relatado los hechos que considera ilícitos y los ha referido genéricamente a los tipos delictivos en los que pueden ser incardinados, sin perjuicio de que en el momento procesal oportuno, esto es, en los escritos de calificación primero provisional y después con carácter definitivo se subsuman los hechos delictivos imputados en los tipos penales concretos con los que se correspondan.**

**4) Nulidad del auto de procesamiento porque el instructor se limitó a cortar y pegar los informes de la policía.-**

Como ya se ha dicho con anterioridad en esta misma resolución, el Auto de procesamiento es una decisión interina o provisional y formal cuyo contenido ha de ser objeto del correspondiente debate contradictorio y de ulterior decisión, no vinculando a las partes, ni afectando al principio constitucional de presunción de inocencia, ni al ejercicio de la acción penal que se verificara en los correspondientes escritos de acusación.

De otro lado, los Funcionarios de Policía que realizan los referidos informes **pertenecen a la Policía Judicial** cuya figura aparece recogida en el art. 126 CE, en el art. 547 de la LOPJ, en el art. 282 y ss. de la Ley de

Enjuiciamiento Criminal y en el Real Decreto 769/87 sobre Regulación de la Policía Judicial, con dependencia funcional de los Jueces y del Ministerio Fiscal, limitándose a intervenir en las investigaciones de los delitos que legalmente les corresponda, y sin que sus informes, en principio, tengan valor probatorio en tanto no sean sometidos a contradicción en el acto del plenario.

Por tanto, aunque el Sr. Instructor haya plasmado en el auto de procesamiento el contenido de tales informes, **ningún perjuicio se ha ocasionado a las partes, ya que podrán estas contradecir e incluso desvirtuar y desmontar su contenido por los elementos probatorios que tengan por conveniente, pudiendo comprobar la Sala en el plenario si se ha producido un efectivo control judicial de los indicios aportados por la Policía.**

### **23) Recusación de Magistrada.-**

Se reitera por la dirección técnica del Sr. Liétor Martínez la solicitud de nulidad de los Autos resolutorios de los recursos de apelación interpuestos contra los tres Autos de procesamiento dictados por los Sres. Instructores en el presente sumario, fundando tal pretensión en que por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía se admitió la recusación de esta Magistrada.

Esta cuestión ya ha sido **resuelta** por este Tribunal al menos **en tres ocasiones**, desestimando todos los argumentos aducidos por el Sr. Liétor, acordando la Sala literalmente que:

**A) No es cierto lo que se dice en el referido escrito, pues como ya se ha explicado en el apartado 3) de esta resolución, la Sra. Magistrada no fue recusada en el escrito de fecha 1-2-10 , sino “ denunciada “ ( léase el suplico y el contenido del escrito ) . Fue recusada en fecha posterior a esas providencias. La recusación se hizo después, en forma, cuando el Sr. Letrado se dio cuenta de que en el primer escrito ni se empleaba siquiera la palabra recusación.**

La mera denuncia a efectos disciplinarios, que es lo que realmente hizo el Sr. Letrado, presentada ante órgano jurisdiccional no competente para resolver cuestiones gubernativas, **no puede producir el efecto de apartar del procedimiento a uno de los miembros del Tribunal.**

Se desestima el recurso de súplica examinado.

**B) En el referido escrito realiza una serie de manifestaciones erróneas sobre la fecha de recusación de la Sra. Magistrada. No, Sr. Letrado, no hay error en la referida providencia. La fecha de recusación fue el día 11-2-10,**

**lo que planteó en el escrito de fecha 2 de febrero, cuyo suplico ha sido transcrito parcialmente, fue una denuncia a efectos disciplinarios contra la Sra. Magistrada por no haberse abstenido; pero no una recusación en forma. Advertida tal circunstancia, el Sr. Letrado presentó después la referida recusación en forma.**

Igualmente son improcedentes las restantes críticas que se realizan sobre el expediente de recusación. **En la ley no se prevé comunicación alguna a las partes sobre el contenido de la resolución que adopte el Magistrado recusado, al igual que la resolución del incidente la realiza el TSJA sin audiencia ni vista a las partes.**

**El incidente se ha tramitado conforme a derecho y resuelto por el Órgano competente.**

C) Respecto al incidente de recusación de la Itma.. Sra. Magistrada D. Aurora Santos, la Sala se reitera en el contenido del Auto ahora impugnado, entendiendo que el primer escrito que se recibe sobre esta cuestión **es una mera denuncia presentada ante órgano jurisdiccional que no tiene competencia para resolverla, ya que es el C.G.P.J., el que tiene atribuida por Ley tal competencia.**

Asimismo nos reiteramos en que **tal cuestión ha sido zanjada por el Auto de 20 de Abril del 2010 del TSJA Sala del 77 admitiendo la recusación de la Magistrada por mera cuestión de apariencia, aunque denegando la existencia de irregularidad alguna y denegando cualquier tipo de nulidad en las resoluciones que haya intervenido.**

Si la fundamentación del TSJA le parece al recurrente “inmotivada, y absolutamente incongruente y contradictoria”, será ante dicho Alto Tribunal ante el que deba ejercitar sus derechos, pero no ante esta Sala que se limita a cumplimentar lo resuelto y ordenado por la Superioridad.

De modo que habiéndose ajustado a derecho la actuación de la Itma.. Sra. Magistrada en todo momento, no ha lugar a la nulidad interesada.

Tal y como se explicitó suficientemente en el Auto cuya aclaración se interesa ahora, la recusación se tramitó y se resolvió conforme a derecho. Olvida el recurrente que en cuanto a la competencia del TSJA rige el principio de derecho de que “el que puede lo más, puede lo menos”, estando debidamente autorizado por la ley para resolver la recusaciones interpuestas.

No procede, en modo alguno, pues la retroacción interesada del incidente de recusación.

**De conformidad con lo expuesto, no procede tampoco declarar la nulidad de los Autos resolutorios de los recursos de apelación interpuestos contra los autos procesamientos, interesada de nuevo, ahora como cuestión previa, por la dirección técnica del Sr. Liétor.**

#### **24) Denuncia masiva de nulidad de actuaciones.**

A lo largo de las sesiones de exposición de cuestiones previas ha habido un denominador común en la generalidad de las defensas: **la denuncia masiva de nulidad de actuaciones.**

En ocasiones ofreciendo una extensa lista de actos procesales que se consideraban nulos, y en otras apelando a una absoluta, total, radical nulidad de todas las actuaciones desde el inicio del procedimiento, que, además, deberá ser declarada por la Sala con carácter previo a la celebración del juicio oral.

Y ello se hace tan sólo en base a las afirmaciones de las defensas, desmentidas por las acusaciones, **cuando como resulta lógico y de sentido común, gran parte de esas cuestiones habrán de ser contrastadas en el plenario con la correspondiente prueba testifical, documental y pericial, sometida a la contradicción de las partes para que, en virtud del principio de inmediación, pueda el Tribunal adquirir conocimiento y conciencia de lo realmente acontecido en registros, intervenciones telefónicas, detenciones, etc.**

**Y este criterio prudente y expectante de la Sala se corresponde con la doctrina jurisprudencial de nuestro Tribunal Supremo, de la que es buena muestra la STS de 18 de Septiembre del 2002 que establece que la denuncia de una masiva nulidad de actuaciones que genera indefensión no puede ser objeto de conocimiento anticipado vía artículos de previo pronunciamiento ( ni de cuestiones previas ) , sino que deben reservarse para el juicio oral, pues de lo contrario se llegaría a una práctica anticipada del trámite.**

Literalmente dice la referida sentencia que:

“El recurrente, en los dos motivos restantes, desgrana un nutrido elenco de objeciones sobre la forma de desarrollo del trámite. Al respecto, denuncia

que como efecto de ellos ha padecido indefensión y **solicita la nulidad total o parcial de todo lo actuado.**

El planteamiento de estas cuestiones como el de la que ha sido objeto de examen, se ha llevado a cabo por el trámite de los artículos de previo pronunciamiento ( arts. 666 y siguientes LECrim.), que es también cauce adecuado para suscitar asuntos de nulidad en el caso de procedimiento ordinario ( STS 7 Dic. 1984). Ahora bien, no todos los temas que puedan someterse por esta vía a la consideración del tribunal pueden acceder también a la casación. El art. 676.3º LECrim. limita el uso de este recurso a la impugnación del auto resolutorio de la declinatoria y a los que admitan las excepciones 2ª, 3ª y 4ª del art. 666 LECrim. Y esta sala ha declarado que **cuando lo que se pretende es obtener la nulidad de determinadas actuaciones por entender que se han producido con violación de derechos fundamentales no cabe hacer uso de la vía utilizada por el recurrente, sino que las objeciones correspondiente deberán reservarse para el juicio oral** STS 640/2000, de 15 de abril.

Y esto, no solo por el carácter extraordinario del recurso de casación, sino también porque dado que lo que se trata de valorar es **la posible concurrencia de una efectiva indefensión material derivada de la irregularidad del trámite, tal apreciación no puede dissociarse de la del propio contenido y resultado de la actividad probatoria en su conjunto.** Pues, en efecto, es en el examen de ésta cuando el juzgador podrá apreciar si efectivamente el denunciante de la nulidad ha visto sustancialmente menoscabado su derecho de defensa, ha sido realmente limitada su capacidad de alegar o replicar, o sea, la posibilidad de contradecir, que es en lo que se cifra la indefensión verdadera y propia ( por todas STS 52/1999, de 12 abril).

Además, en el caso concreto, y **cuando lo que se postula es una suerte de nulidad masiva o global de todo lo actuado, es patente que seguir al que recurre en su planteamiento obligaría a una práctica anticipación del juicio oral en este trámite, con las inevitables limitaciones de conocimiento e incluso con patente distorsión del marco procesal ”** .

Es por lo que deben desestimarse los restantes motivos del recurso.

## **25) Presunción de inocencia**

Se invoca por algunas de las defensas la presunción de inocencia de sus representados.

**A)** Esta cuestión se planteó por las defensas en los recursos de apelación contra el Auto de procesamiento, resolviendo la Sala que:

El T.C. ha dicho que el auto de procesamiento no vulnera la presunción de inocencia, pues **se basa en datos y circunstancias de valor fáctico que representando más que una mera posibilidad y menos de una certeza, supongan por sí mismas la probabilidad de la comisión de un delito, que se constata con la formalización de un acto de imputación que constituye al procesado en parte procesal, para poder determinar posteriormente el Tribunal, en juicio oral, de existir acusación pública o particular, la presencia o no del reproche de culpabilidad, que en su caso conlleva a la imposición de pena (A.T.C. 21-3-94, recurso de amparo 764/83).**

**No atenta a la presunción de inocencia el auto de procesamiento** si se tiene en cuenta que tal institución, que no por ser verdadera clave del sistema procesal español, en tanto constitutiva del necesario presupuesto de la acción penal que al formalizar la imputación erige o constituye al imputado en parte procesal (A. Del T.C. 146/83, de 30-4), no es a la vez otra cosa que una simple medida cautelar, como tal, compatible con el indicado derecho fundamental a la presunción de inocencia (Autos del T.C. 324-82 y 83/85); y la indudable procedencia de tales medidas resulta de toda la normativa supranacional que ha de inspirar este “derecho superior” con arreglo a lo dispuesto en el art. 10.2 C.E., **siempre que no constituya una decisión caprichosa o arbitraria (AA.T.C., 199/82, 289/84 y 340/85)** y que represente algo más que una mera posibilidad, pues precisamente al ser el presupuesto de nacimiento del derecho fundamental a la presunción de inocencia **no exige la existencia de una certeza, pero sí de una probabilidad S.T.S. 21-9-87).**

Para dictar un auto de procesamiento en el Sumario, por tanto, basta la existencia indicios suficientes de criminalidad, sin que se exija el grado de certeza preciso para llegar a una sentencia condenatoria; siendo reiterada la doctrina del TC y del TS que apunta que no se puede confundir un auto de procesamiento, que en sí mismo no encierra declaración de culpabilidad, con una sentencia condenatoria y que la actividad probatoria de cargo exigible en el juicio oral para disipar la presunción de inocencia no es trasladable a la fase sumarial, pues, salvo excepción, en el sumario no se practican pruebas, de modo que **en esta fase sólo podría ser vulnerada la presunción de inocencia si el órgano judicial dictase su resolución de modo arbitrario, caprichoso o notoriamente infundado;** debiendo siempre tener en cuenta que, por las razones antes expuestas, **al autor del auto de procesamiento (y de igual modo al que acuerda seguir los trámites del Procedimiento Abreviado) no se le puede exigir el mismo grado de certeza que al Juzgador que condena.**

**B) En la fase intermedia** que acabamos de concluir conviene recordar que el invocado principio constitucional de presunción de inocencia ha dejado de ser un principio general del derecho que reforma la actividad judicial para convertirse en un derecho fundamental que vincula a todos los poderes públicos.

**C) Pero donde el principio de presunción de inocencia podrá alcanzar pleno significado es, tras la celebración del juicio oral**, en trámite de informe y lógicamente en Sentencia, donde podrá comprobarse si ha existido o no ese mínimo de prueba de cargo, supuestamente obtenido, que sea suficiente para desvirtuar el mencionado principio constitucional.

**El Tribunal Constitucional** tiene establecido que:

a) La presunción de inocencia es una **presunción “iuris tantum”** que puede desvirtuarse con una mínima actividad probatoria, producida con todas las garantías procesales que pueda entenderse de cargo y de que se pueda deducir la culpabilidad del acusado, correspondiendo al Tribunal Constitucional, en caso de recurso, estimar la existencia de dicho presupuesto.

b) **No puede tomarse como prueba lo que legalmente no tenga carácter de tal.**

c) La actividad probatoria ha de **realizarse normalmente en el acto del juicio oral**, afirmación que se vincula al derecho del interesado a su defensa y a un proceso público con todas las garantías, reconocidos en el art. 24.2 de Constitución, derechos que se traducen, en la legalidad vigente, en los principio de oralidad, inmediación y contradicción, que rigen en el proceso penal, reflejados, entre otros, en el art. 741 L.E.Cr. y,

d) El Tribunal ha declarado también que el órgano judicial puede realizar **inferencias lógicas** de la actividad probatoria llevada a cabo, siempre que no sean arbitrarias, irracionales o absurdas.

Por su parte, entiende la doctrina que para que una sentencia pueda ser de signo condenatorio y, en consecuencia, destruir el principio de presunción de inocencia, es preciso que:

a) **La carga material de la prueba** corresponde exclusivamente a las partes acusadoras y no a la defensa (S.T.C. 70/1985, de 31 de mayo).

b) La prueba ha de practicarse en el juicio oral bajo la inmediación del Tribunal Sentenciador. Tal y como afirma el Tribunal constitucional:

*“las pruebas a las que se refiere el propio art. 741 son las pruebas practicadas en el juicio, luego el Tribunal penal sólo queda vinculado a lo alegado y probado dentro de él”*

(S<sup>a</sup>. T.C. de 28 de julio de 1981). Dicha regla general, sólo puede tener como excepción la “prueba preconstituida” (S<sup>a</sup>.T.C. 80/1986, de 17 de junio). Para que haya sido intervenida por una Autoridad independiente y órgano jurisdiccional, con posibilidad de contradicción y con escrupuloso respeto al derecho de defensa, y no pueda ser reproducida en el juicio oral.

**c)** No constituyen actos de prueba los atestados y demás actos de investigación de la policía judicial, 8art. 297 LECr. Y S<sup>a</sup>.T.C. 31/1981, de 28 de julio).

**d) El Tribunal no puede fundamentar su Sentencia en la “prueba prohibida”:** una actividad jurisdiccional como lo es la probatoria no puede practicarse con vulneración de las normas tuteladoras de los derechos fundamentales (art. 10.1 C.E. y S<sup>a</sup>.T.C. 114/1984, de 28 de noviembre), y,

**e) Obligación del Tribunal de razonar la prueba** (art. 120.3 C.E. y S<sup>a</sup>.T.C. 174/1985, de 17 de diciembre).

De todo lo anterior, se desprende que en este momento procesal no existe motivo objetivo alguno para que pueda apreciarse el invocado principio constitucional, sin perjuicio de que pueda ser invocado en el momento procesal ya reseñado.

## **26) Principios de legalidad y seguridad jurídica**

Denuncian algunas defensas que se ha producido vulneración de los principios de legalidad y seguridad jurídica **al haber remitido el Instructor diversa documentación de forma genérica, a la Agencia Tributaria para que investigara a los procesados**, vulneración de principios que entiende la Sala que en modo alguno se ha producido.

En efecto, tal y como oportunamente alega el Sr. Abogado del Estado la remisión de documentos es de obligado cumplimiento por parte de los órganos jurisdiccionales, por imperativo legal, como se desprende del **art. 95 de la Ley General Tributaria que impone a los Jueces y Tribunales la obligación de poner en conocimiento de la Agencia Tributaria aquellos datos con trascendencia en su ámbito de que conozcan con ocasión de los procesos que estén tramitando.**

La doctrina viene entendiendo y admitiendo este tipo de colaboración entre Administraciones. Así, afirma que “la presencia de un experto durante la investigación de los más complejos delitos económicos sugiriendo al Juez la obtención de determinada documentación o la práctica de concretas diligencias, además de extraordinariamente provechoso para el fin del proceso, en absoluto compromete la imparcialidad del perito ni la objetividad del informe finalmente elaborado, que quedará sujeto, como es natural, a la oportuna contradicción en el juicio oral”.

Téngase en cuenta que numerosos delitos de carácter económico se basan en lo que ha venido denominándose **“ingeniería financiera”**, entendiéndose por tal **“la realización de operaciones complejas en la realidad económica y social...” (societaria) “...en las que mediante la utilización de formas jurídicas abusivas, fundamentalmente los llamados negocios jurídicos anómalos, se produce una vulneración del orden socioeconómico** que no es otra cosa que el marco y los principios jurídicos de la Constitución que ordenan y regulan el funcionamiento de la actividad económica”. (Memoria de la Fiscalía anticorrupción)

Claro está que el objeto de la pericia debe ser formal, clara y terminantemente especificado a los peritos –entre otras cosas, porque los principios de nuestro ordenamiento penal **proscriben las “inquisiciones generales”** sobre las personas-, indicándoles con precisión qué elementos evidenciales deben analizar y qué conclusiones se les pide que extraigan de su análisis. En este sentido, y por regla general, su tarea consistirá en el examen de documentos contables y financieros a fin de determinar por una parte si existen irregularidades con arreglo a las normas contables de aplicación y por otra parte cuál haya sido el circuito real en el que se hayan producido los flujos dinerarios o las transacciones económicas en análisis.

Pero es que desde el punto de vista jurisdiccional es copiosa la doctrina de nuestro Tribunal Supremo pronunciándose de forma favorable acerca de la admisibilidad de la labor de auxilio de los funcionarios de la Agencia Tributaria, a cuya objetividad nos referimos de forma expresa en otro apartado de esta misma resolución.

En la **STS de 28 de octubre de 1997** conocido como “Caso Filesa” el Tribunal se pronuncia especialmente sobre la validez de una actividad que no es ya de dictamen, sino de puro asesoramiento y auxilio, pues (dice la propia Sentencia) “los peritos de Hacienda, asistentes de la Comisión Judicial que realizó los registros, actuaron conjuntamente con ésta “para aclarar el circuito financiero de las operaciones económicas objeto de investigación en esta causa especial”, tal y como elocuentemente señaló el Instructor en Auto de 11

de noviembre de 1992 cuando rechazó la nulidad de actuaciones que la representación jurídica de alguno de los acusados solicitó”. **El Alto Tribunal sostiene claramente la legalidad de tal proceder: “Es así pues que si dicha comisión se encuentra asistida con la presencia de peritos contables o mercantiles, según previo acuerdo judicial, es indudable que los mismos pueden realizar las tareas propias de la gestión a ellos concerniente porque por eso acompañan al Juzgado, no de una manera estática o anodina sino con participación activa, que en eso ha de consistir la lógica interpretación del verbo acompañar. Tales peritos, altamente cualificados, actuaron según el Instructor “con facilidad, eficacia, sigilo y respeto máximo a los derechos de los afectados”, en clara contradicción a lo manifestado por algunos de los interesados, cuestión en cualquier caso ajena a la validez constitucional de los registros (ver el Auto del Instructor de 11 noviembre de 1992 citado en otro lugar). Es sin embargo altamente ilustrativo cuanto se dice en los arts. 546, 573, 574, 575 y 577 de la Ley de Trámites Penal porque de algún modo justifican la intervención de los peritos a la hora de recoger papeles, libros de contabilidad y demás efectos relacionados con el presunto delito”.**

En la línea que se viene exponiendo, aunque en un marco diferente como es el de las diligencias de investigación de la Fiscalía, cabe señalar que **la Fiscalía Especial para la Represión de los Delitos Económicos relacionados con la Corrupción incorpora dos unidades de apoyo, una de la Agencia Tributaria y otra de la Intervención General del Estado**, cuyos integrantes además de sus funciones de asesoramiento de los Fiscales en materia contable, de gasto público, de contratación administrativa y de análisis financiero **están habilitados para “sugerir a los correspondientes Fiscales la práctica de determinadas diligencias, quienes valorarán su procedencia”**, tal y como resulta del Decreto del Fiscal Jefe de la Fiscalía Especial de 13-11-1997.

**De todo lo anterior puesto en relación con el apartado 16 de esta resolución relativo a los Peritos-Testigos de Hacienda, ha de concluirse que la cesión de datos recíprocamente suministrados por las Administraciones tendentes de forma exclusiva a la investigación de los delitos imputados no suponen, en modo alguno vulneración de los principios de legalidad y seguridad jurídica invocado por alguna de las defensas.**

## **27) Dilaciones indebidas**

Se invoca por una de las defensas las dilaciones indebidas sufridas en este procedimiento.

El contenido del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas está recogido en **el Art. 14-3 c) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York de 19 de Diciembre de 1966** que reconoce el derecho de toda persona acusada de un delito, a ser juzgada sin dilaciones indebidas. Por su parte, el **art. 6.1 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de 4 de noviembre de 1950** reconoce expresamente que toda persona tiene derecho a que su causa sea oída...dentro de un plazo razonable.

Derecho que es recogido **el art. 24 de nuestra Constitución** sin perjuicio, además de la aplicabilidad de tales preceptos internacionales vía arts. 10 y 96 de la propia Carta Magna.

Nuestro Tribunal Constitucional ya en Sentencia 223/1988 sentó que la frase **sin dilaciones indebidas** empleada por el art. 24.2 de la Constitución **expresa un concepto jurídico indeterminado cuyo contenido concreto debe ser obtenido mediante la aplicación a las circunstancias específicas de cada caso, de los criterios objetivos que sean congruentes con su enunciado genérico e identificar como tales, la complejidad del litigio, los márgenes ordinarios de duración de los litigios del mismo tipo, el interés que en aquél arriesga el demandante de amparo, su conducta procesal y la conducta de las Autoridades.**

Concepto que asimismo hay que poner **en relación, entre otros, con el hecho objetivo de que la tardanza no obedezca única y exclusivamente a la dolosa conducta de la parte recurrente, quien, mediante recursos abusivos o provocando injustificadas suspensiones del juicio ocasional el retraso anormal en la tramitación del procedimiento como establece la STEDH de 6 de mayo de 1981.**

Con independencia de estos y otros criterios que en su momento habrá de valorar la Sala a efectos atenuatorios, en su caso, y aceptando la invocación de dilaciones indebidas a efectos de cumplimentar requisitos jurisprudenciales, entiende la Sala que **no es esta una pretensión que constituya cuestión previa alguna, sino que será en sentencia donde el Tribunal se pronuncie sobre si el proceso se ha ajustado a los cánones admitidos por nuestros Altos Tribunales como garantía de un proceso sin dilaciones indebidas o si, por el contrario, se han producido estas últimas.**

## **28) Ausencia de Secretaria Judicial**

Por la dirección Letrada del Sr. Liétor Martínez se invoca la vulneración al derecho de un proceso con todas las garantías, por entender que **el Instructor le recibe declaración sin presencia del Secretario Judicial en ningún**

**momento y posteriormente firma.** Planteada aquí la cuestión, la Sala realiza las siguientes conclusiones.

La alegación del procesado de que en las declaraciones prestadas ante el Instructor no estuvo presente la Sra. Secretaria Judicial sino que esta firmaba después el Acta extendida, **es una mera alegación de parte no acreditada en modo alguno** y que resulta difícil de creer.

El artículo 404 en relación con el art. 321 ambos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal reseña que: “La diligencia se firmará por todos los que hubiesen intervenido en el acto, y se autorizará por el Secretario”. Las declaraciones las realiza el procesado a presencia del Sr. Instructor, del Ministerio Fiscal, Abogado de su libre elección y de la persona (para la Sala la Secretaria) que extiende el Acta o autoriza la extendida por la funcionaria habilitada al efecto.

**No resulta, pues, fácil de asumir que letrados tan cualificados como los personados en esta causa, desde el inicio de la misma, admitan y toleren que se realicen estas declaraciones sin la preceptiva presencia del Secretario Judicial, sin expresar la oportuna protesta o simplemente negándose los mismos a firmar el acta mientras su contenido no fuese averado por la fedataria judicial.**

Es más, el propio procesado y el mismo Letrado, por lo anteriormente reseñado, leerían el acta (art. 402 LECrim) y comprobarían la coincidencia entre lo declarado y lo transcrito en la misma, pues únicamente esa coincidencia justificaría la firma del documento en señal de conformidad con su contenido. Luego, en principio, no hay motivo alguno para dudar que la declaración del procesado se realizó en presencia de la Sra. Secretaria y que al concluir la misma se firmó por todos los asistentes el acta que documentaba tal declaración.

Pero es que, aún en el caso de que la Secretaria no hubiese estado presente en la declaración, tal circunstancia sin mayores connotaciones, no determina por sí la nulidad de la misma, pues para ello es preciso que tal ausencia haya provocado la indefensión de la parte.

Así **la Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 14-6-1999** que resuelve un caso en el que se había solicitado la nulidad de los actos en virtud de la ausencia de firma del Secretario Judicial establece: Si bien es cierto que asiste la razón a los recurrentes en cuanto a la necesidad de intervención del Secretario Judicial en diligencias sumariales como las realizadas, (declaraciones de los imputados), y en lo atinente a los posibles efectos

procésales de su ausencia, no es menos cierto que, de un lado, el defecto que podría dar lugar a la nulidad de actuaciones es la falta de intervención del Secretario Judicial en el acto, de otro, que este defecto sólo provocaría la nulidad de actuaciones en caso de haberse producido indefensión, y por último que la apreciación de la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, a un proceso con todas garantías y a la interdicción de la indefensión requiere la vulneración material de las garantías procesales consagradas en los preceptos constitucionales, **no siendo suficiente al efecto la constatación de meros defectos procesales que no ocasionan indefensión.**

Pues bien, en el caso examinado, ni el vicio procesal consistió en la no intervención del Secretario judicial en el acto, es decir, en su falta de presencia física en el momento en el que se realizó, sino en la omisión de la firma del acta por parte del mismo, ni puede entenderse que se haya producido indefensión de quienes fueron imputados y efectuaron declaraciones en dichos actos.

En primer término, como afirman las resoluciones judiciales impugnadas, carece de credibilidad la falta de presencia del Secretario judicial en los actos, pues si se hubiera producido, se habría hecho constar este vicio en el acta, dado que éstos se verificaron en presencia del Juez y de los Letrados de la defensa.

En segundo término, **ni siquiera en la hipótesis de aceptar la inexistencia de intervención del Secretario judicial, este defecto sería determinante para admitir la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías.** Si “indefensión constitucionalmente relevante no tiene lugar siempre que se vulneren cualesquiera normas procesales, sino sólo cuando con esa vulneración se aparejan consecuencias prácticas consistentes en la privación del derecho de defensa y a en perjuicio real y efectivo de los intereses del afectado por ellas” (por todas, STC 48/1986) hay que concluir que no existió indefensión en el caso examinado, **pues no se produjo una minoración de las posibilidades esenciales de defensa de los recurrentes.**

La presencia de los Letrados elegidos por los recurrentes en los actos de imputación, realizados en presencia del Juez constituye, en primer lugar, garantía de respeto de los derechos constitucionales de los recurrentes, incluidos sus derechos de defensa en el propio acto de inculpación y en las declaraciones efectuadas en el mismo; en segundo lugar, en la medida en que su presencia les permitió conocer todos los extremos tanto de la inculpación como de las declaraciones de los recurrentes, ello representaría, en principio también, garantía respecto del ejercicio de sus derechos de defensa en las fases procesales subsiguientes, en las que, además, pudieron alegar todo

cuanto a su defensa convino; y por último, y no menos relevante, es garantía de que los Letrados pudieron comprobar la fidelidad de lo transcrito en el acta cuando ésta se les presentó a la firma al finalizar el acto, y de que, por tanto, es cierta tanto la existencia de los actos como la intervención del Secretario judicial en los mismos”.

Tal doctrina resulta plenamente aplicable al caso Malaya. Aún y cuando la Secretaria Judicial no hubiere estado presente en algunas declaraciones, ante la avalancha de actuaciones procesales que se realizaron esos días iniciales, hemos de concluir que la presencia de los letrados de libre designación de los procesados en las declaraciones de estos, les permitió conocer las imputaciones que se le realizaban a los mismos, intervenir en las declaraciones formulando las preguntas que tuvieren por conveniente y comprobar personalmente, tanto el letrado como el propio acusado, la fidelidad de lo transcrito en el acta con el contenido de la declaración cuando se le presentó la misma a la firma, lo que hicieron sin objeción alguna. Por lo que entiende la Sala que, en principio y salvo lo que pudiera acreditarse en el plenario, no se ha producido indefensión alguna.

## **29 ) Falta de foliación**

Conforme a consolidada doctrina de nuestros Altos Tribunales en interpretación del art. 574 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, los Instrumentos y efectos del delito que el Juez ( o la Autoridad o Agente de la Policía Judicial en que aquél haya delegado STS 22-11-01) recoja o mande recoger, **deberán ser sellados, foliados y rubricados por el Secretario Judicial los libros, papeles y documentos que sean habidos en el registro**, constituyendo una infracción procesal la falta de tales diligencias en los mismos. **Pero para que pueda pensarse en una nulidad de actuaciones derivada de esa falta de foliado y sellado es preciso que tal circunstancia hubiera producido indefensión en el encausado**, según exige el art. 238 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, tal y como reseña la **STS 4-12-1998**.

En el mismo **sentido la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 21 de febrero del 2005** establece que: “ el artículo 574 LECrim., referido a la ejecución de la diligencia de entrada y registro en lugar cerrado, señala que el Juez recogerá los instrumentos y efectos del delito, y podrá recoger también los libros papeles o cualesquiera otras cosas que se hubiesen encontrado, si esto fuere necesario para el resultado del sumario , añadiendo, indudablemente en garantía del imputado, “los libros y papeles que se recojan serán foliados, sellados y rubricados en todos sus hojas por el Juez, por el Secretario, por el interesado y los que hagan sus veces, y por las demás personas que hayan asistido al registro”. Se trata con ello de identificar los documentos o papeles

hallados que son objeto de incautación con la finalidad de garantizar la integridad del material probatorio que se incorpora al sumario.

Ahora bien, **la infracción de la legalidad procesal ordinaria sólo genera la nulidad de la diligencia en la que se haya producido cuando material y positivamente haya supuesto para el imputado indefensión o merma real de sus posibilidades de defensa.** Se trata de la perspectiva constitucional del sistema de garantías procesales establecido por el legislador ordinario. **La omisión de tales requisitos podrá dar lugar a otras medidas, pero no acarrea la nulidad de la diligencia por vulneración del artículo 24 C.E., sino sólo en el caso del 238.3 L.O.P.J., es decir, cuando se prescinda total y absolutamente de las normas esenciales del procedimiento establecidas por la Ley o con infracción de los principios de audiencia, asistencia y defensa, siempre que efectivamente se haya producido indefensión,** lo que no sucede en el presente caso por cuanto en el desarrollo del motivo no se enumera un sólo documento añadido o espurio.

Además, **la fuente de la prueba** no sólo está constituida por el conjunto de documentos incautados sino por otros medios, principalmente, **la declaración de los perjudicados** que justifican también la existencia de la documentación en poder de la recurrente. Por ello, no afecta a la validez de las pruebas obtenidas la omisión de la formalidad denunciada, especialmente el informe del Inspector de Finanzas del Estado sobre el contenido de los documentos intervenidos. En todo caso, la defensa de la acusada ha podido impugnarlo y cuestionar la integridad de los documentos tenidos en cuenta por el mismo.

**El A.T.C. 349/88,** en relación con la cuestión que se suscita en este apartado, tras sentar que no toda infracción procesal constituye vulneración del artículo 24 C.E., declara “... **Menos entidad tiene aún la eventual carencia de foliación, sello y rúbrica de las hojas de libros y papeles que sólo pueden tener el valor de un requisito formal en orden a acreditar la identidad de los intervenidos, pero que ni siquiera es imprescindible a estos fines si se logra por otros medios** “.

Y en el presente Caso Malaya la incautación de documentación fue masiva y ,además, simultánea en el tiempo y en distintos domicilios y despachos, hasta el punto de que tuvieron que colaborar en tales delegaciones los Secretarios Judiciales pertenecientes a otros Juzgados de Marbella, compadeciéndose todo ello mal con la necesidad de foliado y sellado de la ingente documentación intervenida, diligencias estas últimas que aún vienen realizando determinados funcionarios judiciales por delegación y bajo la supervisión del Secretario Judicial.

**Pero es que, además, ninguna indefensión material concreta se ha alegado y menos aún se ha acreditado, más allá de la mera alegación formal de la citada irregularidad procesal, que por sí sóla, como queda dicho, no conlleva indefensión alguna.**

### **30) Sistema de bridas**

Íntimamente relacionado con el problema de foliado y sellado al que hemos hecho referencia, está la alegación de vulneración de normas procesales y solicitud de nulidad del sistema de recogida de documentos realizada tras la diligencia de entrada y registro en domicilios y despachos profesionales.

En este tipo de **macroprocesos** en los que en una escasa secuencia temporal se realizan numerosos registros y se llevan a cabo numerosas detenciones, y en los que, además, se intervienen en aquellos ingentes cantidades de documentos, objetos, efectos y elementos informáticos, **se ha generalizado el empleo de bridas en las que se recoge la referida documentación que por su volumen impide su foliación y sellado inmediato.**

**El sistema de bridas ha sido utilizado en numerosas ocasiones por la Audiencia Nacional y validado por el Tribunal Supremo.**

La brida tiene un **número de referencia** que es recogido en el acta extendida por el Sr. Secretario. En el caso Malaya existe **una relación** de cerca de 500 folios extendida por la Sra. Secretaria del Juzgado de Instrucción número 5 de Marbella relacionando el contenido de cada una de esas bridas. Relación que ha sido trasladada a las partes mediante la entrega del CD correspondiente y que sirve de **guía correcta para el análisis de todas las bridas.** Y ello con independencia de que tras la entrega del último DVD con 110.000 documentos, se está acabando de confeccionar otro más con el resto de todos los documentos de este sumario íntegramente escaneado, además de con las pruebas pedidas por las partes y que ya hayan sido practicadas.

**De todo ello se desprende la absoluta legalidad de la brida, numerada y en su momento abierta bajo la fe pública del Secretario Judicial.**

La mera alegación de una de las partes, de que se podían haber extraído documentos de las bridas, es una mera hipótesis, sin constatación fáctica alguna.

### **31) Extravío de 5000 folios**

Por alguna de las defensas se invoca la nulidad de todas las actuaciones por haberse extraviado 5000 folios del sumario. Nada mas lejos de la realidad.

**Examinadas detenidamente las actuaciones** se observa que al finalizar el tomo 183 de las mismas en el folio 51156, se inicia el Tomo 184 con el folio 56156 A, es decir, se produce un salto en la numeración de 5000 folios exactamente.

**Se trata de un mero error en la foliación de los documentos, sin que haya evidencia alguna de extravío, como resulta:**

- **La secuencia temporal** existente entre ambos folios y los anteriores y posteriores de ambos tomos, sin salto de fechas que pudieran justificar la existencia nada más que de 5000 folios en los que se recogerían numerosas actuaciones correspondientes a fechas muy distintas de la inicial.

- El propio número de folios saltados (en un **número redondo**) difícilmente encuadrable en una real perdida de documentos que de haber existido sería difícil que coincidiera con número tan redondo.

- **La no aparición** de ni un solo folio de esos supuestos 5000 **traspapelado** en alguno de los otros tomos de la causa.

- **En todo caso, lleva razón el Ministerio fiscal cuando afirma que ninguna de las acusaciones se ha basado en unos inexistentes folios, y ninguna de las defensas lo ha echado en falta.**

**Simplemente porque existente, porque es un mero error en la numeración**, por lo que el Tribunal así lo entiende y declara a todos los efectos pertinentes, como algún otro que habrá podido producirse ante los cientos de miles de documentos a foliar y organizar.

**Del mismo modo ninguna eficacia a efectos de nulidad tiene la alegación de que faltan 217 folios entre el final del tomo 56 e inicio del Tomo 57**, existiendo una diligencia de constancia en el primer tomo citado, de fecha 13 de diciembre de 2007 en la que se especifica que **en cumplimiento de lo acordado en auto de fecha de hoy se procede al desglose de los folios 16.588 a 16.804 del presente tomo 56**. Tales folios se correspondían con unas diligencias previas seguidas por un Juzgado de Instrucción de Murcia contra el Sr. Roca, declaradas secretas, y que no guardaban relación con el caso Malaya, por lo que se mantuvo el secreto acordado, se desglosaron las actuaciones y se remitieron al Juzgado de referencia.

### **32) Nulidad documentación que no haya podido ser examinada**

Como se ha dicho en el apartado anterior:

Se ha entregado a las partes la totalidad de la documentación obrante en las actuaciones del Caso Malaya debidamente digitalizada, a través de los elementos informáticos reseñados.

Las partes han tenido a su disposición durante meses todas las actuaciones en la Secretaría de la Sala en donde han sido consultadas por numerosos Letrados, Procuradores e incluso por los propios procesados.

Se ha aclarado que no faltan en las actuaciones los 5000 folios saltados por un mero error de numeración.

En consecuencia, no hay nulidad alguna que se pueda invocar por esta causa.

### **33) Todas las actuaciones.-**

Reitera la dirección técnica del Sr. Liétor que no se le ha entregado el contenido íntegro de las actuaciones y que, además, estas se le debían haber entregado en su totalidad originales o cuando menos fotocopia.

Esta cuestión ya ha sido tratada y resuelta por la Sala en diversas resoluciones en las que se dijo literalmente:

**A)** Se invoca por el Sr. Letrado que **no se ha entregado a las partes todas las actuaciones**, y que el “pendrive” entregado a las representaciones procesales y direcciones técnicas de los procesados, no contiene el procedimiento íntegro. Y es cierto.

A tales representaciones procesales **se les ha entregado:**

**-Un pendrive con la mayor parte de las actuaciones digitalizadas.**

**-Un DVD con otros 40.000 folios digitalizados, y**

**-Un CD conteniendo dos resúmenes-guías realizados por la Sra. Secretaria Judicial del Juzgado de Instrucción nº 5 de Marbella referente a las piezas de convicción y restante documentación no incluida en los anteriores elementos informáticos.**

**-Además se les ha comunicado que tienen a su disposición en las dependencias de la Sección Primera de la Audiencia Provincial para**

**consulta todas las actuaciones de este procedimiento, habiéndose habilitado para ello el lugar adecuado a tales efectos, pudiendo consultar las mismas y obtener cuantas fotocopias interesen a su derecho.**

Sin duda, sería deseable que el procedimiento estuviese íntegramente informatizado, pero las **limitaciones presupuestarias y personales** son una realidad social incuestionable, y no puede negarse el esfuerzo realizado en tal sentido por la Administración Autonómica como resulta de la labor informática realizada y la adecuación de Sala de Audiencia y de Prensa realizadas.

Por otro lado, **no se puede exigir como pretende el Sr. Letrado “el traslado material, físico no fotocopiado de todas las actuaciones y piezas de convicción, no fotocopias”**. Por eso, en la reseñada reunión se dijo:

“Lo mismo cabe predicar respecto de la **comunicación y devolución** de la causa a las partes, trámite que evidentemente, no puede entenderse como **entrega material de la causa**.

Piénsese que la misma consta de cerca de **200 tomos**, más numerosas piezas de convicción, que fueron trasladadas desde el Juzgado de Instrucción a la Sala en **dos camiones** escoltados por la Guardia Civil, y que han sido depositados en una dependencia de este edificio de más de 60 metros cuadrados y debidamente custodiados.

Tales circunstancias hacen **imposible el traslado material** de las actuaciones a las partes.

De ahí que se les vaya a hacer entrega de un **pendrive** dotado de motor de búsqueda y que puede ser editable, a cada una de las representaciones legales de los procesados, con todas las actuaciones debidamente digitalizadas para facilitar la labor de las mismas.

Y ello, sin perjuicio, claro está, de que las partes puedan examinar materialmente **en Secretaría**, aquellos documentos o actuaciones concretas que deseen.”

Si el traslado físico como vemos es imposible, la entrega fotocopiada de resto de la documentación y piezas de convicción, de las que se ha entregado a las partes un DVD con el citado resumen-guia (de 600 folios el resumen), supondría el fotocopiado de miles de folios multiplicado por 116 representaciones procesales lo que supondría **millones de fotocopias**, tarea imposible de realizar con los medios personales y materiales de que disponemos, e innecesaria ya que entre la documental se recogen numerosos

documentos reiteradamente repetidos y otros referentes a acuerdos de plenos y actuaciones municipales que no guardan relación con los hechos enjuiciados.

La Sala reconoce que es molesto el tener que desplazarse a las dependencias judiciales para examinar los documentos concretos previamente seleccionados en los resúmenes-guía reseñados. Pero así lo están haciendo diariamente numerosos letrados que en las mesas a ellos reservadas están examinando las actuaciones y fotocopiando los que les interesan. Incluso días antes solicitan que los tengan preparados, en horario de trabajo de 8 h. a 15 h., sin que se haya producido la acumulación de 90 letrados el mismo día que algunas partes han expuesto como inconveniente insalvable.

Este sistema encuentra respaldo jurisprudencial. Así la STS de 16 de octubre de 1997 dice textualmente:

**“El lapso de tiempo transcurrido entre la calificación provisional del MF y la calificación del primero de los acusados que evacuó el correspondiente trámite -al demandar la mayor diligencia por parte del Tribunal en orden a evitar ulteriores dilaciones indebidas- puede considerarse causa justificada y proporcional para acordar el trámite simultáneo para la calificación provisional de los restantes acusados, con la simple puesta a su disposición de las actuaciones en las dependencias judiciales, donde, sin la menor duda, sus defensores pudieron examinarlas y obtener las copias que hubieran estimado precisas en orden a poder formular las correspondientes alegaciones defensivas y proponer las correspondientes pruebas al mismo objeto. Ello pone de manifiesto, de forma incontestable, que no es posible alegar ningún tipo de indefensión en sentido material y, por consiguiente, en la esfera constitucional de los derechos fundamentales cuya vulneración se denuncia en este motivo”**

Por todo ello entiende la Sala que **no se ha producido indefensión alguna** que pueda justificar la declaración de nulidad interesada, pues sabido es que no basta con la mera existencia de una mera infracción procesal para que se deba apreciar una situación de real indefensión. Y desde luego, no basta con invocarla para que sea necesario reconocerla: **No existe indefensión con relevancia constitucional, ni tampoco con relevancia procesal, cuando, aún concurriendo alguna irregularidad no se llega a producir efectivo y real menoscabo del derecho defensa con el consiguiente perjuicio real y efectivo para los intereses de la parte afectada. (SSTS 16-1-95 y 24-1-95).**

**Así pues, teniendo las partes la posibilidad de seguir instruyéndose incluso una vez presentados los escritos de las acusaciones y, de otro**

lado, disponiendo de los elementos informáticos reseñados y el libre acceso en Secretaría a todas las actuaciones, con la consiguiente posibilidad de acceso a las fotocopias de documentos concretos que interese, es visto que no cabe hablar en modo alguno de indefensión.”

**B) No son ciertas las alegaciones del recurrente en el sentido de que no se le ha permitido instruirse de la causa en Secretaría.** Como el mismo reconoce se ha desplazado en diversas ocasiones a las dependencias judiciales, examinando cuantos tomos y documentos ha solicitado. En alguna ocasión ha venido acompañado de Letrado, de Procurador y otras veces solo.

Tras pedir que se le exhibiera toda la causa, **le fueron puestos a su disposición, según sus propias palabras en el escrito de recurso, “ los diez primeros tomos y posteriormente otros y luego otros, y mas tarde otros, hasta el tomo 95, así como también otros cuantos tomos más, que estaban en un armario allí mismo”.**

Al día siguiente pidió que le dejaran examinar las actuaciones “ **con posterioridad a las 14:00 horas**, contestándole ( según él ) el Sr. Secretario que no; que eso era imposible, que el horario permitido es de lunes a viernes de 9:00 a 14:00 horas.

Al acabar le dijo a las funcionarias que “volvería el día siguiente a fin de observar otros cuantos cajones más y que se los subieran del búnquer”. Y asimismo **le siguieron ofreciendo tomos los días en que el Sr. Liétor compareció en las dependencias judiciales.**

**La Sala comprende el esfuerzo físico, material, profesional, laboral y económico que tienen que realizar el Sr. Liétor y su letrado al tener que desplazarse desde Madrid, ciudad en la que residen, pero no puede hacer nada mas que tenerle preparadas todas las actuaciones que solicite con un día de antelación para facilitarle tan ardua tarea.**

Por el contrario, **no comparte su afirmación de que haya tenido que examinar las actuaciones “ de pie , sin medios, ni acomodación alguna en un pasillo de las dependencias abarrotadas de la Secretaría de ese Tribunal”.**

No es así, las mesas habilitadas para tal menester y el lugar donde se encuentra son las que habitualmente utilizan los Sres funcionarios del Juzgado para realizar su trabajo con toda dignidad y decoro. Concretamente la mesa que utilizaba el Sr. Liétor y el lugar en que está ubicada, es la que

corresponderá en su momento a la Sra. Secretaria Judicial que actúe durante la celebración del Caso Malaya.

**C) Que el Sr. Liétor Martínez al tener sus residencia en Madrid le ha sido dificultosa y onerosa la instrucción, lo comprendemos perfectamente, pero la Sala no puede solucionar tal problema.**

Para el examen de las actuaciones el Tribunal ha ofrecido al Sr. Liétor Martínez, y a los restantes Letrados y Procuradores, las dependencias de que dispone en esta Ciudad de la Justicia.

**Considera el Sr. Liétor que “ las actuaciones han de ser examinadas en un pasillo, con sitio para una sola persona sentada en un trozo de mesa compartida, sin ninguna comodidad ni facilidad de ninguna clase, no obstante la corrección de los funcionarios.”**

**Sr. Liétor le hemos ofrecido lo que tenemos; tales instalaciones que a Ud., no le parecen adecuadas son las que día a día utilizan con toda dignidad los Sres . funcionarios de esta Sección Primera de la Audiencia, y en concreto esas mesas y ese “pasillo “ por Ud., utilizado es el que va a estar destinado al Sr. o Sra. Secretaria que sea nombrada para la celebración de este juicio sumario numero 7/07 del Juzgado de Instrucción numero 5 de Marbella.**

La Sala admite con todo respeto las quejas y críticas que realiza la representación procesal del Sr. Liétor sobre las dificultades que conlleva la preparación de un macroproceso como este para las defensas, pero podemos asegurarle que **ponemos todo nuestro empeño en facilitar estas tareas a la defensas, dentro de las limitaciones a las que ya hemos hecho referencia en numerosas ocasiones.**

**D) LA INFORMACIÓN SOLICITADA POR EL SR. LIÉTOR MARTÍNEZ ES LA SIGUIENTE:**

- Número de tomos: El número de tomos, en total 186, aparecen escaneados y recogidos en el Pendrive.
- Piezas Separadas del Sumario: En el Juzgado de Instrucción nº 5 de Marbella se formaron las siguientes piezas:
- Pieza 7.1, que fue incorporada a los autos principales Tomos 128 y 131, acordado en auto de fecha 14/09/2007.

-Pieza 7.4, compuesta por 8 tomos, que fueron entregados en el Pendrive.

-Pieza 7.5/08, desglosada del Sumario en Tomos 140 y 141, de la cual se incoan Diligencias Previas en el Juzgado de Instrucción nº 5 de Marbella.

-Pieza 7.6/08, compuesta de 3 tomos, y entregados en el Pendrive y posteriormente en Cd.

-Pieza 7.8/08, compuesta de 3 tomos, y entregados en el Pendrive.

-Pieza 7.10/08, compuesta de 1 tomo, acordando su formación por el Juzgado de Instrucción nº 5 de Marbella, en providencia de fecha 19/12/08, el cual se encuentra a disposición de las partes en la Secretaría de esta oficina judicial.

-Pieza 7.11/09, compuesta por 2 tomos, y entregados en CD.

-Pieza con testimonio del cotejo de escuchas telefónicas, la cual se acordó su formación en el Juzgado de Instrucción nº 5 de Marbella mediante Auto con fecha 08/11/07 encontrándose a disposición de las partes en la Secretaría de esta Oficina Judicial.

-Pieza de documentación compuesta de 26 tomos, relacionados con documentación contable de sociedades, documentación de Aifos, Edificaciones Tifán, Construcción Salamanca, y otros., entregadas digitalizadas.

-Pieza de documentación compuesta por 48 tomos, referente a diligencias acordadas en auto de 12/12/08, entregadas digitalizadas.

-143 tomos de notificaciones.

- Piezas de situación personal de todos los procesados.

-Piezas de responsabilidad civil que se encontraban terminadas en el momento de remisión de la causa.

-Piezas de administración de sociedades pertenecientes a D. Antonio Roca y a D. Pedro Román.

Piezas de convicción:

Referente al número de piezas de convicción que pertenecen a esta

causa, esta Sala entregó un Cd en el que incluía un informe realizado por la Secretaria del Juzgado de Instrucción nº 5 de Marbella, conteniendo todas las piezas de convicción, documentación intervenida, bridas y soportes informáticos.

Digitalización entregada: Mediante Pendrive, Cds y DVD.

- Autos principales 186 tomos.
- Documentación intervenida en los registros de Madrid, que consta de 102 cajas.
- Piezas de convicción B155/08-156/08-157/08-158/08-159/08-160/08-162/08-179/08-181/08-182/08 y 186/08.
- Documentación formada por 48 tomos, referentes a diligencias acordadas en auto de 12/12/08.
- Piezas separadas: 7.1/08, 7.4/08, 7.6/08, 7.8/08 y 7.11/09.

Ballena Blanca.

- Las bridas de documentos pertenecientes a la causa "Ballena Blanca", se acordó su traslado a Sección 2ª en Diligencia de Ordenación de fecha 20/05/10, constándonos la notificación a su procurada con fecha 21/05/10.

Folios no numerados

Los folios no numerados que constan en el tomo 186 de los autos principales son: Comisiones rogatorias, auto resolviendo recurso de apelación contra auto de 18/07/07 y escrito de D. Jaime Hachuel, encontrándose todo en esta Secretaria Judicial a disposición de todas las partes.

Documentos que han sido remitidos por el Juzgado de Instrucción nº 5 de Marbella son los anteriores.

El resto de documentación no escaneada se encuentra a disposición judicial de las partes en la Secretaría de esta Oficina Judicial.

E) A todo lo anterior ha de añadirse ahora que en fecha 26 de Octubre del 2010, al concluir el trámite de cuestiones previas, la Sala entregó a todos las partes un nuevo DVD con 110.000 folios en los que se recogían ya escaneados gran parte de las piezas separadas.

Antes del inicio del juicio oral el Tribunal entregará a las partes el resto de documentación de estas piezas debidamente escaneadas, así como las pruebas solicitadas por las partes que ya hayan sido cumplimentadas, también debidamente digitalizadas.

### 34) Inconcreción de las acusaciones

Se alega por algunas defensas, entre ellas las del Sr. Sánchez, que la inconcreción de los escritos de acusación le impiden el ejercicio del derecho de defensa, criterio que no es compartido por este Tribunal por las siguientes consideraciones.

Ciertamente, como señala la STS de 4 de marzo de 2009 y como ya ha reconocido esta Sala en otros ordinales de esta misma resolución., **una de las más importantes manifestaciones del principio acusatorio es la del derecho a ser informado de la acusación que garantiza el art. 24.2 C.E., y que exige el conocimiento de aquélla (tanto referida a los hechos que se imputan como a la calificación jurídico-penal atribuida a los mismos)** facilitado por los acusadores y por los órganos jurisdiccionales ante los que el proceso se sustancia, y su función y esencia radica en **impedir un proceso penal inquisitivo** que no se compadece con un sistema de derechos fundamentales y libertades públicas, proscribiendo, en consecuencia, la situación de quien se sabe sometido a un proceso pero ignora de qué se le acusa, y que comprende también la necesidad de la congruencia entre la acusación y la condena, de modo que el juzgador no pierda su objetividad alterando de oficio los hechos o su calificación jurídica –excepto supuestos de homogeneidad delictiva- o imponga penas más graves de las solicitadas.

En esta línea, debe hacerse ver, que **el derecho a la información, como exigencia del principio de contradicción (“audiatur et altera pars”), precisa no sólo el pleno conocimiento de los hechos y del derecho por la acusación articulada para poder el acusado adecuadamente defenderse, sino también que el pronunciamiento judicial se formule sobre tales extremos, en cualquier caso en el ámbito establecido por las conclusiones. Pero el que el Tribunal no pueda extender su juicio a nuevos, hechos no objeto de calificación acusatoria, no implica que el relato fáctico tenga que ser exhaustivo, es decir, que no se requiere un relato minucioso y detallado (Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de abril de 1995), o por así decirlo pormenorizado, siempre que los hechos “supuestamente nuevos” aparezcan comprendidos de algún modo en las investigaciones, en la prueba, y en las mismas calificaciones, tal y como aquí ocurre. No ha lugar a reclamación si el acusado conoció en todo momento los hechos básicos objeto de la acusación, que fueron sometidos a la pertinente prueba, y si los jueces se atuvieron a los**

**mismos aunque formalmente no aparecieran en la calificación, porque las exigencias de principio acusatorio son materiales más que formales.**

En el caso presente, la censura casacional es absolutamente insostenible y debe ser desestimada.

**Basta la lectura del escrito de acusación, que como acusación pública extiende su imputación a todos los hechos de los que fueron víctimas las empresas de las acusaciones particulares, para verificar que los hechos que allí se describían no pueden ser tachados de “difusos”, ni se aprecia inconcreción en las conductas descritas y resultados de éstas, sino todo lo contrario, puesto que la primera de las conclusiones provisionales –destinada a exponer “los hechos punibles que resulten del sumario” (arts. 781 y 650 L.E.Cr.)- contiene una descripción a lo largo de cuatro densos folios en los que se determinan las operaciones delictivas realizadas por el acusado en unión de otros imputados a los que no se juzga por encontrarse en rebeldía”.**

**Y en el presente caso Malaya hemos de convenir, objetivamente hablando, que las acusaciones han presentado unos escritos de calificación provisional extensísimos, densos y detallados dentro de la complejidad de la causa, gran cantidad de conductas supuestamente delictivas y en ocasiones interrelacionadas entre sí.**

Reseñaba la Sentencia del Tribunal Supremo parcialmente transcrita que no se requiere que el relato fáctico tenga que ser exhaustivo, es decir, un relato minucioso y detallado o pormenorizado, porque las exigencias del principio acusatorio son materiales, más que formales.

Pues bien, analizando detenidamente los escritos de calificación provisional presentados tanto por la Acusación pública, como por las privadas, **entiende la Sala respectivamente que dichos escritos cumplen los cánones reseñados, permitiendo a las defensas conocer, con la certeza suficiente, los hechos concretos que se les imputan, su carácter supuestamente delictivo y la tipificación penal en que las incardinan las acusaciones.**

**Para ello basta con ver los escritos de defensa y los razonamientos argumentados en las densas exposiciones realizadas por los Sres. Letrados en la fase de cuestiones previas autorizada por la Sala, para comprobar que las mismas disponen de la información necesaria para enfrentarse a la fase del juicio oral con plenas garantías de defensa.**

### 35) Acusaciones sorprendivas

Son numerosas las defensas que han señalado que algunas de las acusaciones contenidas ahora en los escritos de acusación son sorprendivas, refiriéndose a que no habían sido recogidas en los Autos de procesamiento, ni se les había recibido declaración a sus patrocinados acerca de la supuesta comisión de estos nuevos delitos ahora imputados.

A) Sobre esta cuestión, hemos de decir que ya en los Autos resolutorios de los recursos interpuestos contra los Autos de procesamiento la Sala al tratar sobre la naturaleza y efectos de este tipo de Autos dijo lo siguiente:

La doctrina del Tribunal Supremo –ad exemplum SSTs de 12 Ene. 1989, 12 Jun. 1990, 5 Mar., 20 May. 1991 y 25 Mar. 1994- con referencias a las Sentencias del Tribunal Constitucional 146/1983, 324/1982 y 340/1985, ha declarado con reiteración que el procesamiento no supone aún ejercicio de la acción penal y por ello no está precisado de verificar una calificación exhaustiva y precluyente, como se desprende con toda claridad tanto de la propia Exposición de Motivos de la LECrim., como de la doctrina del Tribunal Constitucional y de la Sala Segunda de aquel Tribunal. La acusación de la que hay que defenderse en el Juicio se produce por la calificación, no por el procesamiento, mero presupuesto para acceder a la otra fase. El auto de procesamiento no es asimilable al acta de acusación, dado que ello atentaría al principio acusatorio formal que rige en nuestro ordenamiento jurídico penal. El relato de hechos, y la subsunción de dichos hechos realizada en el mismo no vincula en absoluto a las partes acusadoras en sus escritos de calificación, ni tampoco al Tribunal de la causa, ni por ello ha de estimarse quebrantado aquel principio acusatorio –STS de 12 Ene. 1989-, dado que ni el procesamiento ni la calificación provisional vinculan de manera absoluta a dicho Tribunal –STS de 7 Sep. 1989.

B) A mayor abundamiento: La Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 20 de Mayo de 2009 es categórica en este sentido:

El Tribunal Supremo tiene declarado en STS de fecha 29/12/1991, entre otras muchas posteriores, en donde se dice que según la doctrina jurisprudencial, el auto de procesamiento no fija definitivamente el “thema decidendi”, ya que éste queda delimitado en el acto de la acusación tanto del Fiscal como de las acusaciones particulares, puesto que es entonces cuando realmente se ejercita la acción penal contra el imputado (Sentencia de 12 de junio de 1990), de tal modo que el relato de hechos inserto en el auto de procesamiento no puede siquiera vincular a las partes acusadoras a la hora de formular sus escritos de calificación. O la STS 12 de febrero de 1992: “es reiterada la doctrina jurisprudencial que afirma que el alcance del Auto de

procesamiento por su naturaleza provisional y cautelar no vincula ni a la Acusación, ni al Tribunal sentenciador”. O bien la STS 25 de marzo de 1994: “ la actividad instructora es de eminente carácter cautelar, pues está destinada a la preparación del juicio, y no presenta un carácter definitivo... Si la primera imputación, la determinante de la incoación del procedimiento fuera intangible, resultaría innecesaria, no sólo la etapa sumarial o instructora, sino las posteriores, y no podría investigarse delito alguno en la plenitud de datos y de circunstancias. Añade que la doctrina de este Tribunal y del Tribunal Constitucional ha declarado con reiteración que el procesamiento no supone aún ejercicio de la acción penal y por ello no está procesado de verificar una calificación exhaustiva y precluyente, como se desprende con toda claridad en la propia Exposición de Motivos de la centenaria Ley de Enjuiciamiento Criminal. La acusación de la que hay que defenderse en el juicio se produce por la calificación, no por el procesamiento, mero presupuesto para acceder a la otra fase y no requerido en todos los procedimientos penales.

C) Sentado, pues, lo anterior, es decir, que es el escrito de calificación provisional ( y no el auto de procesamiento) el que, en principio, vincula a las partes y centra el objeto del proceso, y en, consecuencia, que no puede hablarse de acusaciones sorpresivas contenidas en el escrito de acusación provisional respecto al referido Auto de procesamiento, ha de darse un paso más y analizar las posibles modificaciones que puedan darse aún en trámite de calificaciones definitivas.

Según reiterada Jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo una modificación esencial de estas últimas infringe el principio acusatorio básico del proceso penal, porque el mismo impide que se traspase los límites de la acción, que queda acotada, en la calificación provisional, por los hechos que en ella se comprenden, y por las personas a quienes se imputen; y aunque en el de conclusiones definitivas – siempre y cuando se mantenga a ultranza la identidad esencial del hecho objeto de acusación- que es intocable – se puede variar, sin infringir la Ley, las modalidades del suceso, sus circunstancias, la participación de los encartados (como autores, cómplices, o encubridores), tipo de delito cometido y grados de ejecución, pues ningún sentido tendría, entonces, el trámite de modificación de conclusiones.

Esa correlación es lo verdaderamente importante a efectos de no vulnerar el principio acusatorio y es donde no podemos admitir acusaciones esta vez sí, sorpresivas.

Así el Tribunal Supremo ha declarado(STS 21/2007, de 19 de enero, 1216/2006, de 11 de diciembre de 2006), que “toda acusación ha de ser precisa y clara respecto del hecho y del delito por el que se formula, debiendo

la sentencia ser congruente con tal acusación, sin introducir ningún elemento nuevo del que no hubiera posibilidad de defenderse. En otras palabras, lo que quiere decirse es que los hechos por los que se acusa tienen que venir previamente determinados en el escrito de acusación provisional, sin que en la fase de juicio oral puedan proponerse otras variaciones que aquellas que no sean sustanciales respecto al hecho delictivo enjuiciado.

D) Un paso más: Es criterio plenamente consolidado en la producción jurisprudencial de esta Sala (SSTS, entre otras, de 30 de diciembre de 1992 y 8 de marzo de 1994), de que el verdadero instrumento procesal de la acusación es el escrito de conclusiones definitivas sobre cuyo contenido ha de resolverse en la sentencia y no sobre el de las provisionales, pues de entenderse lo contrario “privaría de sentido al artículo 732 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y haría inútil, además, la actividad probatoria practicada en el juicio oral”. Es cierto, sin embargo, que cuando se modifiquen las conclusiones provisionales, es necesario respetar los hechos objeto de la acusación y la identidad de las personas acusadas, pues de no hacerse así supondría conculcar el principio acusatorio.

E) Como corolario de todo lo anterior, y pese a los razonables argumentos de las defensas, entiende la Sala que no puede hablarse en este momento procesal de acusaciones sorpresivas ni pueden excluirse como dicen las partes los hechos que ellas consideran nuevos y que las acusaciones consideran que son meras y añadidas tipificaciones delictivas de los hechos a enjuiciar.

Entendiendo la Sala, por todo ello y en contra de lo interesado por alguna de las defensas, que no es función del Tribunal concretar los hechos imputados, excluyendo alguno de ellos y suplantando la labor que viene exclusivamente atribuida a las acusaciones, en virtud del principio acusatorio rector de todo proceso penal en nuestro ordenamiento jurídico.

### **36) Falta de legitimación del Ayuntamiento de Marbella**

Por alguna de las defensas y entre ellas la de los Sres Hoffmann y Astorqui, se ha alegado **la falta de legitimación activa del Ayuntamiento, que a su criterio solo podría interesar la declaración de responsabilidad civil.**

En palabras de Gimeno Sendra, podemos decir que **atendiendo a las normas que disciplinan la legitimación activa, las acciones penales se pueden dividir en dos grandes grupos: públicas y privadas.** Las acciones públicas, más conocidas por populares, son las que pueden ejercitar los ciudadanos cuando no resulten ofendidos por el delito, en tanto que las

privadas asisten exclusivamente a los titulares del bien o interés jurídico protegido por la norma penal infringida. Las acciones privadas, a su vez, se pueden dividir en dimanantes de un delito público o procedentes de un delito semipúblico o privado, en cuyo caso pueden denominarse *privadas exclusivas*, pues en ellas el ofendido ostenta el monopolio de la acción penal o, lo que es lo mismo, el derecho a la no perseguibilidad del delito.

En este ordinal, trataremos la viabilidad del Ayuntamiento como acusación particular, y en el siguiente la de la Junta de Andalucía como Acusación pública.

Examinemos, pues, los rasgos, los parámetros esenciales del ejercicio de la acción penal por parte del Acusador particular.

**a) Pueden actuar como tales las personas ofendidas o agraviadas por el hecho punible en su condición de titulares del bien jurídico protegido. También los perjudicados que experimenten las consecuencias negativas que se deriven de la comisión del delito. Ya sean personas físicas que gocen de la plenitud de los derechos civiles (art. 102.1º LECrim) o jurídicas formalmente constituidas.** Por los menores o incapaces actuarán quienes les representen legalmente y por las personas jurídicas lo harán sus representantes estatutarios. Están legitimados asimismo los grupos y asociaciones carentes de personalidad (sociedades irregulares, uniones sin personalidad, etc.), en la medida en que sean ofendidos o perjudicados por la conducta punible.

También lo están las **“las corporaciones, asociaciones y grupos que resulten afectados o que estén legalmente habilitados para su defensa y promoción”** (art. 7.3 LOPJ), en los casos en que el delito haya producido resultados masivos o afectado a un grupo determinado de personas (intoxicación masiva por aceite de colza adulterada), en la línea que se prevé en el art. 6.7º LEC que reconoce capacidad para ser parte en el proceso civil a **“Los grupos de consumidores o usuarios afectados** por un hecho dañoso, cuando los individuos que lo compongan estén determinados o sean fácilmente determinables”.

**b) La acusación particular puede ejercitarse respecto de cualquier delito perseguible de oficio.** En cuanto a los delitos semipúblicos –o semiprivados- es preciso que proceda a la denuncia de la persona legitimada para instar su persecución, pudiendo luego deducirse la acción penal por cualquiera que hubiera resultado asimismo ofendido o perjudicado. Sólo se excluyen de la acusación particular los delitos privados, en los que está previsto que intervenga únicamente acusador privado (art.104 LECrim).

**c) En cuanto los requisitos de tiempo y forma, la acusación puede sostenerse desde el inicio del proceso –incluso dando lugar al mismo– deduciendo querrela autorizada por abogado y contando con representación de procurador (art. 270, párrafo 1º LECrim). Pero cabe la incorporación al proceso ya iniciado tras la instrucción de derechos y el preceptivo ofrecimiento de acciones a que se refieren los arts. 109 y 110 LECrim, bastando en este caso escrito de personación, con abogado y procurador, sin necesidad de formular querrela como se prevé expresamente para el procedimiento abreviado por el art. 761.2º LECrim. La voluntad de la ley es la de facilitar la actuación en el proceso de ofendidos y perjudicados; por ello el art. 775 LECrim prescribe que en la primera comparecencia se instruirá al perjudicado de sus derechos y en particular del derecho a nombrar abogado. Instrucción de derechos que tras la reforma operada en la LECrim por la Ley 10/1992, de 30 de abril, también puede realizarla la Policía Judicial (art 771 LECrim). En cualquier estado de la causa –en fase de instrucción – en que se advierta que no se ha practicado la información de derechos, ésta se hará al perjudicado por el medios más rápido posible, incluso telegráficamente, haciéndole saber el derecho que le asiste de personarse en las actuaciones (art. 776.2 LECrim). La asistencia letrada , y la representación por medios de procurador le puede ser asignada de oficio, conforme al art. 118, párrafo 3º LECrim.**

**El momento preclusivo para constituirse en parte acusadora está representado por la emisión de los escritos de calificación provisional en el procedimiento ordinario (arts. 110 y 649 LECrim), o de acusación en el procedimiento abreviado (art 780.1 LECrim).**

**d) Su actuación en el proceso se equipara a la del Ministerio Fiscal, dependiendo del momento en que su personación haya tenido lugar. En consecuencia puede solicitar la práctica de diligencias, pedir la adopción de medidas cautelares, nombrar a su costa un perito, impugnar las resoluciones que se dicten, valorar el contenido de la instrucción, pedir la apertura del juicio oral, emitir escrito de acusación, participar en el juicio oral, impugnar la sentencia que se dicte, intervenir en la ejecutoria, etc. Únicamente le separa del Ministerio Fiscal el que no podrá participar en la práctica de determinadas diligencias, cuando la instrucción se hubiera declarado secreta. (art. 302 LECrim).**

En el presente Caso Malaya se ha admitido la intervención del Ayuntamiento de Marbella en calidad de Acusación particular pues como tal está personada en el proceso representada por Procurador y dirigida por Letrado, en una causa seguida por delitos de naturaleza pública, por lo que no

ve la Sala impedimento procesal alguno para admitir su intervención en tal concepto.

Admite la doctrina la **diferenciación** entre **ofendido por el delito** que es el titular del bien jurídico protegido por la norma bajo la cual la acción u omisión objeto del proceso se subsume, siendo el titular del bien jurídico lesionado o puesto en público por el delito. Y el **perjudicado por el delito** que es quien sufra alguna consecuencia dañosa del mismo, sin ser titular del bien jurídico protegido.

Al Ayuntamiento de Marbella se le podría negar la condición del ofendido por los delitos imputados en este procedimiento, pues ciertamente tal ente local no es titular del bien jurídico protegido en los variados tipos delictivos que se imputan. Pero la Sala no tiene la menor duda de que pueda ser considerado como perjudicado en el caso de que llegara a acreditarse en el plenario los hechos delictivos imputados a los procesados.

**Pues de acreditarse tales hechos, de ser ciertos, podría resultar que gran parte de los supuestos beneficiosos ilícitos que se atribuyen a los procesados derivaran de fondos económicos que pertenecieron al Ayuntamiento, al pueblo de Marbella, lo que supondría que el supuesto enriquecimiento ilícito de los procesados o al menos de algunos de ellos, hubiera ocasionado el consiguiente empobrecimiento de la población de Marbella, lo que justificaría a juicio de este Tribunal la actuación de la Corporación Municipal en defensa de los intereses de aquellos ciudadanos a los que representa.**

**Piénsese que la Corporación Municipal, el pueblo de Marbella, se encuentra seriamente endeudado, entre otros, con la Seguridad Social y con la Agencia Tributaria, por los préstamos que han tenido que solicitar para satisfacer los gastos ordinarios.**

Por eso, en el plenario habrá que dilucidar si ese quebranto económico que se dice sufrido por la ciudad se debe al correlativo enriquecimiento injusto e ilícito de los procesados y por consiguiente han existido los delitos de cohecho, malversación, blanqueo etc, que imputan las acusaciones. O sí por el contrario, tal quebranto económico derivaría exclusivamente de una mala gestión y administración de los fondos municipales por parte de los regidores del consistorio que en aquello época gobernaban.

**Por ello entiende la Sala que es claro que la Corporación Municipal, en la representación que ostenta de los ciudadanos de Marbella tiene**

**derecho a ser considerado como posible perjudicado y a defender los intereses de sus ciudadanos, interviniendo activamente en este proceso.**

### **37) La Junta de Andalucía como acusación popular:**

Las defensas de algunos procesados como los Sres. Falconieri y García Lebrón, entre otros, han negado la legitimación de la Junta de Andalucía como Acusación Popular y menos aún la facultad de solicitar responsabilidad civil.

#### **Acción popular.-**

La consecuencia más evidente del carácter público de la acción penal en el sistema procesal español, es que ésta puede ser ejercitada tratándose de delitos públicos ( perseguibles de oficio por tanto) por cualquier ciudadano español (art. 10, párrafo 2ª LECrim), sin necesidad de que éste haya sido ofendido ni perjudicado por el hecho punible, con lo que su legitimación para actuar en el proceso no surge de la lesión de algún bien jurídico afectado por el delito, sino de la propia norma jurídica habilitante que reviste rango constitucional (arts. 125 LECrim y 19.1 LOPJ).

Tienen capacidad procesal los **ciudadanos españoles** que gocen de la plenitud de derechos civiles, así como las personas jurídicas constituidas en forma, (STC 34/1994, de 31 de enero), de nacionalidad española. El art. 102 LECrim contempla las prohibiciones generales de ejercicio mientras que el art. 103 recoge una serie de prohibiciones por razón de parentesco.

La acusación popular puede ejercerse **solamente en los casos de delitos públicos**, se excluyen los semipúblicos y los privados.

Tiempo y forma de ejercicio. El momento preclusivo **coincide con la emisión de las calificaciones provisionales, en el procedimiento ordinario**, o los escritos de acusación, en el procedimiento abreviado.

Ha de efectuarse **mediante querrela**, en todo caso, con prestación de fianza de la clase y cuantía que el Juez señale para responder de las resultas del juicio (art. 280 LECrim). El requisito de la fianza ha sido declarado conforme a la Constitución (STC 147/1985, de 29 de octubre), si bien que debe ser proporcionada al caso de que se trate, para no hacer ilusorio el derecho a la acción popular.

En definitiva, la acción popular tiene los siguientes caracteres de nuestro derecho:

Es un **derecho fundamental**, derivado de su reconocimiento constitucional.

Es un **derecho cívico**, porque pertenece a los españoles como personas físicas, así como a las personas jurídicas, extremo o ampliación que si en

tiempos pretéritos fue cuestionado, hoy es admitido sin reservas SS TC 241/92 y de esta sala sentencia de 4 de marzo de 1995 entre otras.

Es un **derecho activo** porque mediante ella, los ciudadanos pasan a ejercitar en paridad de armas con el Ministerio Fiscal una función pública cual es la de la acusación.

Tal ejercicio lo es en forma de **querrela** y con prestación de **fianza**, extremos a los que ya hemos referido.

En todo caso, y esto es lo relevante, su ejercicio lo es **en igualdad de plenitud y facultades que el Ministerio Fiscal** por lo que no es ni adhesiva ni vicarial de aquel, antes bien **es totalmente autónoma**, por tanto no es insólito que la acción penal se ejerza exclusivamente por el acusador particular y no por el Ministerio Fiscal si éste estima que no procede su ejercicio. *TS sala 2ª, S 30.5.2003.*

#### **Legitimación de personas jurídicas para su ejercicio.**

En consonancia con ello y en contra de lo alegado por alguna de las defensas que constriñe la expresión “**ciudadanos**“ empleada en los meritados preceptos legales, exclusivamente a las personas físicas, **no hay impedimento legal alguno para extender la legitimación en el ejercicio de la acción popular a las personas jurídicas y más concretamente a las Asociaciones ( como ya admitió el Tribunal Supremo en Sentencia 26-9-1997 (Caso Colza) y, por ende, a la Administración local en cuando tenga interés legítimo acreditado.**

Así, el Tribunal Supremo establece:

“Por el contrario, el pleno reconocimiento constitucional del fenómeno asociativo y de la articulación de entidades colectivas dotadas de personalidad, exige asumir una interpretación amplia de las expresiones con las que, en cada caso, se denomine al titular de los derechos constitucionales reconocidos y legislativamente desarrollados. En definitiva, si el término “ciudadanos” del art. 53.2 CE ha de interpretarse, por las razones señaladas, en un sentido que permita la subsunción de las personas jurídicas, **no hay razón alguna que justifique una interpretación restrictiva de su sentido cuando dicho término se utiliza en el art.125 o en la normativa articuladora del régimen legal vigente de la acción popular.** TC sala 2ª S 21-12-1992 de 20 de enero 1993.

Y es que como dice **la STC 62/83** la legitimación de las personas jurídicas en ciertos casos no exige que el proceso penal en el que se pretende ser parte haya de tener alguna conexión con los fines asociativos o, como es el caso, para las personas físicas, el interés necesario para disfrutar de la requerida legitimación es el interés común, **siendo por tanto suficiente la concurrencia de un interés común y general**, y aún siendo necesario otro distinto, pueden verse y ser considerados como afectados.

**Posibilidad de que formulen acusación por delitos distintos a los que son objeto de la acusación del Ministerio Fiscal.**

Habrà de determinarse si la acusación popular personada en la causa (Junta de Andalucía) puede, en definitiva, accionar en solitario con independencia y más allá de la acusación formulada por el Ministerio Fiscal.

El Tribunal Supremo, en las sentencias de 17 de diciembre de 2007, 8 de abril de 2008 y 20 de enero de 2010, ha delimitado la posición de las acusaciones populares en el Procedimiento Abreviado, al interpretar el art. 782 de la LECrim en su redacción dada por la ley 38/2002, de 24 de octubre.

La última de ellas, de **20 de enero de 2010**, realizando un análisis de las anteriores, concluye: "La doctrina jurisprudencial en interpretación del art. 782 es la siguiente: **en el procedimiento abreviado no es admisible la apertura del juicio oral a instancias, en solitario, de la acusación popular, cuando el Ministerio Fiscal y la acusación particular han interesado el sobreseimiento de la causa, (STS 1045/2007)**, doctrina que se complementa al añadir que **en aquellos supuestos en los que por la naturaleza colectiva de los bienes jurídicos protegidos en el delito, no existe posibilidad de personación de un interés particular, y el Ministerio Fiscal concurre con una acusación popular que insta la apertura del juicio oral, la acusación popular está legitimada para pedir, en solitario, la apertura de la causa a la celebración del juicio oral (STS 54/2008)**... que además de complementar la anterior, contiene doctrina de la Sala en orden a la posibilidad de aperturar el enjuiciamiento de una causa seguida por las normas de procedimiento abreviado con la única actuación postulante de la acusación popular. La disensión a la doctrina de la Sala no ha sido motivada por lo que es preciso reiterar la interpretación del art. 782 en los términos anteriormente señalados que se apoya, como dijimos en la STS 54/2008, en que "satisfecho el interés público en la persecución del delito y expresada formalmente en el proceso la voluntad del perjudicado de no instar la apertura del juicio oral, el proceso penal se apartaría de sus principios fundadores si, pese a todo, sometiera a enjuiciamiento, a exclusiva petición de la acusación popular, a quien ni el Ministerio Fiscal ni la víctima consideran merecedor de soportar la pretensión punitiva". Cuando no concurra en el hecho que se enjuicia un interés particular que posibilite la personación de un perjudicado, la actuación en solitario de la acusación popular permite la apertura del juicio oral."

En el caso presente y a la luz de dicha Jurisprudencia, **la limitación contenida en tales sentencias no es de aplicación a la presente causa pues:**

**-La interpretación contenida en las referidas sentencias se refiere al artículo 782 de la LECrim y, por tanto, al PA y no al sumario.**

**-Debe limitarse a aquellos supuestos en los que el Ministerio Fiscal y la acusación particular solicitan el sobreseimiento de la causa y es la**

**acusación popular, en solitario, la que interesa la apertura del JO. No es el presente caso.**

**-De cualquier manera, no se refiere a delitos en los que “la naturaleza colectiva de los bienes jurídicos protegidos” no permita la posibilidad de personación de interés particular.**

En el presente supuesto, la acusación popular se refiere a los siguientes delitos:

Blanqueo de capitales

Prevaricación administrativa

Malversación de caudales públicos.

Cohecho

Revelación de secretos

Delito contra la hacienda pública

Falsedad documental

Alteración de precios en concursos y subastas públicas.

Negociación prohibida a los funcionario

Tráfico de influencias

**Ninguno de tales delitos responde a la protección clásica de bienes jurídicos estrictamente individuales o particulares y, aunque no cabe excluir la posibilidad de que alguna acusación particular se hubiese personado en nombre de un perjudicado o perjudicados más o menos directo por tales delitos, los bienes jurídicos protegidos en las referidas infracciones penales, con mayor o menor intensidad, trascienden el interés particular de uno o varios individuos e integran un interés difuso o colectivo de diversa y variada intensidad o concepto. Estamos ante bienes jurídicos distintos a los meramente individuales que, en todo caso, permiten que las acusaciones populares se aparten de la calificación formulada por el Ministerio Fiscal, agravando esta, con solicitud de penas más graves o, incluso, interesado la condena por delitos no contemplados por el Ministerio Público, sin que ello suponga merma alguna del principio de contradicción.**

**Exclusión de responsabilidad civil.**

Sentado lo anterior, es doctrina pacífica de nuestros Altos Tribunales que, a diferencia del civil, **el acusador popular no podrá exigir responsabilidad civil alguna derivada del delito y por consecuencia tampoco podrá recurrir la sentencia con base en el pronunciamiento civil.**

Y ello es así porque si bien la “acción penal” es siempre pública vía art. 101 LECrim. y art. 125 C.E. **la “civil” solo afecta a los “perjudicados” o al Ministerio Fiscal. (ATC 269/1992)**

En el mismo sentido la **STS 29-1-1996** señala que **la llamada “acción popular” carece de legitimación para reclamar derechos indemnizatorios de esta naturaleza, al no tener interés legítimo en estas cuestiones reclamatorias y no poder basarse los Tribunales en consideraciones sociológicas o de cualquier otra índole no jurídica.**

### **38) Deducción de testimonios**

Por alguna de las defensas, y entre ellas, la del Sr. Arteche se interesa que **se deje sin efecto la deducción de testimonios acordada por la Sala mediante Auto de fecha 19-05-10 a solicitud del Ministerio Fiscal**, alegando que si el mismo no interesó la inclusión de estos hechos en el escrito de calificación, tal acusación ha decaído y precluido en sus derechos, dado que se debe atender al principio de igualdad de armas procesales, sin privilegios para ninguna de las partes.

Otras defensas han argumentado que **con tal deducción de testimonios se está vulnerando el principio *non bis in idem*.**

A) Sobre esta cuestión **ya se ha pronunciado la Sala**, al menos, en dos resoluciones anteriores, como son los Autos de fecha 22-01-2010 y 03-06-2010. La Sala tiene dicho:

Como se decía en el Auto ahora impugnado, pronunciándose la Sala sobre el problema de la conexión o no de los hechos enjuiciados y los que se han desgajado de este enjuiciamiento, ya esta Sala reseñó la conveniencia del enjuiciamiento conjunto de todas estas actuaciones, expresando en el Auto 600/09 de 16 de diciembre que: “gran parte de las conductas a enjuiciar pueden estar relacionadas en su conjunto, o al menos, con las de otros procesados, por lo que deviene imposible en este momento individualizar tales conductas. Piénsese que incluso para algunos de los procesados se está hablando de organización delictiva”.

En la misma línea argumental, en el Auto de esta Sala 3/2010 de 22 de enero, respecto de la formación de piezas separadas, se dijo literalmente:

Se invoca por la defensa del Sr. Sánchez Zubizarreta la necesidad de que las distintas piezas separadas que han sido objeto de los dos Autos de procesamiento revisados ahora por la Sala sean enjuiciadas conjuntamente por el Tribunal de conformidad con lo dispuesto en el art. 300 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, pretensión que es plenamente compartida por la Sala.

La sentencia del Tribunal Supremo de 25 de Septiembre de 2003 al examinar un caso en el que se había alegado indefensión por la incoación de diferentes piezas separadas, establece que “la formación de piezas separadas tiene amparo legal en el ambiguo art. 784.7 de la Ley procesal al prever la posibilidad de incoación de las piezas separadas que resulten convenientes para simplificar y activar el procedimiento.” Terminada la instrucción de la causa principal y de las separadas se acumulan y se ordena el enjuiciamiento conjunto de las investigaciones realizadas (máxime cuando las partes lo están reclamando), dándose traslado a las partes de las actuaciones para calificación de los hechos “La pieza separada se incoa cuando concluido el sumario tramitado en la pieza principal, se remiten nuevas diligencias policiales que aparecen relacionadas con los imputados en el sumario concluido, lo que aconsejó su tramitación separada.” A dicho supuesto puede asimilarse el acontecido en el presente caso en el que dada la amplitud de las conductas supuestamente ilícitas investigadas y lo dilatado de la instrucción, han ido surgiendo nuevos informes policiales que han aconsejado la formación de distintas piezas separadas, susceptibles todas ellas, desde luego, de enjuiciamiento conjunto como se va a hacer y comprendidas dentro del ámbito de los recursos contra los tres Autos de Procesamiento dictados por los Sres. Instructores.

Pero en el propio Auto se imponía un límite que por pura lógica deviene necesario. Así se decía enjuiciamiento conjunto si, pero claro está dentro del límite reseñado, sin posibilidad de nuevas inclusiones, pues tampoco puede mantenerse abierto un proceso penal indefinidamente a resultas de nuevas noticias delictivas, ampliando el número de delitos y de procesados hasta el límite de hacer ingobernable el proceso y someter a los inicialmente procesados a interminables dilaciones, con evidente merma del ejercicio de sus profesiones, patrimonios y grave afectación social.

Ese límite previsoramente anunciado por la Sala está ahí y ha de respetarse. Numerosas defensas han denunciado “el carácter mastodóntico de este macroproceso”, por lo que atendiendo a criterios de necesidad y proporcionalidad no puede tener cabida en el mismo ni hechos nuevos por sí mismos, o derivados de otros anteriores, ni nuevos procesados, aconsejando los mencionados principios su instrucción y enjuiciamiento, en su caso, en

procedimientos distintos a este caso Malaya, so pena de hacer que el mismo sea ingobernable y, en definitiva, imposible de celebrar.

Es cierto que con esta medida se somete a determinados procesados a una nueva e indeseada pena de banquillo en otros procedimientos, con el consiguiente costo personal, familiar y económico. Pero no olvidemos que son muchos también los procesados a los que se le imputa un hecho puntual y quienes desde hace ya casi 5 años vienen soportando ese mismo coste, no pudiéndosele ahora exigir uno adicional o derivado de las nuevas investigaciones, o del resultado de otras anteriores.

Argumento que, a juicio de la Sala, no es superfluo, ni baladí como sin duda apreciarán aquellos procesados que instan a evitar dilaciones indebidas e interesan definitivamente la celebración del juicio oral .

Y ello sin relegar tampoco las pretensiones de aquellos otros, que como el ahora recurrente se oponen a la deducción de testimonios acordados por la Sala a instancia del Ministerio Público.

B).- A los argumentos prácticos de eficiencia y gobernabilidad del proceso, hemos de añadir otros de fondo ya que la conexidad a la que se alude en el referido escrito no es tan absoluta como se invoca. Y es que desde el punto de vista jurisprudencial, “la conexidad de art.17 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal se construye siguiendo un criterio subjetivo-objetivo, que exige, no sólo la analogía o relación de los delitos, sino, además que se trate de un único inculpado, o de idénticos inculpados si se trata de varios, al que, o a los que, se atribuya la perpetración de varios delitos entre los cuales exista relación o analogía” (TSJA Auto 11-11-03).

Y en el presente caso, una lectura somera de los testimonios de particulares reseñados por el Ministerio fiscal, hacen referencia a unas trece personas que salvo error u omisión, no se encontraban procesados por esta causa, a saber : D. José Sanz Parejo, D. Isidro Suárez González, D. Gregorio Quesada Márquez, D. Fernando Quesada Megías, D. José González González, D<sup>a</sup> María Ángeles Gil Marín, D. Mario Jiménez Notario, D. Rafael Domenenech Jodrá, D. Manuel Mayoral Alabedra, D. Antonio Gijón Díaz, D. Eusebio Sierra Sánchez y D. José Manuel Llorca Jiménez.

Salvo error, reiteramos, contra estos señores no existía imputación alguna, siendo así que a raíz de la deducción del testimonio interesadas por el Ministerio Fiscal y acordada por la Sala, se procederá por el Juzgado de Instrucción a investigar si existen indicios suficientes para adoptar cualquier

medida penal contra los mismos o si, por el contrario no existen méritos suficientes para ello.

Luego el criterio de conexidad invocado, cede de manera palmaria respecto desde el punto de vista de identidad de sujetos imputados.

Es cierto que otros tantos procesados ( de los 95 que en total se hayan incurso en este proceso) se verán perjudicados al tener que soportar una nueva investigación sobre hechos similares y coetáneos a los aquí enjuiciados. Pero podrán invocar en esas nuevas actuaciones tanto el principio non bis in idem, la prescripción, como, en su caso, la cosa juzgada e incluso todas las medidas que, en su caso, serían de aplicación en los límites de cumplimiento de penas.

Admitir un criterio absoluto de conexidad objetiva, insistimos , haría ingobernable e imposible de celebrar este proceso. Nada garantiza que no vuelvan a parecer nuevos datos y hechos que puedan ser considerados como delictivos, reiteramos, reiteramos, por sí mismos o derivados de otros anteriores.

Ya se planteó la Audiencia Provincial esta cuestión, al examinar los numerosos juicios que han afectado a algún procesado concreto debatiéndose en plenillo la conveniencia o no de un enjuiciamiento conjunto para evitar su reiterada presencia en los Juzgados y no se aceptó tal solución para evitar precisamente hacer un proceso ingobernable.

C).- Finalmente, si en el devenir del juicio oral se comprobará que los hechos respecto de los cuales el Ministerio Fiscal ha solicitado y la Sala autorizado deducir testimonios de particulares para su investigación y en su caso enjuiciamiento desgajados de este proceso, analizando individualmente el hecho y el procesado al que afecta, si comprobase que el mismo ya ha sido investigado en el Caso Malaya y ha sido tenido en cuenta en el Auto de procesamiento correspondiente, podrá reconsiderar su decisión y dejar sin efecto la deducción de testimonio concreta a que se refiere dicho hecho pronunciándose sobre el mismo en la sentencia que recaiga en este procedimiento.

**En todo caso, se excluye de esta posibilidad de enjuiciamiento conjunto todo tipo de hechos nuevos, no incluidos en el relato de hechos del auto de procesamiento o que afecten a personas hasta ahora no procesados en el Caso Malaya.**

Con esta medida entiende la Sala que podría compaginarse su inicial criterio de enjuiciamiento conjunto y la necesidad absoluta de evitar un proceso ingobernable e imposible de celebrar por el nuevo incremento de hechos y de procesados, con los consiguientes perjuicios ya suficientemente explicitados.

D).- Finalmente, en cuanto al invocado principio “Non bis in idem”, establece la STS de 31 de octubre de 2003 que:

Según la doctrina del Tribunal Constitucional, manifestada, entre otras, en las sentencias 2/81 de 30.1, 154/90 de 15.10, 234/91 de 10.12 y 204/96 de 16.12, el principio de legalidad en materia penal y sancionadora, consignada en el art. 25 de la CE. y dentro del cual se ha considerado incluido **el principio “non bis in idem”, veda la imposición de una dualidad de sanciones por unos mismos hechos. La existencia de dos pronunciamientos condenatorios por una misma conducta integrada en un solo ilícito penal y con fundamento en éste, vulneraría el principio y se opondría al derecho fundamental consagrado en el art. 25.1 de la CE.** Como con secuencia del mencionado principio prohibitivo del “bis in idem”, la sentencia de esta Sala 759/2000 declaró que **un sujeto no puede ser enjuiciado dos veces por hechos que han sido objeto de proceso penal.**

Con arreglo a la doctrina expuesta, **no cabe entender que se vulneró el principio “non bis in idem” por el pronunciamiento de la sentencia impugnada en el que se acuerda la investigación de un posible delito contra la Hacienda Pública** cometido por Luis, puesto que el examen de las actuaciones revela que, con anterioridad, en el procedimiento, no se habían examinado los hechos integrantes de tal delito fiscal –consistentes básicamente en la omisión del pago de los Tributos que el citado Luis estaba obligado a satisfacer en relación con los más de ciento setenta millones de pesetas de que disponía- sino que se había investigado y enjuiciado su participación en un presunto delito de tráfico de estupefacientes, del que podía proceder la cantidad de dinero mencionada.

En el presente Caso Malaya, por todos los argumentos de hecho y jurídicos empleados por la Sala y **ante la imposibilidad material en estos momentos previos al juicio oral, de dilucidar, sin el examen y apreciación directa de las pruebas, si estamos realmente o no en presencia de los mismos hechos que se van a enjuiciar en el presente procedimiento contra determinados procesados (ya hemos dicho que otras personas respecto de las cuales se ha deducido testimonio, no se encuentran incluidas ni afectadas por este proceso) o hechos completamente nuevos, no queda más remedio que aceptar la solicitud del Ministerio Público,**

como garante de la legalidad y mantener la deducción de testimonios acordada.

Y para el hipotético caso de que, una vez deducido testimonio, el Instructor pueda comprobar que los afectados por la deducción de particulares son los mismos hechos que los aquí enjuiciados, la parte perjudicada podría hacer valer este principio non bis in idem en aquellas diligencias previas o, en su caso, en el procedimiento nuevo seguido contra el mismo.

### **39) Escuchas Sra. Corulla.-**

Se solicita por la dirección letrada de la Sra. Corulla Castro que se excluyan de la causa una serie de folios en que se recogen conversaciones privadas de la misma con otras personas que afectan a su intimidad y que no tienen utilidad alguna para los hechos investigados, habiendo remitido al Tribunal los folios concretos que considera que pueden ser excluidos por la razón alegada y dejando a juicio del Tribunal la exclusión o no de aquellos otros folios que contienen referencias personales y profesionales a la vez.

**La Sala considera razonable la solicitud de la parte, para preservar la intimidad de la misma sin perjudicar la investigación de la causa, por lo que tras un detenido examen de los folios relacionados, procedemos a excluir los que contienen conversaciones exclusivamente privada (además de los ya excluidos por el Sr. Instructor) y mantenemos aquellos otros que comparten cuestiones privadas con otras profesionales de mayor relevancia. Así, concretamente acordamos excluir, por los referidos motivos, y salvo error u omisión, los siguientes folios:**

Nº 7832, 7833, 7837, 7839, 7847, 7849, 7851, 7855, 7856, 7857, 7871, 7873, 7876, 7879, 7893, 7894, 7898, 7899, 7900, 7901, 7903, 7905, 7930, 7931, 7932, 7934, 7958, 7964, 7965, 7966, 7967, 7968, 7970, 7971, 7972, 7973, 7974, 7975, 7976, 7977, 7978, 7983, 7989.

Nº 8386, 8387, 8390, 8394, 8395, 8396, 8399, 8400, 8404, 8406, 8407, 8408 y 8410.

Todos los folios reseñados serán desglosados de las actuaciones, extendiendo la pertinente Diligencia la Sra. Secretaria Judicial que pasará a custodiar en lugar adecuado los folios excluidos.

### **40) Pruebas denegadas**

A) Por el Letrado D. Pablo Luna en nombre de la Sra Yagüe se interesó el volcado de las pantallas de este procedimiento para obtener conocimiento objetivo e las resoluciones, fecha, tiempo empleado para cada diligencia, clave del funcionario y sí es de creación propia o viene importado de una carpeta externa. Esta solicitud ya fue denegada por Auto de fecha 18-5-10 en el que se dijo literalmente:

**PRIMERO.- EL TRIBUNAL SUPREMO EN SENTENCIA 08-03-02 RECONOCE QUE: “EL DERECHO A LA PRUEBA SE CONFIGURA COMO UN DERECHO FUNDAMENTAL Y ES INSEPARABLE DEL MISMO DERECHO DE DEFENSA, PERO NO ES ILIMITADO COMO NINGÚN OTRO. NO EXISTE UN DERECHO INCONDICIONAL A LA PRUEBA (SSTS 06-11-90 Y 17-07-01).**

Y es que no se puede desapoderar a los órganos judiciales de la competencia que le es propia para apreciar su pertinencia y necesidad (SSTC. 59/91 y 206/94).

Para que la solicitud de prueba pueda surtir efectos ha de ser propuesta en tiempo y forma por el solicitante.

En cuanto al momento de proponer la prueba el solicitante actúa correctamente al amparo del art.627 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal oponiéndose, en su segundo escrito, a la conclusión del Sumario y solicitando la práctica de la prueba anteriormente reseñada.

En cuanto al requisito de forma de la propuesta de la prueba “el solicitante tiene que argumentar de manera convincente en torno a la pertinencia de la prueba solicitada, valorando en su momento el Tribunal Supremo si el órgano judicial de instancia ha fundamentado el rechazo de la prueba de un modo no irrazonable (SSTC 233/92 y 131/95)”.

Por su parte la Instrucción 1/89 de la Fiscalía General del Estado ya reseñaba y recomendaba:”Proposición concreta de la prueba documental sin invocación genérica a las diligencias del sumario. Al proponer la prueba documental el Ministerio Fiscal, especificará detalladamente cada uno de los folios del sumario o de las diligencias previas imprescindibles para la fundamentación jurídica de los particulares hechos imputados. En consecuencia, serán eliminadas las fórmulas abstractas o genéricas cualesquiera sea su forma de expresión.

Como puede comprobarse, la solicitud examinada no cumple el mencionado requisito, pues se circunscribe el solicitante a interesar una prueba pericial de enorme complejidad, no ya sin justificar, sino ni siquiera razonar tan compleja y extemporánea solicitud, privando así a la Sala de conocer los motivos que les lleva a interesar la práctica de la misma.

**Segundo.- Pero es que, además, para que la prueba interesada sea admisible, el Tribunal ha de declararla pertinente y necesaria.**

Es preciso distinguir, por tanto, entre “pertinencia” y “necesidad” de un determinado medio de prueba. El art. 659 LECrim al regular el trámite de admisión de la pruebas propuestas por las partes, alude al concepto de pertinencia. Sin embargo, el art 746 de la misma Ley de Ritos, al referirse a la suspensión del juicio oral, es más estricto, pues exige que el tribunal “considere necesaria”, la prueba no practicada. **Si pertinente es lo oportuno y adecuado, necesario es lo indispensable y forzoso y cuya práctica resulta obligada para evitar que pueda ocasionarse indefensión.** De ahí que haya de examinarse ponderadamente las circunstancias que concurren cada caso para decidir sobre la admisión de la misma. En este sentido sentencias del Tribunal Supremo de 8 y 16, de febrero, 5 de abril y 26 de mayo de 2000 y 24.6.2003.

**Y es que en orden a la admisión de las pruebas, prima la idea de pertinencia (art 659), más, en orden a la suspensión del juicio oral, la de necesidad (art. 746.3º) tal y como señala la STS de 09-06-89.**

**Y en el presente caso la prueba pericial propuesta ni es pertinente, ni mucho menos necesaria.**

No es pertinente porque ya la Sala ha facilitado a las partes un pendrive, un CD y un DVD con la mayor parte de las actuaciones, teniendo a disposición de las mismas, en Secretaria, todas las actuaciones para que puedan ser debidamente examinadas. No existiendo capacidad presupuestaria para lo que solicita el interesado.

Pero es que, además, no ve la Sala el alcance que a efectos de defensa puede tener la solicitud de que se indique “el tipo de resoluciones, fecha, tiempo empleado para cada diligencia, clave de funcionario y si es de creación propia o si viene importado de una carpeta externa”. ¿Dónde está la utilidad esencial de conocer estos datos?

Se trata de una diligencia inútil, innecesaria e imposible de practicar sobre todo después de haber presentado un inicial escrito dándose por instruido sin realizar alegación alguna.

La Sala se sigue ratificando en su criterio por los mismos fundamentos reseñados, por lo que se deniega de nuevo la prueba en esta fase de cuestiones previas.

B) Por el letrado D. Miguel Bajo Fernández en nombre del Sr. Reñones se interesa nuevamente que se oficie a la Policía Judicial para que por expertos se proceda al volcado de los discos y pueda comprobarse si han sido modificados, entendiéndose que hay datos en las actuaciones que permiten pensar que las Actas de las Comisiones fueron modificadas, por lo que interesa lo relativo a las Actas de las Comisiones de Gobierno y Juntas de Gobierno celebradas entre los años 1999 y 2006. Solicitud que fue denegada por la Sala mediante Auto de fecha 08-09-10 por afectar tal información a temas y personas no procesadas y que nada tienen que ver con este procedimiento.

Añádase a ello lo reseñado en el apartado anterior de este ordinal, **pues la Sala no ve la necesidad, ni la utilidad de dicha prueba, toda vez que si la finalidad de la misma es la de acreditar que las actas se alteraron o se podían alterar, tal extremo puede acreditarse por otros medios cuales son las testificales correspondientes. De otro lado, sería imposible acreditar a que obedecía tal alteración, si era intencionada o se debía a meros errores o correcciones de las mismas.**

C) Así mismo, por el letrado D. José Antonio Martínez Moya en representación del Sr. Jimeno Jiménez se interesó la práctica de prueba que ya fue denegada por auto de esta Sala de fecha 28/06/2010. En dicha resolución se dijo literalmente: “ No se admiten por considerarlas innecesarias y poder afectar a terceras personas que no están sujetas a este enjuiciamiento las restantes pruebas propuestas, como son la solicitud de remisión de las operaciones sospechosas comunicadas al SEPBLAC; Auditorias que por cualquier tipo y por cualquier motivo haya realizado en la oficina de los Alcáceres; los Expedientes incoados por blanqueo de capitales; los expedientes a otros trabajadores de la empresa por estos hechos; así como información de cuantas operaciones sospechosas por percepción de premios haya comunicado La Caixa.

Se está juzgado al Sr. Jimeno Jiménez por hechos concretos y no a la Caixa por su política en esta materia.”.

La Sala deniega nuevamente la práctica de esta prueba por las mismas consideraciones expuestas, no viendo la utilidad que su práctica pueda reportar en la defensa del procesado.

#### **41) Cuestiones de fondo**

Fueron muy numerosas las cuestiones de fondo planteadas en los distintos recursos de apelación examinados en su momento; muchas de ellas se han vuelto a plantear ahora en el trámite de cuestiones previas concedido por el Tribunal, entendiendo la Sala respetuosamente que tampoco es éste el momento procesal idóneo para dilucidarlas, al carecer de los elementos de juicio necesarios para ello, debiendo ser en sentencia, tras la celebración del pertinente plenario bajo los principios de inmediación, contradicción y defensa, cuando contando ya con esos elementos de juicio que ahora carece, pueda resolverlos.

En efecto, la Sala no puede pronunciarse sobre aspectos tan esenciales como:

- El valor probatorio y jurídico que pueda darse a los denominados Acrónimos de la “contabilidad” de Maras Asesores, respecto de la que el Ministerio Fiscal ha considerado como una auténtica ganga para conocer la trama ilícita de una supuesta organización delictiva, a la consideración

radicalmente opuesta mantenida por las defensas de que la atribución de determinadas siglas a nombres e identidades concretas carece de base lógica o científica alguna. Ciertamente tras practicar la prueba en el plenario podrá la Sala resolver tal cuestión con conocimiento de causa, del que en este momento procesal carece.

- Lo mismo cabe decir respecto del tipo delictivo de cohecho que pudiera subsumir, en su caso, la conducta de algunos de los procesados. El Ministerio Fiscal y las Acusaciones Particulares deberán concretar en sus respectivos escritos de calificaciones provisionales qué hecho concreto atribuye a cada procesado, qué tipo de cohecho concreto le imputa y qué resolución administrativa o qué acto ilícito o irregular guarda relación con el hecho imputado.

Habrá que determinar si el particular no pretende quebrar la voluntad del funcionario, sino que acepta la petición realizada por aquél, o viceversa. Habrá que valorar la posible existencia de un estado de necesidad invocado por algunas defensas al considerar que pudieran pagar bajo la amenaza de no poder obtener las licencias. Habrá que, en definitiva, examinar la trascendencia penal, relevante o irrelevante, de la entrega de un reloj como elemento objetivo de un delito de cohecho, o como un mero detalle social, con objeto de no criminalizar las relaciones sociales, tema por cierto de candente actualidad.

- Se examinarán las competencias de las Comisiones de gobierno a la hora de aprobar las licencias de obra o de primera ocupación, comprobando las otorgadas y las denegadas, la forma de expresarlas y su eventual correlación con lo propuesto por planeamiento. Asimismo las posibles dudas que pudieran suscitar la complejidad de las distintas normativas urbanísticas existentes en Marbella en un determinado momento como alegan algunas defensas y, en su caso, su trascendencia jurídica.

- Se examinará la legislación aplicable al caso sobre la obligación de comunicar la venta de determinados objetos de arte al Servicio de Prevención de Blanqueo de Capitales, fijando las fechas en que supuestamente se verificaron las transacciones, a fin de determinar si en este caso concreto pueden ser consideradas tales ventas como uno de los indicios de participación en tal tipo delictivo, sin que puedan admitirse efectos retroactivos a dicha legislación.

- Habrá que analizar conforme a la doctrina jurisprudencial aplicable la valoración de las iniciales declaraciones de los luego procesados en relación a las retractaciones ulteriores de todos o la mayor parte de ellos realizadas en las indagatorias. Así como, en su caso, la trascendencia que pudiera tener en

aquéllas iniciales declaraciones la carga psicológica por el invocado trato vejatorio en algún caso sufridos por los procesados durante sus periodos de detención.

- Tras la prueba practicada se podrá determinar la cualidad con la que el Sr. Roca actuaba, si poseía la condición de funcionario público o no, a los efectos delictivos examinados, así como la posibilidad de referir el delito de malversación de caudales públicos en relación a inmuebles y aprovechamientos públicos como deniegan las defensas y parecen mantener las acusaciones.

- Se determinará la existencia y, en su caso, la cuantificación de los supuestos perjuicios que haya podido sufrir el Ayuntamiento de Marbella.

- Deberá recibirse declaración, si no se ha hecho ya, a aquellas personas propietarias de determinadas cantidades intervenidas en el Despacho de Letrados y al parecer tenidas en cuenta a efectos de la imputación de participación en el delito de Blanqueo de capitales.

- La existencia, en fin, de las posibles meras complicidades en alguno de estos tipos delictivos invocados por algunas de las defensas, a determinar en sentencia tras la práctica de la oportuna prueba en el plenario.

- Habrá que comprobar si las cantidades que algunos procesados admiten haber recibido obedecen a meros préstamos o tienen un origen o finalidad ilícitos.

- Podrán las partes explicar y contradecir los argumentos mantenidos por la Policía sobre la supuesta ilicitud de algunos bienes o cantidades dinerarias; procedencia ilícita o no de determinados vehículos; licitud o ilicitud de los actos administrativos del Ayuntamiento de Marbella; explicitar la intervención concreta de cada Concejal en la aprobación de los Convenios; los errores posibles sobre la atribución de la titularidad de determinados bienes inmuebles; si los mismos son propiedad del procesado o de su esposa o hijos; explicar si una concreta cantidad hallada en el registro de un domicilio es dinero lícito preparado para un viaje de vacaciones o fruto de un cohecho; si la rebaja del precio de un inmueble es fruto de una negociación entre las partes o una forma ilícita de premiar una conducta ilegal; si las operaciones bancarias de los procesados están o no justificadas; si el patrimonio poseído obedece a actividades ilegales o a una buena gestión del propio y legal patrimonio; deberán estar las partes al contenido de los inminentes escritos de acusación, tanto pública como privada para la exacta concreción de los tipos delictivos imputados, etc, etc, no pudiendo la Sala en este momento procesal

pronunciarse sobre tales cuestiones, so pena de desnaturalizar el presente acto y ejercitar una función de enjuiciamiento propia y exclusiva del próximo juicio oral, como conocen perfectamente las cualificadas representaciones técnicas de los diversos procesados.

Respecto al tema de **las Comisiones de Gobierno** en alguna de las cuales intervinieron los **Sres. Muñoz, Carrasco, Garrosa y Reñones**, a las que se refiere este segundo Auto de procesamiento, habrá de determinarse en el plenario el valor de las actas levantadas a tal efecto, la forma en que se aprobaron las mismas y quienes la firmaban, con la consiguiente trascendencia en cuanto a la acreditación de la asistencia de los Concejales a dichos plenos; la modificación que pudo experimentar alguna de dichas Actas; las cuestiones debatidas en cada uno de esos plenos; la validez de la fe pública municipal como mantienen las acusaciones; la delegación o no de facultades por parte del Alcalde etc, las obligaciones que como Concejales los correspondían en la aprobación de estos asuntos de naturaleza urbanística, o si estaban exentas de ellas aquellos a los que les correspondían parcelas distintas al urbanismo, etc, cuestionen todas ellas que como apuntó el Ministerio Fiscal en su informe en la vista del recurso, son propias del plenario y no de este momento procesal.

Será en el plenario donde se acredite la realidad de lo acontecido en las Comisiones de Gobierno del Ayuntamiento de Marbella integradas, entre otros, por los **Sres. Muñoz, González Carrasco, Fernández Garrosa y Reñones Crego**, donde se aprobaron por ejemplo el **Convenio de permuta del Ayuntamiento con la entidad CCF 21 Negocios Inmobiliarios S.L.** en virtud del cual la referida entidad mercantil entregó una finca rústica de 35.000 m<sup>2</sup> sita en el lugar conocido como Vente Vacío a cambio de unos aprovechamientos urbanísticos, en concreto, según el Ministerio Fiscal de 10.535 m<sup>3</sup> en los sectores URP-NG-13 (886 m<sup>2</sup> en el techo) y URP-RR-15 BIS (9.649 m<sup>2</sup> techo), habiéndose tasado ambos bienes en idéntica cantidad de 1.899.460,50 euros respectivamente; habrá que examinar la validez de esas tasaciones, es decir, si fueron o no ajustadas a derecho u obedecieron a móviles torticeros como mantienen las acusaciones y el propio Auto de procesamiento al afirmar que “no existe ninguna equivalencia lógica entre ambas prestaciones al intercambiarse una parcela de suelo rústico por unos terrenos aptos para construir en plena Milla de Oro junto a Puente Romano; habrá de acreditarse mediante las periciales correspondientes si con tal operación se produciría o no un perjuicio para las arcas municipales; habrá de comprobarse si como mantiene el Sr. Muñoz Palomo se produjeron errores en el informe pericial por haberse tasado fincas distintas a las contenidas en el convenio; así como la forma de elaboración de ese informe, reparto de trabajo, utilización o no de parámetros adecuados. Se examinarán las fechas en que se dicen recibidas las dádivas y las fechas de los convenios, así como el valor de las siglas JA y

JM y las cuantías de las cantidades reseñadas en los ya tan aludidos archivos informáticos.

Igualmente habrá de determinarse en el plenario si la intervención del Sr. **Sánchez Zubizarreta en la operación Ave María** se limitó a una mera negociación como Abogado en nombre del Sr. Roca con la Abogada D<sup>a</sup> Inés Soroeta en representación del Sr. Arteche, es decir, relación profesional entre Letrados para dar forma y cobertura jurídica a los documentos a suscribir, tal y como mantiene el procesado, basándose además en que la Sra. Soroeta no ha sido procesada pese a realizar los mismos hechos. O, por el contrario su actuación fue decisiva para dar forma a la permuta de terrenos ya suficientemente explicitada en esta resolución a título de cooperador necesario, junto con los **Sres. Liétor y Sánchez**, en la operación considerada como fraudulenta por los Acusaciones en base a los hechos descritos en los folios 54 a 63 de este segundo Auto de procesamiento.

Habrá que determinar si **los Sres. Liétor Martínez y Sánchez Hernández** tenían el dominio de la Sociedad CCF21 que suscribe el Convenio urbanístico con el Sr. Muñoz, como mantiene el Ministerio Público o eran unos más de los numerosos apoderados de la misma, sin que recayera sobre ellos la responsabilidad de la empresa, como afirmó el Sr. Liétor en la vista del recurso, valorando la Sala en su momento estas declaraciones en relación con aquellas otras en las que se basa el Ministerio Fiscal para mantener que aquél admitió que tomaba las decisiones de la empresa junto con el Sr. Sánchez.

Es decir, habrá que valorar si estos procesados se limitaron a cristalizar un negocio jurídico con otras sociedades, cuya vinculación al Sr. Roca desconocían o si por el contrario **actuaron en connivencia** con él como pudiera desprenderse del contenido ya reseñado del Auto de procesamiento, una vez que pueda definirse la figura del Sr. Roca, cuestión a la que ya se ha hecho suficiente referencia, así como la **validez de las notas manuscritas** supuestamente halladas en CCF21, y las contradicciones observadas en las declaraciones de los Sres. Roca, Sánchez y Liétor.

Habrá que determinar **si la cantidad de 60.000 € que figura como supuestamente entregada por JA a JM se corresponde con la identidad de dos de los procesados Sres. Arteche y Muñoz**; si la intervención del primero es con posterioridad y ajeneidad a la actuación del Sr. Roca y al Ayuntamiento; y analizar la retractación de la declaración inculpativa a que se alude por la defensa, al igual que ha ocurrido con otros procesados; y la valoración a la que ya hemos hecho suficiente referencia que en su momento pueda darse a los soportes informáticos intervenidos, y contrastarla con las otras anotaciones correspondientes a la llamada Caja General.

Habrá de examinarse la intervención del **Sr. Roca** en estos hechos, comprobando si existía o no esa demanda vecinal de un **nuevo vertedero municipal**; la existencia de una deuda con CCF 21 de 900.000  ; la existencia o no de contrato; su intervención o no en relación con Finanzas Jacetanas; las ganancias que se le imputan en la operación Francisco Norte y su relación con la explotación hotelera El Rocío, cuestiones todas ellas imposible de dilucidar en este momento procesal.

Nos encontramos con una serie de señores, con cualificadas profesiones como la de **Licenciado en Derecho, Economista o Asesor Fiscal Sres. Hernando, Toledano, Tato y Fernández Blanco** que actúan como Administradores únicos de determinadas sociedades mercantiles que supuestamente según imputan las Acusaciones se dedican a ocultar bienes pertenecientes al Sr. Roca y procedentes de sus ilícitas actividades. Algunas de estas sociedades como Inversiones 100 S.L. y Explotaciones 100 S.L. las compra el Sr. Roca al Sr. Tato, quien pese a la venta continua como Administrador de las mismas, y además era o había sido su asesor fiscal de confianza en el año 1995 según reseña el propio Sr. Tato en su escrito de recurso.

Frente a ello, los procesados mantienen que su situación de administradores fue meramente nominal, sin ejercer funciones propias de los mismos, por razón de amistad y con desconocimiento de cualquier intervención del Sr. Roca en dichas sociedades. De modo que será en el plenario donde pueda dilucidar la Sala la verdadera participación de los procesados en el delito imputado, tras acreditarse en qué consistía su real actuación.

Asimismo se dilucidar  si tales conductas, en caso de considerarse delictivas, deban ser consideradas como **dolosas** al menos a título de dolo eventual, como mantiene el Ministerio Público, o **meramente imprudentes** como con carácter subsidiario o alternativo parece reseñar el Sr. Instructor en el Auto de procesamiento.

Será asimismo en el plenario donde pueda acreditarse **si los dos bienes inmuebles de referencia concretamente el apartamento n  523 del conjunto urbanístico La Trinidad de Marbella con una superficie de 248 mí y valorado en 900.000  , así como el apartamento n  341 de la promoción Greenlife Village en la urbanización Golf Rio Real, conocida como la Reserva de los Monteros y valorada en 671.330,52  , fueron transmitidos a través de dos sociedades por el Sr. Filippa al Sr. Roca en cumplimiento de la voluntad del padre de aquél que había establecido tal compromiso verbal con el Sr. Roca**, ignorando si lo hizo así por influencia, préstamo o por cualquier otro motivo. O si por el contrario, como mantiene el Ministerio Público

la transmisión de tales apartamentos por parte del procesado Massimo Filippa **obedeció al pago de los favores que éste había hecho en el ámbito urbanístico**, encargándose además de proporcionarle la estructura societaria precisa para ocultar la transmisión.

Igualmente se comprobará en el juicio oral **la participación individualizada de cada uno de los hermanos Sres. Abril Cumpian como letrados en estos hechos**, aclarándose sus relaciones con el Sr. Filippa y con el Sr. Roca; la cuestión del domicilio social de las sociedades de referencia en calle Valentuñana que es de los Abogados reseñados, aclarando si es inocua la coincidencia de que el domicilio social de la empresa Fólder (Sr. Roca), el de la representante legal de la misma y el del despacho sea el mismo; comprobar si la documentación contable de esta empresa fue facilitada por este despacho profesional; si llevaba la gestión de la empresa y quien procedió a la venta del inmueble por orden, según dicen las acusaciones del Sr. Roca; habrá de darse respuesta a las preguntas o reflexiones contenidas en el folio 38 del Auto de procesamiento sobre la intervención o no en estos hechos del procesado **Sr. Sergio Gilbert**, Asesor Fiscal y administrador de sociedades, representante de Fólder Investments (propiedad del Sr. Roca), como el ciudadano inglés al que se refiere el Sr. Román en su declaración como **la persona que acompañó al Sr. Abril o fue representado por el Sr. Abril, debiendo aclararse tales extremos, al despacho de planeamiento para tratar el asunto de Inversiones Paduana S.L.** Se trata, en definitiva, de cuestiones todas ellas imposibles de resolver en este momento y propias del plenario.

Se interesa asimismo por algunos recurrentes, como el **Sr. Sánchez Hernández**, que la Sala valore y se pronuncie ahora, en este momento procesal sobre si el Sr. Roca tenía o no **la condición de funcionario público** a los efectos de concurrencia de uno de los elementos integradores esenciales de los tipos delictivos de fraude y cohecho imputados.

Sin embargo, la Sala no puede aún pronunciarse sobre tal circunstancia pues existe ya copiosa jurisprudencia que viene a distinguir el concepto de funcionario público contenido en el art. 24.2 del Código Penal que establece que: “se considerará funcionario público a todo el que por disposición inmediata de la ley, por elección, o por nombramiento de Autoridad competente participe en el ejercicio de funciones públicas”, como un concepto de Derecho Penal independiente de las categorías y definiciones que nos ofrece el Derecho Administrativo, implicando además un concepto más amplio que el que se utiliza en otras ramas del ordenamiento jurídico que no exige las notas de incorporación ni permanencia, sino fundamentalmente la participación en la función pública (SSTS 22-4-2004 y 4-12-2002 entre otras).

**Exigiendo la jurisprudencia una serie de notas o requisitos referentes al título y función del sujeto que hay que examinar en cada caso concreto y que sólo podrá determinarse en el plenario practicando la prueba pertinente para acreditar la procedencia del cargo del Sr. Roca, las funciones derivadas del mismo, sus posibles extralimitaciones, la forma en que sus actuaciones vinculaban a la Corporación, su relación con los Concejales, su supuesta influencia en los mismos etc.** Con tales datos podrá la Sala tener pleno conocimiento de si la actuación del Sr. Roca puede encuadrarse en la figura de funcionario público a efectos penales o no, pero desde luego no en este momento procesal de revisión de los procesamientos.

Por la representación procesal del **Sr. San Agapito** se interesa que la Sala aprecie en este momento procesal la concurrencia de la **excusa absolutoria** prevista en el art. 405.4º del vigente Código Penal, pretensión a la que **se opone el Ministerio Público por entender que el pago, la regularización realizada por el recurrente fue parcial y, además, extemporánea ya que se había iniciado la vía administrativa.**

Al respecto, **conoce la Sala doctrinas jurisprudenciales distintas a la hora de admitir la regularización fraccionada de la deuda.**

**Una primera línea jurisprudencial que** señala que: “El sentido gramatical de la palabra regularización –efecto de ajustar o poner en orden de una cosa- poco ayuda a la fijación del significado con el que se utiliza el término en este precepto. Para indagar el sentido de esta palabra debe ahondarse en el contenido de las obligaciones tributarias, que tienen como objeto principal, según el artículo 19 de la vigente Ley General Tributaria, el pago de la cuota tributaria. De ese modo, la presentación de declaraciones y autoliquidaciones constituye solamente una obligación tributaria formal (artículo 29 de la misma Ley), cuyo cumplimiento está relacionado con el desarrollo de actuaciones o procedimientos tributarios o aduaneros, por tanto puesta al servicio de aquella obligación primordial que constituye la esencia del establecimiento de tributos.

El cumplimiento, por tanto, de la mera obligación formal de presentar la declaración no puede bastar para entender regularizada la situación tributaria, que se producirá cuando se cumpla la obligación principal. Así lo ha entendido la jurisprudencia del Tribunal Supremo al señalar que “si una persona defrauda a la Hacienda Pública eludiendo el pago de un impuestos, su situación tributaria sólo queda regularizada cuando, reconociendo la defraudación, satisface el impuesto eludido, no pudiendo decirse que ha regularizado su situación por el mero hecho de que, años después de realizarla, reconozca la defraudación –a ello equivale la presentación de la declaración

complementaria- cuando la misma, por otra parte, ya ha sido puesta de manifiesto por la actividad inspectora de la Administración” (Sentencia del Tribunal Supremo núm. 539/2003 (Sala de lo Penal), 30 de abril).

A ello no se opone, por lo demás, el artículo 179.3 de la vigente Ley General Tributaria, que se limita a establecer que “los obligados tributarios que voluntariamente regularicen su situación tributaria o subsanen las declaraciones, autoliquidaciones, comunicaciones de datos o solicitudes presentadas con anterioridad de forma incorrecta no incurrirán en responsabilidad por las infracciones tributarias cometidas con ocasión de la presentación de aquéllas”, máxime cuando después añade que “lo dispuesto en el párrafo anterior se entenderá sin perjuicio de lo previsto en el artículo 27 de esta Ley y de las posibles infracciones que puedan cometerse como consecuencia de la presentación tardía o incorrecta de las nuevas declaraciones, autoliquidaciones, comunicaciones de datos o solicitudes”.

Claro es que, **permitida por la misma legislación tributaria el pago aplazado o fraccionado, también debe ser eficaz para la regularización, aunque no se abone la totalidad de la deuda tributaria en el momento de presentar la autoliquidación, máxime cuando la Administración Tributaria puede exigir las garantías oportunas.** Y en el caso presente, la sociedad de la que era administrador único el acusado demostró su voluntad de hacer frente a los pagos aplazados, pues de la cuota líquida resultante de la autoliquidación realizada el 7 de julio de 1997 (38.316.923 pesetas), pedido el fraccionamiento de su pago, se han satisfecho posteriormente un total de 18.770.397 pesetas, con lo que la deuda tributaria no satisfecha ha quedado reducida considerablemente (a menos de los 120.000 euros que establece como límite el vigente artículo 305 del Código Penal). A estos efectos, no puede aceptarse lo que indica el informe de la Agencia Tributaria unido a los folios 5.156 y siguientes al decir que los citados pagos han sido aplicados a otras deudas distintas que la entidad tenía contraídas con la Hacienda Pública; conclusión que se opone a lo dispuestos en el artículo 63 de la misma Ley General Tributaria respecto de la imputación de pagos: **“El obligado al pago de varias deudas podrá imputar cada pago a la deuda que libremente determine”.**

Por su parte, otra línea jurisprudencial establece que: “respecto a la tercera alegación, que se hace en defensa del motivo, de haber presentado una declaración tributaria complementaria a la del año 2001 en el IRPF y que ello permitiría apreciar la excusa absolutoria prevista en el artículo 305.4 del Código Penal, tal alegación no puede ser compartida, ya que tal declaración resulta irrelevante, en este caso, a los efectos de la tipificación de la conducta, ya que previamente había sido puesta de manifiesto la defraudación tributaria por la actividad inspectora de la Administración, sin perjuicio de otros efectos

que pueda producir tal reparación posterior de la cuantía defraudada. El Tribunal de instancia argumenta, para rechazarla, **que no se ha producido ninguna regularización toda vez que las actuaciones que el acusado ha realizado para reparar el perjuicio causado a la Hacienda Pública han sido posteriores al inicio de las actuaciones de comprobación tributaria y, además no sujetándose a lo indicado por Hacienda, sino realizando unas liquidaciones a su gusto y medida, descubriéndose una total falta de propósito del recurrente de ser transparente con la Administración Tributaria.**

Y en esa misma línea se declara que “... regularizar es evidentemente un comportamiento activo del contribuyente que supone la asunción de una declaración complementaria y el consiguiente pago” recordando que “el fundamento de la aludida excusa absolutoria es la autodenuncia y la reparación. Por lo tanto, no es de aplicar cuando el sujeto tributario no ha reparado ni se ha autodenunciado; cuando faltan estos comportamientos la renuncia a la pena carece de fundamento”. Y es que es exigible una conducta positiva y eficaz del sujeto pasivo de la obligación contributiva que incluye, la autodenuncia (a través del reconocimiento voluntaria y veraz de la deuda, previo a las causas de bloqueo temporal legalmente previstas) y el ingreso de la deuda derivada de la defraudación, satisfaciendo ambas exigencias el pleno retorno a la legalidad al que el legislador ha querido anudar la renuncia al ius puniendi respecto del delito principal y sus instrumentales.

**Así pues habrá que diferir la solución de la cuestión planteada al dictado de la sentencia, en la que tras la práctica de la prueba pertinente, pueda fijarse el concreto momento en que el Sr. San Agapito decide realizar la regularización fiscal reseñada, así como averiguar la real intención del ahora recurrente, es decir, “su propósito o no de ser transparente con la Administración Tributaria”, tal y como se expresa en la Sentencia del Tribunal Supremo citada.**

Respecto de la operación referente a la **Sociedad Aragonesas de Finanzas Jacetanas** los procesados **Sres. Bravo Méndez y Godfrid Grinberg** critican la falta de indicios suficientes para mantener su procesamiento. Es cierto que en el propio Auto de procesamiento se indica que la finca de La Concepción podría tratarse en principio de una operación de futuro debidamente asesorada y analizada por la que se abona un precio en atención a una esperanza de desarrollo urbanístico. Es más la existencia de esos previos y cualificados asesoramientos (Sr. Clavero Arévalo, ERNST and Youn, BAKER and MCKENZIE) parecen compadecerse mal con una operación ilícita que requiere sigilo y encubrimiento.

Sin embargo, parece existir indicios de que el **Sr. Roca** participa en el 25% de esta sociedad a través de Inmuebles Divela y es quien compra la finca que un mes antes el Pleno municipal había aprobado provisionalmente la revisión del PGOU, de modo que el terreno inicialmente clasificado como no urbanizable, de interés forestal, pasa a ser urbanizable programado con calificación de residencial y son estos dos procesados quienes adquieren el 75% de las participaciones de Aragoneses. Y no puede soslayarse a efectos solo indiciarios que como ya se ha dicho el Sr. Roca era socio de dicha sociedad, compartiendo con estos procesados también sociedad en la empresa Golf Raquet Planet, sociedad que pretendía desarrollar un campo de golf en la referida finca La Concepción, llegando incluso a obtener la licencia de obras del Ayuntamiento de Marbella, aunque finalmente no se construyó, reseñando el Sr. Instructor una serie de datos indiciarios como son si los procesados conocían o no al Sr. Roca; si es lógico o no que recordaran la existencia de un convenio sobre esta finca con el Ayuntamiento; si este fue una mera propuesta o un convenio; si aprovecharon o no la supuesta posición de ventaja del Sr. Roca sobre el Ayuntamiento para obtener facilidades ilícitas del mismo; **cuestiones en su conjunto que obligan a acudir a juicio oral para comprobar si estamos realmente ante una operación lícita de futuro como mantienen los recurrentes, o ante un mero mecanismo de tráfico de influencias como aseguran las acusaciones.**

Respecto de **Invest Arcela S.L.** el procesado **Sr. Dema Rodríguez** era el Administrador único de la sociedad y después de vender su 50% a otra empresa del Sr. Roca, continúa en tal condición de Administrador único a pesar de que manifiesta que no percibe retribución alguna.

Y aunque admite haber recibido por tal venta 15 millones de pesetas, sin embargo, en los archivos informáticos se hace constar la percepción de 110 millones de pesetas, en pagos parciales que parecen corresponderse con los 15 millones que admite haber recibido en cheques, lo que unido a los otros indicios que refiere el Sr. Instructor han de considerarse como suficientes para justificar el procesamiento, sin perjuicio del valor probatorio que luego pueda dar la Sala a los referidos archivos informáticos, y puedan las Acusaciones acreditar el pago de esa cantidad superior a la reconocida por el procesado.

Con respecto a la **operación Francisco Norte** el Auto de procesamiento reseña que la finca 29965 fue cedida por la Junta de Andalucía como equipamiento deportivo, siendo desafectada por el Pleno Municipal de 13-10-94 y la califica como bien patrimonial. Por su parte la finca 8115 es adquirida por la empresa CUMANA propiedad del **Sr. Roca** y representada por el Sr. **Sánchez Zubizarreta**, vendida a PRODINSA que ese mismo día la permuta con el Ayuntamiento, en cuantías tales que según el Sr. Instructor, el Sr. Roca obtiene

unas ganancias de 45 millones ptas. en año y medio, y el **Sr. Arteche** 40 millones ptas. en un mismo día.

Y es que habrá de comprobarse en el plenario si fue ajustado a derecho el Convenio celebrado el día 16-11-02 entre el Ayuntamiento de Marbella representado por el **Sr. Muñoz Palomo** como Alcalde y la entidad OBARINSA S.A. representada por el **Sr. Arteche Tarascon**, quien ante la imposibilidad de construir en los terrenos de Francisco Norte conforme al PGOU de 1986 reclamaba 601.012,10 € que tuvo que pagar a ROAD MARKET en calidad de indemnización como propietarios de la finca permutada, así como 414.880, 35 € por gastos sufragados por OBARINSA, por lo que se pacta en el referido Convenio **una compensación económica** por esta última cantidad y con cargo al Ayuntamiento, **cuya procedencia y legalidad** es puesta en entredicho por las acusaciones y que habrá de comprobarse en el plenario, al ser imposible de determinar en este momento procesal.

Determinándose igualmente si hubo acuerdo previo entre los **Sres. Muñoz, Roca y Arteche** para que se beneficiaran estos últimos con la supuesta contraprestación económica al primero y en perjuicio del patrimonio del Ayuntamiento.

Será en el plenario donde pueda determinarse **si el documento atribuido al Sr. Secretario Municipal puede gozar de la consideración de certificación a los efectos del art. 390 del Código Penal o de un documento burdo e inútil a tales efectos como mantiene la defensa del Sr. Barrantes**. Habrá que comprobar **si el tampón** utilizado en dicho documento era de utilización exclusiva del Sr. Secretario o estaba al alcance de cualquier funcionario del Ayuntamiento. Si era usual la utilización del mismo por cualquier funcionario como forma de agilizar el trabajo administrativo del órgano municipal. En definitiva, si existe o no dolo falsario como elemento subjetivo del injusto característico de la infracción penal imputada. Y la explicación que pueda darse a la divergencia entre tal documento y el contenido del Acta de la Comisión de gobierno correspondiente.

Lo mismo cabe decir sobre la intervención del Sr. Barrantes en el **reconocimiento de la deuda al Sr. Arteche** considerada por el Ministerio Público como totalmente ilegal. Al igual que respecto del Sr. Mora como tasador que se considera buscado de propósito como personal externo para realizar este tipo de operaciones, pese a que el ayuntamiento disponía de técnicos cualificados para realizarlas. Y comprobar si **el Sr. Gilbert García** como representante de la empresa Fólder contribuía a ocultar como testafarro los bienes del Sr. Roca tal y como imputa el Ministerio Fiscal.

Respecto de la llamada operación **Crucero Banús** habrá que comprobar si por parte de **Sr. San Agapito** se ha producido o no un afloramiento de fondos ocultos, o parte del dinero entregado a la Sra. Román procedía de la retirada de fondos de una cuenta del procesado fruto de su anterior inversión en Development Project y si se corresponde con la declaración contenida en el IRPF de 2.001, cuestión que no puede dilucidar ahora la Sala, salvo que se procediese a adelantar el acto del plenario.

Y lo mismo cabe decir respecto del ejercicio del 2.002, ya que habrá de determinarse si la cantidad de dinero entregada por el procesado fue en su totalidad para la adquisición del terreno o para la inversión en la mercantil Yambali, así como si deviene acertada y correcta la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo con las consecuencias jurídicas de ella derivadas.

En cuanto al **Sr. Román** se considera indiciariamente que participó en el 62,5% del capital social de la entidad suiza Lispag, supuestamente a través de su hija Dña. María Pilar Román Martín, junto con un 15% del Sr. Roca, otro 15% del Sr. San Agapito y el restante 7% del Sr. Hoffman, habiéndose intervenido documentación en el registro practicado en el despacho profesional de este último de la que pudiera desprenderse que fue el Sr. Román quien aportó la inicial cantidad de 3.337.090,72 €, cuyo origen no aparece suficientemente acreditado según el Ministerio Fiscal. Lo que unido al hecho objetivo de que los procesados se reservaran, según parece desprenderse de la documentación aportada por la Policía un 10% tras la venta del 90% de Yambali al Sr. Avila Rojas para participar en la posterior edificación a realizar en el terreno de referencia por parte de este último promotor. Asimismo de la existencia de las fiduciarias y demás datos consignados en los folios 75 a 83 del Auto de procesamiento, entiende la Sala que existe meritos suficientes a nivel indiciario para mantener el procesamiento por este delito de blanqueo.

Y lo mismo cabe decir respecto de los **restantes delitos de blanqueo imputados al Sr. Román** (folios 86 a 89 del segundo Auto de procesamiento) en los que se consigna la declaración del propio procesado aclarando que el beneficiario de la fundación Lare (Liechtenstein) es su hija aunque el toma todas las decisiones, y que VERAM AG es propiedad de Lare, desconociendo si su hija ha firmado algún contrato de fiducia con el administrador de VERAM AG Sr. Bauman. Siendo así que el mismo día la hija declara que esta última propiedad es de su padre.

Pues bien así las cosas habrá que determinar en el plenario si las operaciones efectuadas por esta empresa han producido las ganancias patrimoniales que se dicen no declaradas y generadoras de las cuotas defraudadas en la cuantía que se recoge en el Auto de procesamiento.

Habrá que determinar asimismo si existió **el concierto** que se afirma entre los cuatro procesados prevaliéndose supuestamente de esa posición privilegiada que se afirma por las Acusaciones mantenía el **Sr. Roca** en el Ayuntamiento de Marbella, a través del cual podría asegurarse un incremento de edificabilidad que hiciese esta operación promotora especialmente rentable desde el punto de vista económico dada la revalorización supuestamente irregular experimentada por el suelo tras la firma del correspondiente Convenio con el Consistorio Marbellí.

Finalmente, es el **Sr Hoffmann** quien como administrador y representante de la sociedad Yambali 2000 S.L. firma un convenio urbanístico con el Ayuntamiento de Marbella a través de su Alcalde accidental Sr. Muñoz Palomo, convenio ratificado por la Comisión de Gobierno el día 25-9-02, pasando el terrero de tener una calificación de comercial con una edificabilidad de 532 m<sup>2</sup>, a uso residencial con una altura máxima de PB+1 y edificabilidad total de 11.416 m<sup>3</sup>, siendo el informe del tasador posterior al convenio. A resultas de tal recalificación de terrenos el Sr. Hoffman y los restantes coprocesados obtienen lo que el Auto de procesamiento califica como pingues beneficios, y actuando bajo el “paraguas societario de Lispg AG”, sociedad anónima de nacionalidad Suiza, en cierto momento representada por el Sr. Hoffman, supuestamente eluden el pago de los correspondientes impuestos, al parecer, tanto en España, como en Suiza, según mantienen las Acusaciones.

Por lo que es en el plenario donde habrá de determinarse si como dice el **Sr. Hoffmann** las hojas de cálculo halladas en el registro eran meros proyectos o fiel transcripción de lo imputado; si al no poder construir el promotor se han producido o no perjuicios al Ayuntamiento; si hay lugar o no a liquidación al no haber habido reparto de beneficios según el recurrente; si era de aplicación el tipo general o especial; si la cuota tributaria es inferior o no a 120.000 €, etc.

Con respecto del **Sr. Roca Nicolás** este segundo auto de procesamiento en sus folios iniciales relata la situación económica de este procesado, el entramado de empresas con las que tiene relación, los procedimientos judiciales que le vienen afectando y llega a la conclusión provisoria de que existen serias sospechas de que parte de sus ingresos están relacionados con sus actividades delictivas, **habiendo intentado ocultarlo**, dicho todo ello a título meramente indiciario, y darle apariencia de legitimidad a través de ese complejo entramado societario al que se ha hecho referencia, valiéndose de terceras personas a tales efectos.

Después a lo largo del procesamiento ha ido desgranando lo que según su criterio constituyen indicios racionales de criminalidad que le incriminan en

estos hechos, basándose siempre en **la situación de carácter privilegiada, de dominio y de influencia que el mismo ejercía sobre los miembros de la Corporación Municipal**. Y precisamente esa cualidad de preeminencia y de dominio es la que tendrán que acreditar las Acusaciones tanto pública como privada para que pueda servir de sustento a gran parte de las imputaciones que se mantienen contra los procesados, sin que la Sala pueda pronunciarse sobre ello en este momento procesal.

Con respecto a **D. Francisco Antonio Soriano Pastor**, al parecer, es quien constituye la mercantil **Investbardulia** el día 31-10-97 con una participación social con un valor nominal de 10.000 pts cuyo desembolso corre a cargo de la sociedad Vanda Agropecuaria S.L. (antes Inmuebles Urbanos S.L.) habiendo reconocido el Sr. Roca y los miembros del Gabinete Jurídico Soriano Pastor que el 50% de dicha sociedad es propiedad del Sr. Roca.

En el despacho del Gabinete Jurídico se interviene un contrato de fecha 1-12-07 por el que supuestamente **la Sra. Bismarck** como administradora de la Sociedad **Pingüe S.L.** vende a la sociedad Investbardulia representada por D. Francisco Antonio Soriano 17.000 m<sup>3</sup> de su propiedad por 34 millones pts. Estos terrenos fueron objeto de **convenio con el Ayuntamiento el día 13-12-96** ratificado en pleno el 4-2-97 y **pasaron de estar calificados como suelo no urbanizable en el PGOU de 1986 a calificarse como suelo urbanizable programado para viviendas unifamiliares exentas**.

En el contrato de compraventa se establece al parecer una **condición suspensiva** a la aprobación antes del 31-12-99 del nuevo PGOU, comprometiéndose el vendedor a devolver el dinero en caso contrario, y pese a que no se llegó a aprobar dicho plan, parece ser que se siguió abonándose el precio aplazado y aceptándose el mismo, de modo que el último pago del precio aplazado, 24.040 € fue transferido por D. Francisco desde la cuenta de Investbardulia mediante transferencia a la cuenta de Plenitud Inversiones S.L. sucesora de Pingüe S.L., habiendo transferido, al parecer, los 24.040€ previamente desde la cuenta de Vanda a Invesbardulia, todo ello dicho a título meramente indiciario y en palabras del Sr. Instructor.

Habrà, pues, que **comprobar en el plenario** si hubo algún tipo de connivencia entre el Sr. Roca y los imputados por estos hechos, concretamente si D. Francisco Antonio Soriano actuó en beneficio propio en estos hechos, o como mero representante y fiduciario de la sociedad reseñada; si su actuación fue meramente profesional, como miembro del Gabinete Jurídico al que el Sr. Roca realizó el encargo profesional pertinente, sin haber intervenido para nada en las negociaciones previas conducentes a fijar las condiciones, precio y forma de pago de la compraventa, tal y como se aduce en el escrito de recurso,

resaltando su condición de mero administrador fiduciario, limitándose a firmar el mencionado documento y a comprobar si jurídicamente se ajustaba a la exigencia del Código Civil; máxime cuando al parecer el precio pactado se satisfizo **a través de medios de pago bancarios habituales e instrumentos mercantiles legales, como cheques y letras de cambio, que se compadecen mal con la reserva y sigilo características de las operaciones que las acusaciones reputan ilícitas.**

En relación con **D. Juan Luis Soriano Pastor** lleva razón el recurrente al afirmar que su intervención en estos hechos es mucho menor, pues se deriva exclusivamente del hecho de formar parte del Gabinete Jurídico supuestamente gestor de los intereses patrimoniales y societarios del Sr. Roca; ser representante de la Sociedad Vanda Agropecuaria propiedad del Sr. Roca, poseyendo 149 participaciones con valor nominal de 1.490.000 pts, constituyente de la referida Sociedad Investbardulia, adquirente del terreno de referencia con el supuesto incremento patrimonial derivado de la recalificación municipal del mismo; conocedor de los negocios del Sr. Roca; debiendo acreditarse en el plenario si de estos datos indiciarios existentes puede atribuírsele responsabilidad alguna en el delito de blanqueo de capitales que se imputa a estos cuatro procesados, es decir, si actuó en connivencia con el Sr. Roca para ocultar las operaciones descritas a través del entramado societario reseñado.

Lo mismo cabe predicar de la **Sra. Von Bismarck** quien ya reconoció que sabía que el Sr. Roca trabajaba en el Ayuntamiento de Marbella, admitiendo que tal dato era un hecho público y notorio en la ciudad, con independencia de qué valor probatorio pueda tener tal indicio en el plenario, al igual que el conocimiento del mismo en el año 2002; asimismo la Sra Von Bismarck era, como ya se ha dicho **representante legal de la sociedad vendedora Pingüe** en el momento de la venta, pero al parecer dejó de serlo, según el escrito de recurso el 9 de noviembre de 2000, mientras que el último pago se verifica en el año 2002, de suerte que habrá que valorar la posición jurídica de la misma en esos últimos años y con el hecho de que plenitud de Inversiones S.L. (que vino a absorber a Pingüe S.A) no instara la facultad de resolver el contrato por falta de revisión legal del PGOU de Marbella y por no haberse abonado los pagos parciales en plazo. En definitiva **habrá de acreditarse en el plenario la connivencia, en su caso, con el Sr.Roca o si se trata de una mera relación comercial.**

Finalmente, en cuanto al **Sr. Roca** lleva razón su representación procesal cuando afirma que el mismo no participó de forma directa en el convenio, ni tampoco participó en los actos preparatorios del contrato. Pero es que no es eso lo que parece que se le imputa, sino el estar tras ese entramado

empresarial desde donde dirigía supuestamente la referida operación basándose según el Sr. Instructor “en la vinculación del Sr. Roca con el Ayuntamiento de Marbella en aquella fecha, en su capacidad decisoria en materia urbanística, en su capacidad económica y su situación procesal actual con numerosas imputaciones en procedimientos penales y condena por la Audiencia Nacional”.

**Y esa relación de influencia y capacidad de decisión es lo que tendrán que acreditar las acusaciones en el plenario como base y fundamento sobre los que se construye la mayor parte de las imputaciones contra el Sr. Roca;** dilucidándose, además, si el Sr. Roca trabajaba para el Ayuntamiento en la sociedad denominada Planeamiento 2000 S.L. creada por el Ayuntamiento, o si como el afirma “nunca prestó sus servicios para la Corporación marbellí”. Habrá que valorar en sentencia, tras la celebración de la pertinente prueba en el plenario, **el valor que pueda darse a las declaraciones supuestamente incriminatorias de otros coprocesados,** atendiendo a los requisitos que exigen tanto el Tribunal Supremo como el Tribunal Constitucional para atribuirle validez como prueba de cargo.

Será en el plenario donde se determine **el valor probatorio de los oficios de la UDYCO** respecto de alguno de los cuales se dice que carece de firma y sello. Así como del número real de folios de que se compone alguno de ellos, como interesa la defensa del Sr. Jorrín.

Se comprobará en dicho momento procesal si realmente **obra en las actuaciones o no el auto que acordaba la detención del Sr. Julio de Marco Rodríguez,** extremo que no puede comprobar la Sala analizando toda la documentación. Asimismo, es cuestión de fondo y no de pronunciamiento previo si existieron o no coacciones o presiones del Ayuntamiento hacia la empresa como afirma su defensa.

Se determinara también si la actuación del **Sr. Hachuel** excedía o no de mero jefe de seguridad del Sr. Roca, comprobándose su intervención en los hechos el día de la intervención del dinero.

Se comprobará si la incidencia con la Compañía Telefónica **AMENA** derivada de la solicitud de intervención telefónica que no se pudo practicar por no corresponder con el abonado fue un mero error o no, así como la trascendencia que el mismo pudiera tener a efectos de validez de esas concretas intervenciones telefónicas.

Se solventará también si las Sociedades Development Project Inversiones, Paduana y Atocha 49, sobre las que se han adoptado medidas cautelares, y

que constituyen según la defensa personas jurídicas, en sentido técnico jurídico, que no han sido objeto de acusación, deben ser alzadas tales medidas, o si por el contrario, como dice el Ministerio Público, deben mantenerse por ser sociedades tapaderas del Sr. Román Zurdo.

Se podrá comprobar si es o no correcta la imputación referida a los **Sres. Blasco y Godfrid** por delito que presupone la consideración de funcionarios públicos y si la supuesta concurrencia con el Sr. Roca (si es que gozara de dicha cualidad) sería suficiente para su imputación.

Con respecto del **Sr. Dema Rodríguez**, para la Sala no tiene trascendencia alguna a efectos probatorios de los hechos que se le imputan, el supuesto perfil criminológico que según la defensa pretende atribuirle la policía. Habrá que acreditar en juicio que los negocios fiduciarios en los que se dice haber intervenido eran ilegítimos, partiendo el Tribunal precisamente de la posición contraria, la de la licitud de su intervención.

También habrá que comprobar en el juicio oral si estamos o no en presencia del **delito provocado** invocado por la defensa del Sr. Gómez Sánchez, ya que dicha cuestión, en modo alguno puede ser considerada como cuestión previa al juicio oral.

Tampoco puede considerarse como cuestión previa la relativa al acrónimo **JAG**. La Sala no tiene formada opinión sobre este asunto y entiende, prudentemente, que tiene que esperar a ver la evolución del juicio oral, antes de pronunciarse sobre la misma.

**Además de todos los temas reflejados en este apartado, la Sala comprende que no se han agotado las cuestiones planteadas durante las largas exposiciones de las cuestiones previas, que no merecen este calificativo al versar sobre el fondo del asunto, es decir, sobre la naturaleza de los tipos delictivos imputados la intervención o no de los procesados en los mismos o el título o concepto de dicha participación, cuya determinación exacta solo puede verificarse en el plenario.**

Para concluir esta materia, el Tribunal se reafirma en el criterio ya reflejado en los Autos resolutorios de los recursos de apelación interpuestos contra los Autos de procesamiento y mantiene que es plenamente consciente de un lado, de la gravedad de los delitos imputados y la trascendencia económica que, caso de acreditarse, pudieran haber ocasionado en la sociedad de Marbella; y de otro lado el perjuicio que este tipo de macro procesos de extraordinaria influencia mediática producen de hecho en la fama, en la profesión y en el patrimonio de los imputados, compartiendo con las

defensas la conveniencia de evitar en la medida de o posible la indeseada **“pena de banquillo”**.

Pero dada la complejidad de la causa, el entramado societario explicitado en el Auto de procesamiento, las relaciones profesionales, económicas, jerárquicas e incluso familiares invocadas, hacen **imposible de hecho** que la Sala pueda pronunciarse sobre estas cuestiones con suficiente conocimiento de causa, **reiterando la necesidad de celebración del plenario para poder emitir un juicio real sobre la supuesta participación de los distintos procesados en cada hecho imputado y sobre la hipotética responsabilidad penal de los mismos.**