

Nº: 1732/2008

Ponente Excmo. Sr. D.: Joaquín Delgado García

Vista: 11/03/2009

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

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Penal

SENTENCIA Nº: 308/2009

Excmos. Sres.:

D. Adolfo Prego de Oliver y Tolivar
D. Perfecto Andrés Ibáñez
D. José Manuel Maza Martín
D. Luciano Varela Castro
D. Joaquín Delgado García

En nombre del Rey

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

SENTENCIA

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

En los recursos de casación por infracción de ley y de precepto

constitucional, que ante este tribunal penden, interpuestos por los acusados **FRANCISCO JAVIER DE URQUÍA PEÑA** representado por el procurador Sr. Fernández Castro y **JUAN ANTONIO ROCA NICOLÁS** representado por el procurador Sr. Torrecilla Jiménez, contra la sentencia dictada el 7 de agosto de 2008 por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla, que entre otros pronunciamientos absolutorios les condenó por delito de cohecho a ambos y al primero además por un delito de prevaricación, los componentes de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, que al margen se expresan, se han reunido para su vista y fallo. Ha sido parte el Ministerio Fiscal y ponente Joaquín Delgado García.

I. ANTECEDENTES

1.- En el Procedimiento Abreviado 2/2008 procedente de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla, seguido por delito de prevaricación judicial, delito de asesoramiento accidental o negociación prohibida a funcionario publico, delito de cohecho activo y un delito de cohecho pasivo contra **FRANCISCO JAVIER DE URQUÍA PEÑA, JUAN ANTONIO ROCA NICOLÁS y ARNAUD FABRICE ALBOUHAIR**, se dictó sentencia con fecha 7 de agosto de 2008, que contiene los siguientes **HECHOS PROBADOS**:

"Probado, y así se declara que: PRIMERO.- A finales de enero o principios de febrero del año 2006 el acusado aforado Francisco Javier De Urquía Peña -mayor de edad, con DNI núm. 21.482.826 K sin antecedentes penales, Magistrado titular del Juzgado de Instrucción núm. 2 de Marbella- decidió comprar la vivienda unifamiliar número 46 A de la Urbanización Azalea Beach, próxima a su domicilio y sita en el término municipal de Marbella, que resultó ser propiedad de la mercantil "SANITARIA SL". A tal efecto solicitó la mediación de Fernando Blázquez

Fernández, amigo personal que conocía al administrador de dicha sociedad, José María Pino García. Aquél tras comprobar la disposición del propietario para la venta del inmueble, puso en comunicación al acusado aforado con Santiago Pino García, a quien había encomendado las negociaciones su hermano.

Resuelto a hacer la compra, en días posteriores al 7 de febrero, el acusado aforado encargó a su amigo el también acusado Arnaud Fabrice Abouhair -mayor de edad, de nacionalidad francesa, sin antecedentes penales y con número de pasaporte 02AE89796- que le buscara un abogado para redactar los documentos necesarios para la compra de la vivienda. Así lo hizo este último quien transmitió el encargo al también acusado Juan Antonio Roca Nicolás -mayor de edad, sin antecedentes penales, con DNI núm. 22.902.765-D, entonces gerente de la sociedad municipal "Gerencia de Obras y Servicios de Marbella SL", antes denominada "Planeamiento 2000 SL"- quien aceptó la encomienda, con conocimiento del acusado aforado, ya que ambos se conocían desde finales del año 2005, eran amigos comunes de Arnaud Fabrice y habían coincidido y conversado al menos en varias ocasiones en el restaurante y local de ocio de Arnaud en Marbella.

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

El día 16 de marzo de 2006, el Magistrado acusado, para favorecer a Juan Antonio Roca y de la manera que se relatará en el apartado SEGUNDO de esta sentencia dictó un Auto por el que accedía a la petición de Juan Antonio Roca y suspendió cautelarmente la emisión de un programa televisivo titulado "Misión Imposible: Operación JAR" alusivo a distintas actividades de aquél, algunas de ellas investigadas en el Juzgado Central de Instrucción núm. 6 de Madrid. El auto de suspensión cautelar se dictó por el Magistrado en un procedimiento penal de Diligencias Previas, cuyo archivo había decretado el día anterior, sin diligencia probatoria alguna y sin constar recurso alguno de las partes.

Tras la suspensión judicial cautelar de la emisión del programa televisivo, en la mañana del día siguiente, 17 de marzo,

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

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

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

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

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

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

c) (sic) La cantidad de 10.800,00 euros en concepto de intereses devengados al 3% por el aplazamiento del pago de 180.000,00 euros que se abona por la parte compradora en el momento de la firma del contrato privado, sirviendo el mismo contrato como "eficaz carta de pago de dicho importe", según la cláusula quinta del mismo.

En las conversaciones telefónicas acordaron que, al margen de la cantidad reflejada como precio de venta (360.000 euros, según Estipulación Segunda del contrato), el comprador debía abonar al vendedor 63.000,00 euros en metálico en el momento de la firma de dicho contrato privado; de tal manera que el precio real

de venta alcanzaba la cifra de 423.000,00 euros, aparte la cantidad de 10.800,00 euros correspondiente al importe de los intereses por el precio aplazado.

3º) El acusado Juan Antonio Roca Nicolás confeccionó en soportes informáticos -sendos documentos Word denominados "contrato de compraventa" y "recibo contrato compraventa", respectivamente- tanto el contrato privado de compraventa que se acaba de relatar, como un recibo también fechado el 17 de marzo, por el importe de una de las entregas en metálico acordadas (la de 63.000 euros). Incluyó los datos personales del comprador, los datos de la entidad vendedora Sanitaria 2000 SL, los datos registrales de la finca objeto de la venta, precio de la misma, forma de pago, y demás estipulaciones dejando la identificación de la cochera al momento de la firma del contrato, que se añadiría de manera manuscrita una vez eligiera entre dos posibles el comprador y acusado Francisco Javier De Urquía Peña, añadido manuscrito que efectivamente se realizó.

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

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

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

privado.

Al objeto de contabilizar la entrega de las cantidades, poco tiempo después y como era habitual, el acusado Juan Antonio Roca Nicolás, ordenó a Salvador Gardoqui Arias -quien llevaba su contabilidad personal- que realizara en las Hojas de Contabilidad de Maras Asesores, correspondientes al mes de marzo de 2006, dos anotaciones contables de fecha 17 de marzo por tales cantidades (63.000 euros y 10.800 euros) extraídas de la denominada Caja General -correspondiente a un fondo cuya disposición correspondía exclusivamente al referido acusado -para su trasvase a la cuenta denominada "Caja Ayuntamiento Cuenta núm. 1" que reflejaba las salidas, y en cuya Hoja de Contabilidad aparecen otra vez las dos cantidades anotadas, con fecha 17 de marzo con la indicación "sobre" y como empresa "Ayuntamiento" con la abreviatura "Ayto".

El acusado Juan Antonio Roca utilizaba la denominación "Ayuntamiento", dentro de la casilla de "Empresa" que contenían sus Hojas de Contabilidad, para contabilizar las cantidades de dinero que entregaba a otras personas, prestaran o no servicios en el ayuntamiento a diferencia de la anotación de "Particular" que se referían a gastos personales.

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

7º) Como el acusado Juan Antonio Roca Nicolás fue detenido el día 29 de marzo de 2006 -en el marco de la investigación que se realizaba en las Diligencias Previa núm. 4.796/2005, seguidas ante el Juzgado de Instrucción núm. 5 de Marbella- el Magistrado acusado solicitó a su amigo empleado de banca la ampliación del préstamo hipotecario hasta el importe total del precio de venta que figuraría en la escritura de compraventa -esto es, 360.000,00 euros- y pidió a José María Pino cambiar la forma de pago estipulada en el contrato privado de compraventa. Con esta nueva forma de pago se extendió Escritura Pública notarial el día 7 de abril de 2006, momento en el que el acusado Francisco Javier De Urquía paga el total del precio consignado en la escritura con un cheque bancario extendido por la caja San

Fernando, en favor de Sanitaria 2000 SL , al tiempo que suscribe el préstamo hipotecario. Circunstancia esta que determinó que el vendedor José María Pino devolviera al acusado Francisco Javier De Urquía la cantidad de 10.800 euros que había recibido el día de la firma del contrato privado como importe de los intereses por el aplazamiento de parte del precio de venta.

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

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

Según la denuncia tales hechos podrían ser constitutivos de delitos contra la intimidad y contra el derecho a la propia imagen -previstos en el art. 197 del C. penal- y en el párrafo anterior al Suplico de la misma anunciaba que "Dado que las emisiones de TV que hace el denunciado contiene conceptos y manifestaciones claramente calumniosas y/o injuriosas, el aquí denunciante, formulará la preceptiva querrela personándose en las actuaciones para ejercitar las acciones que le corresponden". Terminaba el escrito de denuncia solicitando, de conformidad con los artículos 13 y 544 bis de la L.E.Crim., y concordantes: "Se acuerde la inmediata suspensión de las emisiones en que se cometen los hechos y, la ocupación de los soportes mecánicos o magnéticos en que se encuentra la grabación...".

2º.- En la mañana del día siguiente, 15 de marzo de 2006, el Magistrado acusado redactó y firmó un Auto de incoación de Diligencias Previas -registradas con el número 1167/06- por un posible delito de injurias. Acuerda, además, recibir declaración al denunciante y al denunciado, recabar su hoja histórico penal y

literalmente: "la inmediata suspensión de la redifusión del programa "Misión imposible: Operación JAR" requiriendo al denunciado para la aportación al Juzgado, en el término de una audiencia de los soportes mecánicos o magnéticos en los que se encuentra la grabación, y para que se abstenga de emitir dicho reportaje, bajo apercibimiento de cierre y precinto de las instalaciones de la referida emisora. Este Auto se notifica esa misma mañana a la Procuradora del Acusado Juan Antonio Roca y al denunciado, con citación para toma de declaración el día 28 de marzo y el 4 de abril respectivamente.

3º.- Tras realizar una rueda de prensa para informar a los medios de comunicación de la suspensión judicial de la emisión del programa, el denunciado Cristóbal Toro Ortiz y su abogado se entrevistaron con el magistrado acusado, para exponerle que la ley exigía la forma de "querrela" para poder iniciar un procedimiento penal por injurias, además de una certificación de haber celebrado el acto de conciliación o de haberlo intentado sin efecto. Como consecuencia de esta entrevista, esa misma mañana, el acusado aforado redacta y firma un segundo Auto de fecha 15 de marzo de 2006 por el cual anula el primero y decreta el archivo de las actuaciones. Motiva esta decisión de la siguiente manera: "Este instructor ha padecido un evidente error en el auto de fecha de hoy, de incoación de las presentes, pues el denunciante ha incumplido lo establecido en el art. 804 en relación con el art. 278 de la LECrim., en cuanto a la forma de iniciación del procedimiento de injurias y calumnias proferidas contra particulares, ya que se presentó denuncia en vez de querrela y no aportó certificación de haber intentado sin efecto el preceptivo acto de conciliación". En la "Parte Dispositiva" de este segundo Auto acuerda, literalmente lo siguiente: "la nulidad del auto de incoación de las presentes de fecha de hoy, inadmitiendo a trámite la denuncia presentada por Doña Irene Molinero Romero, en nombre y representación de Juan Antonio Roca Nicolás y decretando el archivo de las actuaciones. Notifíquese esta resolución a las partes, haciéndoles saber que contra la misma podrán interponer, ante este Juzgado, recurso de reforma en el plazo de tres días y subsidiariamente con el anterior o por separado, recurso de apelación en el plazo de cinco días. Así lo acuerda, manda y firma Don Francisco Javier de Urquía Peña, Magistrado Juez del Juzgado de Instrucción núm. 2 de Marbella".

Este segundo auto se dictó sin practicar diligencia probatoria alguna y tras el acta de comparecencia por la cual el denunciado designaba Procuradora y abogado que le representaran en la causa penal. Aproximadamente al medio día se

notifica a Cristóbal Toro Ortiz, quien reanuda la emisión televisiva del programa de manera ininterrumpida. La notificación del auto a la Procuradora del acusado Juan Antonio Roca consta que se realizó al día siguiente 16 de marzo.

4º.- Ante la reanudación del programa televisivo a las 14.50:40 horas de ese mismo día 15 de marzo de 2006, el acusado Arnaud Fabrice Albouhair, amigo común de los otros dos acusados, llamó la teléfono 600 00 24 30, usado por Juan Antonio Roca Nicolás -cuya interceptación estaba autorizada por Auto judicial de fecha 24 de febrero de 2006, dictado en Diligencias Previas núm. 4796/2005, seguidas ante el Juzgado de Instrucción núm. 5 de Marbella- y, de manera simultánea, le repite la información que le proporcionaba el acusado Francisco Javier De Urquía Peña, quien se hallaba junto al mismo Arnaud; explicándole que el programa se emitía de nuevo porque su abogado presentó denuncia y no querrela, obligatoria tratándose de calumnias, y que era necesario aportar papeleta de conciliación. La conversación concluyó con el acuerdo entre el acusado aforado y Juan Antonio Roca Nicolás de que la querrela se presentaría al día siguiente y que el programa no se emitiría.

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

El escrito de querrela estaba dirigido, literalmente "Al juzgado de Instrucción núm. 21 de Marbella" y "para su unión a las Diligencias Previas núm. 1167/2006, que instruye por los mismos hechos". Tiene fecha de ese mismo día 16 y está firmado por el propio acusado Juan Antonio Roca Nicolás.

Dicho escrito se acompañaba de copias de los dos siguientes escritos: a) copia de Poder General para pleitos otorgado, a favor de la mencionada Procuradora de Tribunales, y b) copia de un escrito encabezado con las palabras "PAPELETA DE ACTO DE CONCILIACIÓN" dirigido al "Juzgado de Primera

Instancia que por turno de reparto corresponda de los de Marbella” solicitando señalamiento de día y hora para celebrar acto de conciliación con Cristóbal Toro. Este escrito consta presentado ese mismo día 16 de marzo en “Registro General de Entrada” del Decanato de los Juzgados de Marbella.

6º.- Con la copia del escrito de querrela -sellada su presentación por el Decanato- el Magistrado acusado Francisco Javier De Urquía Peña, redactó y firmó en la mañana de ese mismo día 16 de marzo de 2006 un tercer Auto. En esta tercera resolución copia literalmente los tres razonamientos jurídicos y la parte dispositiva del primer Auto de 15 de marzo anulado; ordenando nuevamente, la incoación de las Diligencias Previas núm. 1167/2006, y la inmediata suspensión de la redifusión del programa “Misión Imposible: Operación JAR”, con los mismos requerimientos del primer auto.

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

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

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

2.- El Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla, dictó el siguiente pronunciamiento:

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

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

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

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

b) Como autor criminalmente responsable sin la

conurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal de un delito de cohecho, ya definido, a la pena de dos años de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de dicha condena; multa en cuantía de 73.800 euros, con la responsabilidad personal y subsidiaria de un mes caso de impago; y siete años de inhabilitación especial para empleo o cargo público que implique el desempeño de funciones judiciales. Así como al abono de las dos cuartas partes del total de las costas procesales.

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

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

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

3.- Notificada la anterior sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por quebrantamiento de forma e infracción de ley y de precepto constitucional por los acusados FRANCISCO JAVIER DE URQUÍA PEÑA, JUAN ANTONIO ROCA NICOLÁS, que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

4.- El recurso interpuesto por la representación **del acusado FRANCISCO JAVIER DE URQUÍA PEÑA**, se basó en los siguientes **MOTIVOS DE CASACION: Primero.-** Al amparo del art. 852 de la LECr vulneración del art. 24.2 y 125 de la CE por infracción del derecho al juez predeterminado por la ley. **Segundo.-** Por la vía del art. 5.4 de la LOPJ, y 852 LECr denuncia infracción art. 746 LECr. **Tercero.-** Al amparo del art. 852 LECr vulneración del principio acusatorio. **Cuarto.-** Al amparo del art. 852 LECr infracción del art. 24.2 CE con infracción de los derechos fundamentales a la defensa y a un proceso con todas las garantías por el acuerdo del Sr. Roca con la Fiscalía. **Quinto.-** Al amparo del art. 852 de la LECr vulneración del art. 24.1 CE por haberse infringido el derecho a la tutela judicial efectiva, por la irracional y arbitraria motivación de la sentencia. **Sexto.-** Quebrantamiento de forma al amparo del art. 851.1 LECr, por contradicción en los hechos probados. **Séptimo.-** Al amparo del art. 852 LECr vulneración del art. 24.2 CE, transgresión del derecho a un proceso con todas las garantías por la ausencia de garantía legal en la conversación e incorporación a autos de las conversaciones telefónicas intervenidas. **Octavo.-** Al amparo del art. 849.2 LECr vulneración del art. 24.2 CE. **Noveno.-** Al amparo del art. 849.2 de la LECr, error de hecho en la apreciación de la prueba. **Décimo.-** Al amparo del art. 849.1 LECr infracción del art. 419 CP. **Undécimo.-** Infracción de ley del nº 1 del art. 849 LECr infracción del art. 446 del CP. **Duodécimo.-** Al amparo del art. 852 LECr en relación con el art. 24 y 120.3 CE por infracción del art. 50.5 CP.

5.- El recurso interpuesto por la representación **del acusado JUAN ANTONIO ROCA NICOLÁS**, se basó en el siguiente **MOTIVO DE CASACION: Único.-** Al amparo del art. 5.4 LOPJ vulneración del art. 24.1 y 2 de la CE en relación con el art. 18.3 de la CE y 11.1 de la LOPJ.

6.- Instruidas las partes de los recursos interpuestos, la sala los admitió a

trámite y quedaron conclusos los autos para señalamiento de vista pública cuando por turno correspondiera.

7.- Hecho el correspondiente señalamiento se celebró la vista el día 11 de marzo del año 2009, con la asistencia de los letrados recurrentes: D. Nicolás González-Cuellar Serrano por D. Francisco Javier de Urquía y D. José Anibal Álvarez García por D. Juan Antonio Roca Nicolás que informaron sobre el recurso; y del Ministerio Fiscal que se ratificó en el informe y solicitó la desestimación del recurso.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia recurrida, 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, condenó a **Francisco Javier de Urquía Peña** por unos hechos realizados en el ejercicio abusivo de sus funciones de magistrado titular del Juzgado de Instrucción nº 2 de Marbella (Málaga) por un delito de **prevaricación judicial** del art. 446.3 CP, por el que le sancionó con 12 meses de multa con cuota diaria de 100 euros e inhabilitación especial por 10 años; y también por un delito de **cohecho** del art. 419 a la pena de 2 años de prisión y otra de inhabilitación especial por 7 años.

Asimismo condenó a **Juan Antonio Roca Nicolás** como autor de un delito de **cohecho** del art. 423.2 en relación con el mencionado 419, imponiéndole prisión por 1 año.

Dicen en síntesis los hechos probados de la sentencia recurrida que ambos acusados se pusieron de acuerdo para que el magistrado impidiera la emisión de un programa de televisión titulado “Misión Imposible: Operación JAR”, alusivo a ciertas actividades del referido Juan Antonio Roca que estaban

siendo investigadas entonces por el Juzgado Central de Instrucción nº 6 de la Audiencia Nacional, a cambio de que le entregara una cantidad de dinero con la que aquel iba a pagar una primera entrega para la adquisición de una vivienda, **73.800 euros**, suma de una primera parte del precio (63.000 € en metálico) y los intereses de la parte que iba a aplazarse (10.800 €).

La sentencia recurrida, además, absolvió a un ciudadano francés, Arnaud Fabrice, respecto del cual, pese a haber mediado él entre Urquía y Roca por su amistad con los dos, no quedó probado que hubiera tenido conocimiento de la actividad delictiva que acabamos de narrar.

Ahora tales dos condenados recurren en casación por uno y doce motivos respectivamente (Roca y Urquía).

Recurso de Juan Antonio Roca Nicolás.

SEGUNDO.- Como acabamos de decir aparece fundado en un solo motivo, acogido al art. 5.4 LOPJ, en el que se denuncia infracción de precepto constitucional, concretamente de los arts. 18.3 y 24 CE en cuanto que garantizan el derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas y a un proceso con todas las garantías, en relación con el art. 11.1 de la citada LOPJ.

Se dice que la confesión autoinculpatoria realizada por Juan Antonio Roca en el juicio oral ha de considerarse nula, pues los datos que sirvieron de base al interrogatorio en tal acto procedían de una intervención telefónica que ha de reputarse asimismo nula.

Nos referimos aquí también al motivo 7º del recurso de Urquía que versa sobre el mismo tema de las intervenciones telefónicas.

Examinamos a continuación cada una de las cuestiones planteadas:

A) 1. Como casi siempre hemos de comenzar por el tema de la motivación del auto que dio lugar a la intervención del teléfono móvil 600.00.24.30, de la titularidad del ayuntamiento de Marbella y que utilizaba Roca en cuanto que, aun sin ser funcionario, tenía una actuación importante en materia

del urbanismo que tal entidad local gestionaba. Véanse en el tomo II de la pieza separada que comienza con un testimonio de las actuaciones practicadas por el Juzgado de Instrucción nº 5 de Marbella (folios 336 y ss.), que conocía del procedimiento origen del presente, en el que aparece, entre otros extremos, un informe del Ministerio Fiscal, emitido como consecuencia de la declaración del funcionario de carrera de tal ayuntamiento, Jorge González, jefe del Servicio Jurídico de Urbanismo, que fue postergado en sus funciones en beneficio de Roca (folios 340 a 347), siendo este último quien de hecho asumió el control de lo relativo a las licencias municipales en esta materia.

2. Como viene diciendo reiteradamente esta sala, y también el Tribunal Constitucional, para que sea legítima una autorización judicial para la intervención de un teléfono -también para cualquier otra que constituya una limitación de un derecho fundamental (registro domiciliario, detención de correspondencia, registros corporales, etc.)-, es necesario que aparezcan expresados en la petición policial correspondiente o en las actuaciones (judiciales o policiales) practicadas con anterioridad **unos hechos concretos fundados en datos objetivos de los que pudiera inferirse razonablemente la realidad del delito de que se trate y la participación en el mismo de la persona a la que se está investigando**. Tiene que haber, al menos, una actuación policial previa que haya revelado algunas circunstancias de hecho que pudieran fundar la sospecha o indicios de que efectivamente se está cometiendo un delito importante en el cual alguna intervención tiene la persona cuya conversación telefónica se necesita conocer. No es necesario manifestar en el oficio de solicitud de la medida qué actuaciones concretas fueron éstas, aunque con frecuencia sea su expresión lo que mejor permite valorar la suficiencia de esos datos. Basta con que tal oficio exprese esos datos concretos, esas relaciones del investigado con otras personas asimismo sospechosas, esos contactos con lugares donde, por ejemplo, se trafica con drogas, viajes a sitios donde a la droga se produce o se adquiere con facilidad, etc.

Lo mismo que ocurre con la prueba de indicios, ordinariamente será necesaria una pluralidad de datos de esta clase para que el juez pueda tener conocimiento suficiente en que fundar la medida de intervención telefónica. A veces, por su relevante significado, o por la inmediatez de la operación concreta que se espera abortar, puede bastar la aportación de uno solo de estos datos.

En todo caso, y esto es lo que aquí nos interesa resaltar, ha de existir una concreción en las afirmaciones policiales sobre lo ocurrido. En modo alguno puede ser suficiente el uso de expresiones genéricas, de validez para casos diferentes.

Para que el juez pueda ordenar las escuchas telefónicas es necesario “que existan indicios de responsabilidad criminal”, así como indicios de que de esas comunicaciones se sirve, para su actuación delictiva, la persona que utiliza el teléfono correspondiente, como exige el **art. 579.3 LECr**.

Según su específica utilidad procesal, es decir, según para qué se necesitan en el desarrollo del procedimiento, la palabra indicios, que significa siempre la existencia de datos concretos reveladores de un hecho importante para las actuaciones judiciales, exige una mayor o menor intensidad en cuanto a su acreditación según la finalidad procesal con que se pretenden usar.

La máxima intensidad ha de existir cuando esos indicios sirven como medio de prueba de cargo (prueba de indicios). En estos casos han de estar realmente acreditados y han de tener tal fuerza probatoria que, partiendo de ellos, pueda afirmarse, sin duda razonable alguna, la concurrencia del hecho debatido (art. 386 LEC).

En otras ocasiones, sin que haya una verdadera prueba, han de constar en las actuaciones procesales algunas diligencias a partir de las cuales pueda decirse que hay probabilidad de delito y de que una determinada persona es responsable del mismo. Así nuestra LECr exige indicios para procesar (art. 384) o para acordar la prisión provisional (art. 503) o medidas de aseguramiento para las posibles responsabilidades pecuniarias (art. 589).

Por último, hay casos en los que ni siquiera es necesario que se haya

practicado diligencia judicial alguna como acreditación de hechos concretos. Bastan al respecto actuaciones reveladoras de determinados hechos a partir de los cuales pueda realizarse la afirmación de una probabilidad con ese mismo doble contenido: existencia del delito y participación en el mismo de una persona concreta. En estos casos los indicios solo sirven como base donde apoyar unas sospechas policiales al respecto, que se comunican al juez para que este ordene una medida de investigación, la intervención de algún medio de comunicación (postal, telegráfica, telefónica, etc.), un registro corporal, un registro domiciliario, etc. Por lo que respecta al procedimiento judicial es frecuente que este se inicie con la petición policial de autorización judicial. Si es así, no hay que aportar al procedimiento los medios de investigación utilizados por la policía para llegar a conocer los datos concretos reveladores de ese delito y de esa participación. Basta simplemente con que se comuniquen al juzgado con la debida concreción.

3. En el caso presente los trámites que nos interesan se hallan en el tomo III de la pieza separada a los folios 599 y ss.

En el curso de unas complejas actuaciones del Juzgado de Instrucción nº 5 de Marbella la policía dirigió un oficio (folios 599 a 601) a dicho juzgado para que se le autorizara a cubrir con medios técnicos de grabación visual y sonora una entrevista que iban a mantener Ismael Pérez Peña, cuyo teléfono se hallaba intervenido, con Juan Antonio Roca. Al parecer Ismael había proporcionado al ayuntamiento dinero y vehículos para unas gestiones que no se habían realizado, por lo que quería negociar con Roca sobre este punto en el hotel Villamagna, habiendo concertado una cita al respecto que es la que se quería grabar. Accediendo a esta petición, dicho juzgado dictó el auto de 25 de enero de 2006 (folios 602 a 604).

En el mismo oficio se solicitaba la intervención del mencionado teléfono móvil 600.00.24.30, que usaba Roca, personaje principal en esas actuaciones del Juzgado de Instrucción nº 5 de Marbella, relativas a diferentes

delitos sobre corrupción en tal ayuntamiento. Al respecto se dictó el auto de 26.1.2006 (folios 606 a 609) por el que se accedió a tal solicitud, que es la resolución que aquí nos interesa.

Tras dos razonamientos jurídicos sobre el derecho aplicable en la materia con cita de diferentes sentencias de esta sala y del Tribunal Constitucional, este auto dedica su fundamento de derecho 3º a exponer los indicios en que se funda para justificar tal medida de intervención telefónica. Nos dice que Roca está imputado en varios procedimientos judiciales por malversación, cohecho y otros delitos, por lo que se remite a los razonamientos que fundamentaron la intervención de otros teléfonos de este señor, a quien califica como el principal investigado en esta causa. Basta decir aquí que se citan varios autos al respecto, los de 18 de noviembre, 9, 12 y 16 de diciembre de 2005 y 4 y 13 de enero de 2006. En el de 18 de noviembre (f. 355 a 359), el primero de los referidos a Roca, se habla de varios procedimientos seguidos contra él, en particular el conocido con el nombre de Saqueo seguido en la Audiencia Nacional, siendo notorio que en su día fue detenido e ingresado en prisión. Se habla de que Roca ya aparecía imputado en el propio juzgado nº 5, en concreto como redactor de las sucesivas reformas de plenos de urbanismo que nunca llegaron a entrar en vigor, pese a lo cual dieron lugar a multitud de licencias de obras anuladas después por la justicia, con imputaciones también para la práctica totalidad de los miembros del entonces equipo de gobierno del ayuntamiento.

Asimismo en dicho auto de 18 de noviembre se dicen los delitos imputados a Roca: cohecho, prevaricación, malversación, tráfico de influencias, ordenación del territorio y otros que por su gravedad o importancia social permiten cumplir sobradamente las exigencias de proporcionalidad de la medida de intervención telefónica que se autorizaba.

El último de tales autos citado en ese otro de 26.1.2006, es el de 13 del mismo mes y año (folios 531 a 534) dictado para la intervención telefónica del aparato de Movistar nº 629.32.77.40 de que era titular Ismael Pérez Peña, a quien seguía la policía desde fechas atrás, desde que hablara con Victoriano (con

teléfono también intervenido) -folios 484, 511 a 514, 521 y ss. y 527, todos del tomo II de la pieza separada-.

Fue precisamente en una conversación telefónica con dicho Ismael cuando se conoció el citado nº 600.00.24.30 al que ahora nos estamos refiriendo, y cuya intervención, debidamente fundada en datos objetivos, conocidos por las propias actuaciones del mismo juzgado nº 5, sirvió de justificación a la medida de escucha controlada de este último aparato, en la que se detectó la importante conversación del 15.3.2006 entre Roca y Arnaud Fabrice (el otro acusado al que se absolvió), en la cual Urquía hablaba en segundo plano indicando a Arnaud lo que tenía que ir diciendo a Roca sobre la necesidad de presentar querrela para su juzgado, y no una simple denuncia, a la que habría de adjuntarse la correspondiente certificación de acto de conciliación, como ya se ha dicho.

B) En la página 20 del escrito de recurso se impugna la medida de intervención de este teléfono 600.00.24.30, por haber omitido qué delito en concreto se quería investigar, tema ya respondido antes al hablar de la remisión que hizo el auto de 26.1.2006 al anterior de 18.11.2005, entre otros.

C) Se queja también el recurrente en esa página 20 de que el auto no concretaba la periodicidad con que la policía habría de dar cuenta al juzgado del resultado de su investigación. Es usual que tal extremo se concrete en esta clase de resoluciones judiciales y probablemente así lo hubiera hecho el mismo juzgado en alguna otra de las muchas resoluciones dictadas en el mismo procedimiento, con lo cual la policía ya conocería sus deberes en ese punto. En todo caso, como bien dice la sentencia recurrida -pág. 23-, no existe norma alguna que exija tales menciones en esta clase de resoluciones judiciales. Por otro lado, al haberse señalado el plazo de un mes para esta medida, es claro que si, como es habitual y aquí también ocurrió, ha de prorrogarse la intervención, antes del transcurso de ese mes tendría que haberse dado cuenta del resultado de tal medida, como venía haciendo la policía en el presente caso.

D) Se denuncia también aquí que, cuando se produjo el conocimiento de esa conversación del 15.3.2006 en la cual Urquía iba transmitiendo a Arnaud

desde un segundo plano lo que este tenía que decir a su interlocutor Roca, se infringió la doctrina de esta sala sobre los llamados **hallazgos casuales**, que manda poner el hecho nuevo inmediatamente en conocimiento del juzgado para que este pueda adoptar la resolución correspondiente, posiblemente la incoación de otro procedimiento penal diferente.

En realidad no sabemos los trámites que siguieron al momento en que la policía tuvo conocimiento (o pudo tenerlo) de esa conversación de 15.3.06. En el tomo II de la pieza separada (folios 336 a 339) aparece un auto del referido juzgado nº 5 por el que se acuerda desglosar todo lo relativo a los hechos objeto de este procedimiento para remitir exposición razonada a la sala correspondiente del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla ante la cualidad de magistrado de Francisco Javier Urquía. Pero ignoramos la tramitación anterior al respecto.

En este recurso de casación no podemos resolver este problema al no haberse planteado antes en la instancia. Recordamos aquí algo que con frecuencia nos vemos obligados a decir: por el carácter devolutivo de esta clase de recursos, esta sala del Tribunal Supremo tiene que resolver respecto de lo antes ya resuelto en otro tribunal inferior, lo que requiere que ante el órgano judicial de procedencia (“a quo”) se hayan planteado antes cuantas cuestiones tengan que decidirse en esta alzada, salvo que el tema derive directamente de la propia sentencia recurrida. Nace así nuestra doctrina sobre las llamadas **cuestiones nuevas**. Hay que dar oportunidad a la sala de instancia para que se pronuncie sobre el problema correspondiente, que ha de introducir en el debate alguna de las partes para que, tras las alegaciones y pruebas oportunas, pueda resolver la Audiencia Provincial o el órgano judicial competente. Esto como requisito para luego plantear el mismo tema en casación.

Y esto no se ha cumplido en el caso presente.

Esta cuestión (la del hallazgo casual), que ha de calificarse como propiamente jurídica, no fue propuesta por ninguna de las partes para el trámite del juicio oral; nada aparece ni en las calificaciones provisionales (folios 1851 y

ss., 2010 y ss., 2018 y ss. y 2022 y ss.) ni en las definitivas (folio 2962) ni en las cuestiones preliminares a plantear en los procedimientos abreviados (art. 786.2 LECr que se refiere al llamado “turno de intervenciones”), razón por la cual la sentencia recurrida, muy minuciosa en cuanto a la resolución de los temas propuestos, nada pudo decir sobre este extremo. Ciertamente lo relativo a la nulidad de las intervenciones telefónicas fue propuesto en la instancia, pero en relación a otros extremos que son los que estamos aquí examinando. Sobre todos ellos razonó la resolución del TSJ de Andalucía sin expresar nada sobre esto del hallazgo casual.

Terminamos este apartado diciendo que, caso de que se hubiera propuesto en la instancia esta cuestión propiamente jurídica, y nada hubiera resuelto la resolución ahora recurrida, las partes podrían haber alegado un motivo de casación por incongruencia negativa u omisiva en base al nº 3º del art. 851 LECr, cosa que no ha ocurrido.

E) Asimismo se queja el recurrente en la página 20 de su escrito de que el auto de 26.1.2006 no determinó los plazos en que la policía tenía que haber entregado al juzgado los soportes magnetofónicos de audio o los soportes de CD, así como tampoco con qué antelación se debía solicitar la prórroga de la intervención telefónica autorizada. Nos remitimos a lo dicho en el anterior apartado C): no existe norma alguna que exija estas concreciones en esta clase de resoluciones judiciales.

F) En la página 21 del escrito de recurso de la defensa de Roca se alega falta de control judicial respecto de la medida de intervención telefónica que estamos examinando, y ello en base a que en la parte dispositiva de tal auto de 26.1.2008 (folio 609 de la pieza separada -tomo III-) se dice: *“En su momento se acordará sobre la dación de fe del secretario y sobre la audición por las partes interesadas”*.

Se impugna este apartado porque “hace patente la vulneración del preceptivo control judicial, pues en dicha resolución debería haberse señalado cada cuánto tiempo se deberían remitir las grabaciones al juzgado, bien

quincenalmente o mensualmente”.

Es cierto, como dice aquí el recurrente, que el órgano judicial ha de tener un control de la actuación policial respecto de estas intervenciones y que ha de darse cuenta al juzgado del desarrollo de tal actuación mediante la entrega de las cintas grabadas o de los extractos correspondientes como justificación de que persiste la necesidad de la media acordada, entre otros extremos. Y tal control judicial forma parte de la intervención preceptiva del órgano jurisdiccional en estos casos en que se ordena una intervención telefónica, de modo que su falta puede determinar vulneración del derecho fundamental relativo al secreto de las comunicaciones del art. 18.3 CE.

Pero nada tiene que ver con este control judicial integrado en ese derecho del art. 18.3 CE ni la dación de fe por parte del secretario (creemos que se refiere a la dación de fe de la coincidencia de las transcripciones mecanográficas con lo grabado en las cintas) ni su audición por las partes dentro del proceso. Todo esto, como reiteradamente ha dicho el Tribunal Constitucional y también esta sala, tiene relación no con ese derecho fundamental del art. 18.3 CE, sino con la posible eficacia como medio de prueba, caso de que se utilice como tal para el juicio oral.

G) En esa misma página 21 literalmente se habla de la “falta de motivación de las resoluciones judiciales que acuerdan la prórroga de las comunicaciones. Autos estereotipados”.

Esta impugnación no se desarrolla después, de modo que no sabemos siquiera cuáles son esas resoluciones judiciales, por lo que solo podemos decir aquí que en pocas ocasiones nos encontramos con actuaciones más meticolosas y detalladas como las que en este procedimiento ha llevado a cabo el Juzgado de Instrucción nº 5 de Marbella en relación con las medidas relativas a intervenciones telefónicas, como queda de relieve con lo que venimos diciendo hasta ahora.

H) En cuanto a cómo quedó determinado el nº de teléfono 600.00.24.30 como utilizado por Roca, ya hemos dicho antes que la conversación

mantenida por este señor con Ismael Pérez Peña, usuario de otro teléfono antes intervenido, sirvió para conocer que Roca utilizaba este teléfono (folio 599 de la pieza separada, con el que se inicia el tomo III). Véase también el apartado A).3 de este mismo fundamento de derecho.

I) Asimismo se denuncia en este motivo único del recurso formulado por la defensa de Roca que existe una discordancia en los horarios entre la relación de conversaciones telefónicas intervenidas, remitida por el Ministerio del Interior, y lo que consta en el CD enviado al tribunal de instancia por el juzgado de Marbella. Tal discordancia horaria, a juicio del recurrente, se resume en el cuadro que aparece en la página 30 del escrito de recurso.

Entendemos que esas posibles discordancias son irrelevantes para el tema que nos ocupa. A una u otra hora esas conversaciones telefónicas existieron. Y en cuanto a la principal de todas, aquella que tuvo lugar el 15.3.2006, a la que se refiere como prueba de cargo la sentencia recurrida en sus páginas 52 a 54, la que se celebró a las 14 horas 50 minutos -folio 26 del tomo I de las diligencias principales-, solo hemos de decir aquí que tal conversación no se encuentra entre aquellas que se hallan recogidas en el referido cuadro de la página 30 con discordancias horarias.

J) En este motivo único del recurso de Roca hay un apartado III (págs. 26 y ss. del escrito) donde, partiendo de la nulidad de las intervenciones telefónicas, se razona sobre la eficacia que tal nulidad ha de tener sobre las pruebas que sirvieron para condenar a Roca, concretamente se habla de nulidad refleja en relación con la diligencia de entrada y registro en la sede del ayuntamiento de Marbella (pág. 32).

Sin embargo, no declarándose aquí la pretendida nulidad de la intervención del teléfono referido, el nº 600.00.24.30, no cabe aplicar el efecto reflejo ordenado por el art. 11.1 LOPJ como pretende el recurrente.

Pero en esa misma página 32 se dice que hubo vulneración del art. 564 LECr al no haberse notificado al responsable del edificio público registrado, en relación con los números 1 y 3 del art. 547 de la misma ley procesal.

La cuestión propuesta se rechazó por las razones que constan en las páginas 26 a 28 de la sentencia recurrida.

Ahora, en este trámite ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, solo podemos decir que, caso de que efectivamente hubiera existido esa vulneración del art. 564 LECr aquí denunciada, nos hallaríamos ante una mera irregularidad procesal, sin trascendencia constitucional alguna, no susceptible de impugnación por la vía de este recurso extraordinario de casación.

K) Por último nos vamos a referir aquí al motivo 7º del recurso de Urquía, en el cual, por el cauce del art. 852 LECr, se alega transgresión del derecho a un proceso con todas las garantías del art. 24.2 CE, por la ausencia de garantía legal en la conservación e incorporación a los autos de las conversaciones telefónicas intervenidas.

Se dice que el sistema SITEL (Sistema Integrado de Interceptación de Telecomunicaciones) no ofrece las garantías que, para la conservación y control de los datos obtenidos de las conversaciones intervenidas, nos ofrece el art. 24.2 en relación con el art. 53.2 CE, por lo que es nula -y de prohibida valoración- la prueba de cargo consistente en la audición de las conversaciones telefónicas mantenidas por Roca con diversas personas.

Se pretende así eliminar de conjunto de la prueba de cargo la derivada de la conversación telefónica mantenida el 15.3.2006 entre los coacusados Arnaud Fabrice y Roca en la que en un segundo plano intervino el otro imputado, el magistrado Urquía, antes explicada.

Entendemos que la cuestión fue bien razonada en la sentencia recurrida, por lo que, de acuerdo con la impugnación realizada por el Ministerio Fiscal, hay que desestimar este motivo 7º del recurso del magistrado.

Lo que interesa para este proceso penal no es lo que pueda ocurrir con la conservación de las conversaciones telefónicas grabadas, esto es, si estas conversaciones quedan bajo el control del Ministerio del Interior o de la autoridad judicial. Una vez que el contenido de esas conversaciones ha quedado incorporado al proceso para que sea posible su utilización como medio de

prueba, que es lo aquí ocurrido con esa conversación del 15.3.2006 ya tan repetida, lo que en realidad importa para las responsabilidades penales ahora examinadas a los efectos del derecho a un proceso con todas las garantías del art. 24.2 CE, es si estas garantías se respetaron en el momento de su obtención y en el de su incorporación a las actuaciones, lo que ciertamente así ocurrió como nos explica la sentencia recurrida en sus páginas 24 y 25.

En efecto, el contenido de las conversaciones telefónicas accedió con plenas garantías de autenticidad al presente proceso penal a través de una doble actuación:

1ª Por medio de la audición efectuada por el magistrado del Juzgado de Instrucción nº 5 de Marbella con fecha 27.6.2008 con referencia al CD recibido de la policía cuya coincidencia con el texto transcrito (informe 13.288/1997, unido a los folios 15 y ss. del tomo I) quedó garantizada por la diligencia realizada por la secretaria de ese juzgado. Véase el contenido de la conversación que aquí interesa, la de los folios 26 y 27 de tal tomo I.

2ª. En segundo lugar, por la diligencia de audición y cotejo realizada desde los Archivos Sonoros Informáticos o archivos sonoros matrices por la Secretaria Judicial de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia. Diligencia acordada por el Magistrado Instructor a fin de comprobar que los Archivos Sonoros Informáticos del sistema SITEL (a los que se tuvo acceso desde una terminal sita en la Jefatura Superior de Policía de Andalucía Oriental, ubicada en Granada), se corresponden y coinciden con las transcripciones de las conversaciones consideradas relevantes en la instrucción de la causa, y seleccionadas por dicho Magistrado en su Providencia de fecha 3 de septiembre de 2007.

La cuestión planteada en este motivo 7º es un tema que interesa a la Administración y al Poder Legislativo, a los efectos de determinar el sistema a seguir para conservar (o no conservar) y controlar las conversaciones telefónicas legalmente intervenidas y grabadas, que ahora quedan integradas en un solo archivo mediante el referido sistema SITEL, que ha venido a sustituir a las

anteriores audiciones personales e individualizadas que realizaban los correspondientes agentes policiales.

Por eso fue la Sala de lo Contencioso-Administrativo de este Tribunal Supremo la que tuvo que pronunciarse sobre este problema en su sentencia de 5 de febrero de 2008 en respuesta a una demanda planteada por la Asociación de Internautas, citada en el propio escrito de recurso (pág. 39).

Rechazamos el motivo único del recurso de Roca y el séptimo del formulado por Urquía.

Recurso de Francisco Javier Urquía Peña.

TERCERO.- En el motivo 1º de este recurso, por el cauce del art. 852 LECr, se alega infracción de precepto constitucional, concretamente del art. 24.2 CE, en su apartado referido al derecho al juez ordinario predeterminado por la ley.

Se dice por el recurrente que debió tramitarse el procedimiento conforme a la LO 5/1995 reguladora del Tribunal del Jurado en cuanto a los delitos de cohecho, por lo dispuesto en el apartado g) del art. 1.2 b) de la mencionada Ley Orgánica que atribuye estos delitos al conocimiento y fallo de tal clase de tribunal, mientras que el enjuiciamiento de la prevaricación, al aparecer expresamente excluido del ámbito de tal procedimiento por lo dicho en el párrafo último del art. 5.4 de la citada LO 5/1995, tendría que haberse tramitado por separado en un proceso ante un tribunal ordinario.

El tema ya fue planteado en la instancia y resuelto correctamente en la parte 2ª del fundamento de derecho primero de la sentencia recurrida.

En efecto, el día 5 de febrero de 1999, el pleno de esta Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, a fin de unificar nuestra doctrina al respecto, adoptó un acuerdo en los términos siguientes:

"En los problemas de determinación de la competencia entre el

Tribunal de Jurado y la Audiencia Provincial en aquellos casos en los que se imputa a una persona dos delitos contra las personas, uno consumado y otro intentado, con el riesgo de romper la continencia de la causa, el enjuiciamiento corresponderá a la Audiencia Provincial"

Este criterio de prevalencia de la competencia del tribunal ordinario, es decir de la Audiencia Provincial o, en su caso, del Juzgado de lo penal, en los supuestos de varios delitos no atribuidos todos al procedimiento de la Ley del Jurado, ha de aplicarse más allá de los términos literales de este acuerdo, como lo acredita la sentencia citada en la sentencia recurrida, la 982/2007 de 27 de noviembre, referida precisamente a un caso de cohecho enjuiciado junto con otro relativo a tráfico de drogas, Véanse las sentencias de esta sala 70/1999, 716/2000, 1093/2002, 119/2003 y 370/2003 que aplicaron también ese acuerdo de 5 de febrero de 1999.

El fundamento de tal acuerdo se encuentra en que precisamente el art. 5.1 de tal Ley del Tribunal del Jurado omite el nº 5º del art. 17 LECr, el relativo a la conexión subjetiva (varios delitos imputados a una misma persona cuando tuvieran analogía o relación entre sí), tras haber acogido antes los otros cuatro supuestos del mismo art. 17. Esta ley especial ha querido limitar la competencia del jurado de modo que solo pueda conocer de los delitos recogidos expresamente en su art. 1.

Solo nos queda añadir que en el caso presente existe una necesidad procesal de enjuiciar aquí unidos en un solo procedimiento los dos delitos por los que se acusó, dada la íntima relación entre ellos: el obtener un beneficio económico de un particular por parte del magistrado (cohecho) fue la razón de ser de la resolución injusta dictada a sabiendas por este (prevaricación). **No podía dividirse la continencia de la causa**, en términos utilizados por el citado art. 5 de la Ley del Jurado: era necesario un solo enjuiciamiento para los dos delitos a fin de evitar eventuales contradicciones entre las dos sentencias que en otro caso habrían de dictarse.

Rechazamos el motivo 1º.

CUARTO.- En el motivo 2º, al amparo de los arts. 5.4 y 852 LECr, se alega vulneración del art. 24.2 CE en relación con el derecho a la defensa y a la práctica de la prueba pertinente, por la indebida denegación de la suspensión del juicio oral para la práctica de una información suplementaria, todo ello ocasionado, se dice, por la inesperada retractación del coacusado Juan Antonio Roca que había negado los hechos durante la instrucción en todas sus declaraciones.

Tiene razón la parte recurrente en cuanto que efectivamente en el acto del juicio oral, cuando declara el acusado Juan Antonio Roca, se produce esa inesperada retractación respecto de las anteriores manifestaciones que se habían realizado en la instrucción, en el Juzgado de Marbella y en el Tribunal Superior de Justicia de Granada, y también en el expediente disciplinario.

Pero, de acuerdo con el informe del Ministerio Fiscal, entendemos que fue adecuado lo resuelto por el tribunal de instancia cuando, tras oír a las demás partes, denegó la suspensión del juicio oral:

A) Ya sabemos que el juicio oral, en principio, ha de celebrarse de modo ininterrumpido en una sola sesión o en cuantas sean necesarias hasta su terminación (art. 744 LECr), de forma tal que su suspensión según las causas del art. 746 de la misma ley ha de considerarse una excepción.

B) Asimismo es conocido que, en concreto respecto de la causa de suspensión 6ª de tal art. 746, el tribunal tiene facultad discrecional para su aplicación al caso según sus circunstancias concretas, lo cual no impide el acceso del tema al recurso de casación, habida cuenta de que se halla en juego, como bien dice el recurrente, el derecho de defensa de la parte que solicita la suspensión.

C) Pese a que podemos afirmar que hubo retractación inesperada, entendemos que no existieron alteraciones sustanciales en el desarrollo del juicio

oral, ya que nada ajeno al procedimiento se introdujo en esa declaración de Roca: su intervención en las conversaciones telefónicas del 15 y 17 de marzo de 2006, así como los datos de sus apuntes contables (63.000 y 10.800 €) coincidentes con la suma total entregada por Roca a Urquía (73.800 €), ya se encontraban en las actuaciones desde la instrucción.

D) Es más, como dice la sentencia recurrida (pág. 41), por sí sola la prueba de indicios, basada en lo fundamental en esas conversaciones y en esas cifras, era bastante para justificar razonablemente una sentencia condenatoria, esto es, incluso si se prescinde de la referida retractación inesperada.

Desestimamos el motivo 2º.

QUINTO.- 1. En el motivo 3º de este recurso de Urquía, por la vía del art. 852 LECr, se alega de nuevo infracción de precepto constitucional, en concreto del art. 24 CE en relación con varios de los derechos fundamentales de orden procesal proclamados en dicho artículo, con referencia siempre al principio acusatorio consagrado para todos los procesos penales. Se dice que tal principio ha quedado violado porque se aparta de la acusación formulada por el Ministerio Fiscal en relación con la prevaricación y por inexistencia de acusación válidamente formulada respecto del cohecho.

El principio acusatorio que informa el proceso penal español particularmente en la fase plenaria o de juicio oral, como una consecuencia más del orden constitucional vigente en nuestro país desde 1.978, que estableció un sistema político y jurídico que defiende las libertades públicas y los derechos fundamentales de la persona, exige que exista la **debida correlación entre la acusación y la sentencia**, de forma tal que la defensa del imputado tenga oportunidad de alegar, proponer prueba y participar en su práctica y en los debates, habiendo conocido con antelación suficiente aquello de que se le acusa, y sin que la sentencia de modo sorpresivo pueda condenar por algo de lo que antes no se acusó y respecto de lo cual consiguientemente no pudo articularse la

estrategia exigida por la Ley en garantía de la posición procesal del imputado.

La acusación ha de ser precisa y clara respecto del hecho y del delito por el que se formula y la sentencia ha de ser congruente con tal acusación sin introducir ningún elemento nuevo del que no hubiera existido antes posibilidad de defenderse.

Pero esto no quiere decir que todos los elementos que ha de contener un escrito de calificación de la parte acusadora conforme a lo dispuesto en el artículo 650 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, o las modificaciones que pudieran introducirse después en el acto del juicio oral, sean igualmente vinculantes para el juzgado o tribunal que ha de sentenciar. De tales elementos sólo dos tienen eficacia delimitadora del objeto del proceso. Por un lado, el hecho por el que se acusa, es decir, el conjunto de elementos fácticos en los que se apoya la realidad o clase de delito, el grado de perfección del mismo, la participación concreta del inculpado, las circunstancias agravantes sean genéricas o constitutivas del tipo y, en definitiva, todos aquellos datos de hecho de los que ha de depender la específica responsabilidad penal que se imputa.

Esta base fáctica de la acusación vincula al tribunal de modo que este no puede introducir en la sentencia ningún hecho nuevo en perjuicio del reo que antes no figurase en la acusación. Claro es que puede ampliar las circunstancias o detalles de lo ocurrido conforme a la prueba practicada en el juicio oral en aras de una mayor claridad expositiva o una mejor comprensión de lo ocurrido; pero no puede traer, a su relación de hechos probados, nada extraño a la calificación de alguna de las partes acusadoras, que pudiera tener transcendencia en cuanto punto de apoyo fáctico para la existencia o agravación de la responsabilidad penal, porque si así lo hiciera causaría indefensión al acusado que no tuvo oportunidad de defenderse alegando y probando lo que hubiera tenido a su alcance para contrarrestar aquello que se le imputa.

El otro elemento vinculante para el Tribunal es la calificación jurídica