

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Penal

AUTO

CAUSA ESPECIAL

Causa Especial N°: 20716/2009

Fallo/Acuerdo: Auto Desestimando

Procedencia: QUERELLA

Fecha Auto: 16/03/2011

Magistrado Instructor Excmo. Sr. D.: Alberto Jorge Barreiro

Secretaría de Sala: Ilma. Sra. Dña. María Antonia Cao Barredo

Escrito por: FGR

Causa Especial.- Recurso de Reforma

Causa Especial N°: 20716/2009

Magistrado Instructor Excmo. Sr. D.: Alberto Jorge Barreiro

Secretaría de Sala: Ilma. Sra. Dña. María Antonia Cao Barredo

***TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Penal***

AUTO

Magistrado Instructor Excmo. Sr. D.:

D. Alberto Jorge Barreiro

En la Villa de Madrid, a dieciséis de Marzo de dos mil once.

I. ANTECEDENTES DE HECHO

1. El 20 de octubre de 2010 presentó escrito la representación del querellado Baltasar Garzón Real, en el que solicitó la práctica de nuevas diligencias de investigación, escrito que fue complementado por otro posterior, el 26 de octubre

siguiente, en el que se concretan los nombres y lugar de localización de cuatro testigos que propone para que presten declaración en la causa.

2. En escrito presentado el 26 de octubre pasado por la representación del querellado, en el que se interpone recurso de reforma contra el auto de transformación del procedimiento abreviado dictado el 19 de octubre, se vuelve a reiterar la solicitud de la práctica de las diligencias de investigación anteriormente referidas, interesando la defensa que se suspenda la tramitación del recurso de reforma con el fin de tramitar previamente las referidas actuaciones por ser necesarias para la defensa del imputado.

3. El 17 de noviembre de 2010 se dictó auto cuya parte dispositiva dice así: “No ha lugar a la práctica de las diligencias de investigación solicitadas por el querellado en los escritos presentados los días 20 y 26 de octubre de 2010. Se acuerda suspender la tramitación del recurso interpuesto por la defensa del querellado contra el auto de transformación dictado el 19 de octubre pasado, hasta que las partes puedan disponer de las diligencias declaradas secretas que en su día fueron admitidas como diligencias de investigación por este instructor”.

4. Contra esa última resolución recurrió en reforma el querellado, admitiéndose a trámite el recurso por providencia de 25 de noviembre de 2010. Y por providencia de 7 de diciembre de 2010 se unieron a la causa las alegaciones de las partes. Interesándose con posterioridad por el instructor al Tribunal Superior de Justicia de Madrid que se remitiera la pieza confidencial que se mantenía secreta y las restantes actuaciones solicitadas en su día que permanecían bajo el secreto sumarial.

II. RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO. La parte querellada insiste en su escrito de recurso en la práctica de nuevas diligencias de investigación tanto de índole documental como testifical, diligencias que le fueron denegadas en el auto recurrido por no ser necesarias para la instrucción.

La discrepancia del recurrente se centra de nuevo en el contenido del objeto del proceso y en el enfoque que pretende darle a la investigación. De ahí parten las distintas perspectivas del instructor y del querellado a la hora de reducir o extender el perímetro de la fase de instrucción.

Tal como se expuso en el auto recurrido, el objeto del proceso desde una perspectiva fáctica se centra en la conducta atribuida al querellado consistente en dictar y ejecutar dos autos en los que se ordena la grabación de las conversaciones de tres imputados presos preventivos con sus letrados en un centro penitenciario, autos que, a criterio de este instructor, han de ser considerados, desde una dimensión indiciaria, como resoluciones manifiestamente injustas, por vulnerar de forma ostensible derechos fundamentales de los presos encausados y de sus letrados.

Por lo tanto, ha de volver a recordarse y subrayar que los tres hechos relevantes que han de ser objeto de la investigación son: a) si el querellado ha dictado los dos autos cuestionados; b) si cuando dictó los autos tenía algún indicio incriminatorio contra los letrados que habían asumido la defensa de los presos a partir del día 3 de marzo de 2009, única posibilidad de que esas resoluciones tuvieran una cobertura normativa de legalidad constitucional y ordinaria; y c) si esas resoluciones se ejecutaron en la práctica.

Los tres elementos fácticos aparecen sustentados sobre indicios claros en la investigación practicada, y así se explicó en el auto recurrido. Ello hace innecesaria la práctica de nuevas diligencias, dado que las que interesa el recurrente no excluirían los indicios delictivos que apoyan la tesis incriminatoria y dispersarían y alargarían la instrucción con investigaciones ajenas al objeto proceso, contradiciendo al mismo tiempo la celeridad y la sumariedad propias del procedimiento abreviado en este estadio procesal.

El recurrente alega al respecto que en la fase de instrucción deben practicarse también las diligencias que pueden favorecer al reo, afirmación con la que está totalmente de acuerdo el instructor, pero con un matiz importante. Y es el de que las diligencias solicitadas deben albergar capacidad para evitar o excluir los indicios delictivos y derivar hacia un sobreseimiento, o, como segunda opción, que se trate de diligencias que no pudieran practicarse en otras

fases procesales posteriores. Y el instructor considera que no se da ninguna de las dos alternativas.

En la petición del recurrente y en el devenir de todas sus impugnaciones late siempre la discrepancia jurídica con el instructor sobre el concepto y el alcance de los tipos penales que se le imputan y la posibilidad de la exclusión de su tipicidad indiciaria en esta fase procesal.

En efecto, el querellado solicita la práctica de diferentes diligencias que van todas ellas encauzadas a constatar que los imputados en la causa principal se proponían poner a buen recaudo el dinero obtenido por las presuntas acciones delictivas que se les atribuyen, adoptando el querellado las medidas procesales idóneas, necesarias y proporcionadas para impedirlo. Y con base en ello pretende acreditar que ex post sus medidas fueron eficaces y eran las apropiadas. De ahí que intente a toda costa acreditar la posible eficacia de la medida vulneradora de los derechos fundamentales y lo adecuada que se presentaba a la vista de los proyectos delictivos de los imputados.

Frente a ello el instructor considera que cualesquiera que fueren los indicios que tuviera contra los imputados no podía instalar micrófonos en los locutorios penitenciarios si los indicios incriminatorios no se extendían también a los letrados nombrados a partir del 3 de marzo de 2009. Y así se le explicó con detalle en el auto de 19 de octubre que lo incrimina. Esos indicios, además, tenían que constar en el momento de dictarse el auto, es decir, ex ante no ex post.

Ello quiere decir que aunque posteriormente hallara indicios contra esos letrados —que desde luego no consta en la causa que así fuera—, tampoco esos hallazgos ex post legitimarían su conducta. De ahí que este instructor no considere necesaria una investigación encauzada a esos fines, pues como muy bien sabe el recurrente la ilicitud de la medida cercenadora de los derechos fundamentales se calibra y decide con los datos indiciarios ex ante y no ex post. Y ex ante contra esos letrados no tenía indicio alguno, según él mismo admitió en su declaración ante este instructor. En vista de lo cual, no debió vaciar de contenido los derechos fundamentales que la Constitución les reconoce en la fase de instrucción a los imputados presos y a sus letrados.

Se considera, pues, innecesario e inútil para el objeto del proceso en esta fase procesal entrar en una línea de investigación que en ningún caso, ni desde una perspectiva ex ante ni ex post al momento de dictar los autos cuestionados, va a propiciar la exclusión de los indicios de los presuntos ilícitos penales.

De otra parte, las diligencias que solicita pueden practicarse todas ellas en el plenario en el caso de que se accediera a esa fase procesal en virtud de las decisiones del instructor y de la Sala de admisión. Circunstancia que evita una situación de indefensión en el devenir del proceso.

Por lo demás, la dificultad y complejidad de la causa principal, el conocido como “caso Gürtel”, nadie las pone en duda, y así lo ha reiterado este instructor en resoluciones precedentes. Pues resulta de sobra conocido a través de los medios de comunicación que el número de imputados ya rebasa la cifra de sesenta y son muchos los miles de folios tramitados. Sin embargo, ese dato, que es público y notorio, no altera el resultado de la instrucción desde una perspectiva jurídica y siempre puede ser aportado como cifra estadística concreta en una hipotética fase de plenario.

Y otro tanto sucede con respecto a las pruebas personales que propone la defensa. Ninguna de ellas ostenta virtualidad suficiente para volatilar la ilicitud indiciaria de los dos autos dictados por el querellado. Y desde luego todas ellas podrían practicarse en el plenario si fuera preciso, al tratarse de diligencias propias de un juicio oral a tramitar con arreglo a los principios de inmediación, oralidad y contradicción.

No deben correr mejor suerte las restantes diligencias solicitadas. El instructor considera extraordinario y ciertamente heterodoxo, ya que nunca le ha sucedido en su experiencia profesional, que sea el órgano judicial a través de la Secretaria de la Sala el que le proporcione a la parte la jurisprudencia relativa al caso. En concreto la concerniente a las nulidades procesales fundamentadas en intervenciones telefónicas ilícitas, ya que en cualquier base de datos aparece reseñada toda la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre esa materia.

De todas formas, la alegación jurisprudencial del recurrente alberga cierto matiz de falacia argumental al pretender emparejar situaciones que no son

equiparables. Pues el dato jurisprudencial relevante para resolver el proceso no se cifra en determinar cuántas nulidades se han dictado por este Tribunal sin que se haya deducido testimonio contra el juez. La pregunta correcta y ajustada al caso concreto, con el fin de no distorsionar la realidad procesal, ha de formularse en unos términos muy diferentes, que podrían ser los siguientes: *¿en cuántos procesos se ha acordado por un juez instructor escuchar mediante micrófonos en los locutorios penitenciarios las conversaciones de los imputados presos con sus letrados, cualesquiera que fueran estos y sin que concurra indicio delictivo alguno contra los profesionales del Derecho designados finalmente por los encausados?*

El que resuelve no conoce ningún caso, ni de referencias ni a través de las bases de datos. Y tampoco cita ninguno en sus escritos el recurrente, a pesar de ser un avezado instructor que ha investigado durante más de veinte años algunos de los casos penales más relevantes de este país, algunos de ellos de tanta o más enjundia que el que ahora nos ocupa.

Por lo tanto, lo extraordinario del supuesto investigado no puede solventarse ni explicarse con una pregunta dirigida a las bases de datos jurisprudenciales o a la Secretaria de esta Sala. El querellado pretende así diluir o disolver la presunta ilicitud de su conducta entremezclando o integrando estas escuchas con otras que acceden a esta Sala y que resultan anuladas en el curso de la labor diaria de este Tribunal.

Es comprensible que, en el legítimo ejercicio del derecho de defensa, el recurrente intente equiparar y homogeneizar supuestos que en el ámbito jurídico resultan sustancialmente dispares, generando así ante el ciudadano lego en derecho la opinión de un trato desigual. Pero quienes tienen que enfrentarse habitualmente con el tema desde una perspectiva profesional y que debido a ello cuentan con cierta experiencia sobre la materia, saben perfectamente que se está ante un caso excepcional de limitación y exclusión de derechos fundamentales en la fase de instrucción que se aparta de los que se resuelven diariamente ante los tribunales con una mera declaración de nulidad.

Es precisamente la excepcionalidad de la ilicitud de la medida la que ha determinado en este caso la incoación de un proceso penal, en el que el punto

crucial a dilucidar se centra, a criterio del instructor, en dirimir si el grado de antijuridicidad de los autos dictados por el querellado permite o no subsumir la conducta de este en el elemento normativo de la prevaricación; esto es, si alcanzan el grado de injusticia que se requiere en el tipo del art. 446 del texto punitivo. En este marco jurídico es donde se ubica la cuestión nuclear del proceso y no en el apartado probatorio, que, en principio, no suscita dificultades relevantes.

Así las cosas, la denegación de las diligencias solicitadas se ajusta a derecho y no puede accederse a la pretensión del recurrente, excepto en lo que respecta a la nueva declaración del imputado -ya practicada el pasado 7 de marzo-, a la que se accedió en su momento dada la insistencia del querellado.

El instructor se ratifica, pues, en la decisión del auto recurrido en lo que atañe a la negativa de la práctica de las referidas diligencias. Y se hace especial hincapié en que las diligencias que solicitó en el mes de mayo de 2010 ya obran unidas a la causa, pues las que realmente se interesaron y se concedieron fueron las instruidas por el querellado hasta el auto de 20 de abril de 2009 inclusive, y no las diligencias ni las escuchas posteriores a esa fecha. Y lo solicitado y concedido figura ya en el proceso, puesto que el instructor del Tribunal Superior de Justicia de Madrid remitió en su momento un DVD con la instrucción correspondiente al referido periodo de tiempo, documentación que actualmente, como sabe el recurrente, ya no se halla sometida a secreto sumarial.

SEGUNDO. El recurrente interesa también la declaración de nulidad del auto de transformación del procedimiento por haber sido dictado cuando las grabaciones realizadas en el Centro Penitenciario Madrid V se hallaban todavía declaradas secretas. Como ya se expuso en el auto recurrido, se trata de la práctica de una diligencia que sí fue admitida y que después no se ha podido cumplimentar, al menos con la eficacia que requiere la ley, debido, eso sí, a circunstancias ajenas al instructor y que no estaba en su mano controlar.

Como ya se explicó en el auto recurrido, la diligencia documental se encontraba declarada secreta por el juez que instruye en el Tribunal Superior de Justicia de Madrid las diligencias previas 1/2009 (conocido como “caso Gürtel”), que puede considerarse el procedimiento principal del que se ha desgajado la

presente causa. Y otro tanto cabía afirmar del auto dictado por el instructor de ese proceso el 20 de abril de 2009, que también había sido declarado secreto y que solicitó como diligencia de descargo la defensa.

Como ya se aclaró en su momento, el secreto de tales diligencias en ningún caso obedeció a la decisión de este instructor. Fue el magistrado que instruye el conocido como “caso Gürtel” quien mantuvo el secreto. De modo que el juez que suscribe este auto se limitó, al no ser competente en aquella causa, a cumplimentar las resoluciones que remite el instructor del Tribunal Superior de Justicia prorrogando el secreto de las diligencias, puesto que no cabía otra opción procesal.

Actualmente, y una vez que el instructor de la causa que se tramita en el Tribunal Superior de Justicia de Madrid ha levantado el secreto sumarial y ya obran por tanto en poder del querellado las grabaciones que solicitó, excepto algunas frases que afectan a la intimidad de uno de los querellantes, se le ha ampliado el plazo para complementar, si lo considera pertinente, el recurso de reforma que en su día interpuso contra el auto de transformación. Se suspendió la tramitación de este recurso precisamente para que el querellado dispusiera de las diligencias que fueron declaradas secretas por el instructor del “caso Gürtel”. Y como ahora ya tiene a su disposición en la Secretaría de esta Sala las piezas de documentos que se hallaban secretas y, por supuesto, las grabaciones practicadas con motivo de la instrucción, se le ha dado un nuevo plazo para que complemente su impugnación del auto de 19 de octubre pasado que lo incriminaba como presunto autor de los delitos previstos en los arts. 446 y 536 del C. Penal.

Ahora bien, lo que desde luego no cabe es declarar la nulidad del auto de transformación dictado en el 19 de octubre pasado, pues, como ya se anticipó en la resolución recurrida, no concurre la situación de indefensión que alega el querellado. En primer lugar, porque, como se expuso en su día, esas conversaciones son la consecuencia o el efecto directo derivado de la conducta presuntamente prevaricadora, por lo que todo apunta a que su aportación, en principio, más que beneficiarle le perjudica.

En segundo lugar, porque los dos autos dictados por el querellado y las conversaciones que se aportan con la querrela integran un bagaje suficiente para dictar el auto de transformación, operando el resto de las conversaciones como reforzamiento del auto y no como elemento exculpatario del impugnante.

Y en tercer lugar, porque fue el propio querellado el que controló y conoció por tanto el contenido de esas conversaciones, circunstancia que impide hablar de una situación de ignorancia que deje al recurrente en una situación de indefensión.

En consecuencia, se desestima el recurso de reforma y se deniegan las pretensiones del impugnante, excepto la práctica de la declaración del querellado, que ya ha sido diligenciada el 7 de marzo pasado.

III. PARTE DISPOSITIVA

DISPONGO: Se desestima el recurso de reforma interpuesto por la representación del querellado contra el auto dictado el 17 de noviembre de 2010, que queda así confirmado, excepto en el punto relativo a la declaración del querellado, al haber sido practicada el 7 de marzo pasado.

Así lo acuerda, manda y firma el Magistrado Instructor D. Alberto Jorge Barreiro.