

**AUDIENCIA PROVINCIAL DE MALAGA
SECCIÓN TERCERA**

Procedimiento Abreviado 10001/2010.

Asunto: 300016/2010.

Proc. Origen: Procedimiento Abreviado 42/2009.

Juzgado Origen: Juzgado de Instrucción nº Uno de Marbella.

Contra: Julián Felipe Muñoz Palomo, José María del Nido Benavente, Modesto Francisco de Asís Perodia Cruz-Conde, Esteban Guzmán Lanzat, Víctor Cohen Zerón, Juan Antonio Roca Nicolás, Manuel Vázquez Cuesta, Alfredo Chica Vera y Ángeles Carrasco Sanz, entre otros.

Procuradores: D. Alejandro Rodríguez de Leyva, D^a. Irene Molinero Romero, D^a. Rocío Jiménez de la Plata Javaloyes, D^a. Dolores Gutiérrez Portales y D. Ignacio Sánchez Díaz, entre otros.

Letrados: D. Luis Carlos Gómez de la Borbolla y D^a. Diana Hinojosa Rosales, D. Pedro Apalategui Isasa, D. Julio Perodia Cruz-Conde, D. Javier Sánchez Vera Gómez-Trelles, D^a. Nieves Sánchez Barranquero, D. Francisco Pérez Cañas y D. Juan Alfonso Sánchez Zabala, entre otros.

Ministerio Fiscal representado por D. Francisco Jiménez-Villarejo Fernández.

Acusación Particular: El M.I. Ayuntamiento de Marbella (Málaga).

Procurador: D. Avelino Barrionuevo Gener.

Abogado: D. Alberto Peláez Morales.

AUTO

Iltmos. Sres.

Presidente

D. CARLOS PRIETO MACÍAS.

Magistrados

D. ANDRÉS RODERO GONZÁLEZ

D. FRANCISCO JAVIER GARCÍA GUTIÉRREZ

En la Ciudad de Málaga, a trece de enero del año dos mil doce.

ANTECEDENTES DE ORDEN PROCESAL

PRIMERO.- En el auto de apertura del juicio oral de 17 de julio de 2009 se ratificó la libertad provisional de Víctor Cohen Zerón y se acordó la libertad provisional del resto de los acusados con la obligaciones apud acta de:

1º) Comparecer ante el Juzgado o ante el Tribunal que en su día conociera de la causa, cuantas veces fueran citados para ello.

2º) Comunicar al Juzgado para notificaciones y citaciones domicilio, teléfono, número de fax y dirección de correo electrónico.

3º) Informar de los cambios domiciliarios que efectuaran, y de cuantas salidas (y entradas) realizaran fuera del territorio nacional hasta la celebración del juicio oral, bajo apercibimiento de que en caso de no verificarlo, pudiera ser modificada su situación personal.

SEGUNDO.- El Juzgado instructor remitió a esta Sala junto con el procedimiento las piezas de situación personal de todos los acusados incoadas como consecuencia del pronunciamiento del citado auto a que acabamos de hacer referencia. En los autos originales, que no en las aludidas piezas separadas, constan las diligencias en las que se notificó a cada uno de los acusados el citado pronunciamiento y se les requirió en consecuencia. Así, en el tomo 124 de las actuaciones, en el folio 57.215, consta la diligencia de notificación y requerimiento a Alfredo Chica Vera; en el folio 57.216, la diligencia de notificación y requerimiento a Manuel Vázquez Cuesta; en el folio 57.217, la diligencia de notificación y requerimiento a Víctor Cohen Zerón; en el folio 57.218, la diligencia de notificación y requerimiento a Ángeles Carrasco Sanz; en el folio 57.220, la diligencia de notificación y requerimiento a Julián Felipe Muñoz Palomo; en el folio 57.224, la diligencia de notificación y requerimiento a Modesto Francisco de Asís Perodia Cruz-Conde, en el folio 57.227, la diligencia de notificación y requerimiento a José María del Nido Benavente y en el folio 57.228, la diligencia de notificación y requerimiento a Esteban Guzmán Lanzat. En el tomo 125, en los folios 57.387 a 57.394, se encuentra cumplimentado el exhorto librado al juzgado decano de Granada para la notificación y requerimiento a Juan Antonio Roca Nicolás, que se encontraba internado en el Centro Penitenciario Albolote de Granada.

Cada uno de los citados atendió a los requerimientos fijando domicilios.

TERCERO.- El 16 de diciembre de 2011 se dictó sentencia en el procedimiento que se reseña en el encabezamiento en la que se condenó a los acusados mencionados a penas privativas de libertad. En concreto se impuso a Julián Felipe Muñoz Palomo, como autor, y a José María del Nido Benavente, como cooperador necesario, de un delito continuado de Fraude en concurso medial con los delitos continuados de Prevaricación y Malversación de Caudales Públicos, la pena de siete años y seis meses de prisión.

En la misma resolución y como autores de los mismos ilícitos se impuso a Modesto Francisco de Asís Perodia Cruz-Conde y a Esteban Guzmán Lanzat las penas respectivas de seis años y cuatro meses de prisión y seis años y un día de prisión.

También se condenó a Juan Antonio Roca Nicolás, como autor criminalmente responsable de un delito de Fraude en concurso medial con un delito de Malversación de Caudales Públicos, a las penas de un año de prisión, por el delito de Fraude, y a la de tres años de prisión, por el delito de Malversación de Caudales Públicos.

Penas de menor extensión se impuso a los acusados Víctor Cohen Zerón, Manuel Vázquez Cuesta, Alfredo Chica Vera y Ángeles Carrasco Sanz, pues todos ellos fueron condenados como cooperadores necesarios de un delito de Fraude en concurso medial con un delito de Malversación de Caudales Público a las penas respectivas de seis meses de prisión, por el delito de fraude, y un año y seis meses de prisión, por el delito de Malversación de Caudales Públicos, delito del que se consideró cómplice a Manuel Vázquez Cuesta.

CUARTO.- La sentencia fue notificada el lunes 19 de diciembre de 2011 y el Ministerio Fiscal presentó escrito en solicitud de que se convocara a las partes para la celebración de la comparecencia prevista en el artículo 505 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, a lo que se procedió por providencia de 22 de diciembre de 2011, en la que se fijó el día 9 de enero de 2012, a las doce y treinta horas, para que tuviera efecto la citada comparecencia.

QUINTO.- Al inicio de la vista el 9 de enero de 2012 y antes de que el Ministerio Fiscal hiciera el uso de la palabra que le fue concedido, la defensa de José María del Nido Benavente interesó que el acto se celebrara a puerta

cerrada, petición a la que se adhirió la defensa de Juan Antonio Roca Nicolás. Tras breve deliberación, la Sala acordó la celebración de la vista en audiencia pública.

El Ministerio Fiscal invocó la doctrina emanada de las sentencias del Tribunal Constitucional 62/1996, 47/2000 y 50/2009 para solicitar (en base a los pronunciamientos condenatorios de la sentencia recurrida, antecedentes y procedimientos pendientes de los aquí condenados) que se modificara la situación personal de los acusados fijada en el aludido auto de apertura del juicio oral, en el sentido de acordar la prisión provisional, comunicada y sin fianza de Julián Felipe Muñoz Palomo y José María del Nido Benavente. Como petición subsidiaria a la anterior, interesó que se fijara una fianza ascendente a la cantidad de 500.000 euros para eludir la prisión y que se les impusiera la obligación apud acta de comparecer ante la secretaria de esta Sala o ante el Juzgado de Instrucción de Guardia de su domicilio los días uno y quince de cada mes y cuantas veces fueran llamados, con prohibición de abandonar el territorio nacional, por lo que deberían hacer entrega de sus pasaportes y se debería oficiar a las Direcciones Generales de la Policía y de la Guardia Civil a fin de que dieran las instrucciones precisas para la introducción de las referidas medidas en las bases de datos.

Idénticas medidas interesó para los acusados condenados Modesto Francisco de Asís Perodia Cruz-Conde, Esteban Guzmán Lanzat y Juan Antonio Roca Nicolás, si bien rebajando el importe de la fianza para acceder a la libertad a las cantidades respectivas de 300.000 euros, 250.000 euros y 100.000 euros.

En cuanto a los acusados condenados Víctor Cohen Zerón, Manuel Vázquez Cuesta, Alfredo Chica Vera y Ángeles Carrasco Sanz, la petición del Ministerio Fiscal se redujo a que se les impusiera la obligación apud acta de comparecer ante la secretaria de esta Sala o ante el Juzgado de Instrucción de Guardia de su domicilio los días uno y quince de cada mes y cuantas veces fueran llamados, con prohibición de abandonar el territorio nacional, por lo que deberían hacer entrega de sus pasaportes, en los mismos términos que los anteriores.

SEXTO.- Todas las defensas, en sus intervenciones, se opusieron a que se adoptaran las medidas interesadas por el Ministerio Fiscal respecto a sus respectivos patrocinados.

- La defensa de José María del Nido Benavente, tras rebatir la procedencia de la nueva imputación formulada contra su patrocinado a la que aludió el Ministerio Fiscal, aportó abundante prueba documental tendente a acreditar su arraigo familiar, social, profesional y económico en la ciudad de Sevilla.

- La defensa de Julián Felipe Muñoz Palomo aludió a que todas las responsabilidades penales que le quedan pendientes a su patrocinado son de origen anterior a Agosto de 2003; también apuntó las dificultades que tendría para organizar su vida fuera de España por su ignorancia de idiomas y se refirió a los documentos que había presentado para acreditar su delicado estado de salud.

- La defensa de los acusados Modesto Francisco de Asís Perodia Cruz-Conde, Esteban Guzmán Lanzat y Víctor Cohen Zerón también se refirió a la inexistencia de novedad respecto a las responsabilidades penales que aun tienen pendientes los dos primeros. Informó a la Sala de que no había podido contactar con su patrocinado Esteban Guzmán Lanzat, único ausente a la vista, por lo que no había podido transmitirle la citación a tal acto que se hizo en su persona; que sabía que se había marchado a Cuba a pasar las Navidades con una hija de dos años de edad que tiene en aquel país, pero que ignoraba su domicilio.

- La defensa de Juan Antonio Roca Nicolás enfatizó en la prueba que había dado su patrocinado de su propósito de no eludir la acción de la justicia al haber comparecido desde la situación de libertad a la celebración de la comparecencia en la que se decidió su ingreso en prisión.

- Las defensas de Manuel Vázquez Cuesta, Alfredo Chica Vera y Ángeles Carrasco Sanz adujeron la falta de motivos para variar la situación personal de su respectivo patrocinado condenados a penas que, en su conjunto, no superan los dos años de prisión.

Ninguno de los acusados condenados presentes en la vista hizo uso de la posibilidad de formular alegaciones que se les ofreció, más que una aclaración de Víctor Cohen Zerón.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1º) Publicidad de las actuaciones judiciales:

La norma general de todas las actuaciones judiciales es la publicidad establecida en los artículos 24.2 y 120.1 de la Constitución; en consonancia con los artículos 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948 y 6.1 del Convenio de Roma de 4 de noviembre de 1950.

Del mismo modo se pronuncia la Ley Orgánica del Poder Judicial en su artículo 232.1 (*"Las actuaciones judiciales serán públicas, con las excepciones que prevean las Leyes de procedimiento."*) y la Ley de Enjuiciamiento Criminal en sus artículos 649.2 (*"serán públicos todos los actos del proceso"*) y 680.1 (*"Los debates del juicio oral serán públicos, bajo pena de nulidad"*).

La doctrina del Tribunal Constitucional (SSTC 30/1986, 96/1987 y 65/1992), en las mismas pautas marcadas por la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 8 de diciembre de 1983 (caso Pretto), ha puesto coto a todos los intentos de restricción del acceso del público a la presencia de las actuaciones judiciales.

Cierto es que la publicidad está sujeta a las excepciones que marque la ley procesal, pero tales se asientan en la necesidad de preservar otros derechos fundamentales; única justificación para limitar el también derecho fundamental de información reconocido en el artículo 20 de la Constitución. Debate que ni siquiera se ha suscitado en el presente supuesto, de lo que se deja constancia en orden a argumentar la decisión adoptada.

2º) Diferencia entre ejecución provisional y adopción de medidas cautelares:

En el Ordenamiento jurídico español no existe la ejecución provisional de las penas privativas de libertad. A diferencia de en materia civil^[1], social^[2] e incluso administrativa^[3]; en lo referente a la Libertad de las personas el Derecho Penal retrasa la ejecución a la espera del pronunciamiento judicial firme dado que, en caso de sentencia contradictoria tras el recurso, la Libertad privada de forma provisional es de mucho más difícil resarcimiento que una mera cuestión económica. Tal necesidad de firmeza tiene su reflejo en el artículo 3.1 del Código Penal (*"No podrá ejecutarse pena ni medida de seguridad sino en virtud de sentencia firme dictada por el Juez o Tribunal competente, de acuerdo con las leyes procesales"*) y en numerosos preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (artículos 141, 794, 803.3, 974.1, 985, 988); previsión legal conforme con la garantía dispuesta en el artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 16 de diciembre de 1966 y ratificado por España el 13 de abril de 1977: *"Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un Tribunal superior, conforme a lo prescrito por la Ley"*.

3º) Requisitos de la prisión provisional:

Dos de los tres requisitos establecidos en el artículo 503 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para decretar la prisión provisional no presentan dudas sobre su concurrencia en el presente caso: Todos los condenados para los que el Ministerio Fiscal ha pedido tal medida lo están a penas superiores a dos años de prisión (art. 503.1.1 LECr.) y la existencia de indicios válidos o *"fumus boni iuris"* es incuestionable tras el dictado de la sentencia (art. 503.1.2 LECr.). Por tanto, el análisis debe centrarse en la presencia del peligro en la demora o *"periculum in mora"* de retrasar el ingreso en prisión.

La petición del Ministerio fiscal no se basa en evitar que los condenados puedan actuar contra bienes jurídicos de la víctima (art. 503.1.3.b LECr.) u ocultar, alterar o destruir fuentes de prueba relevantes para el enjuiciamiento

(art. 503.1.3.c LECr.); sino que la solicitud se fundamenta en los otros dos motivos que permiten la prisión provisional:

1) Evitar el riesgo de que el imputado cometa otros hechos delictivos (art. 503.2 LECr.)

2) Evitar el riesgo de fuga (art. 503.1.3.a LECr.)

4º) Carga de la prueba:

Respecto a los citados riesgos que justificarían la prisión provisional el principio de presunción de inocencia sigue vigente a falta de que el principio acusatorio contribuya con prueba suficiente para desvirtuarlo. Un condenado no es un probable reincidente o prófugo mientras no se pruebe lo contrario. En positivo: Sólo cuando se pruebe que un condenado es un probable reincidente o prófugo se deben adoptar medidas cautelares.

Como se recuerda en la Jurisprudencia constitucional reseñada por el Ministerio Fiscal (SSTC 47/2000 y 50/2009), el dictado de una sentencia condenatoria por delito grave no legitima el automatismo de la prisión provisional; máxime cuando no se trata de prorrogar tal medida cautelar, sino de una petición nueva. El Ministerio Fiscal no ha propuesto junto con su petición ningún medio de prueba para concretar algún comportamiento o acción elusiva de los condenados que justifique la adopción de nuevas medidas cautelares. Por contra, las defensas, a excepción del caso de Esteban Guzmán Lanzat, sí que han aportado datos y documentación suficiente para probar el arraigo de los condenados.

5º) Riesgo de que los condenados cometan otros hechos delictivos:

A falta de otros indicios es válido el argumento de las defensas: Los condenados no han tenido causas penales abiertas por hechos posteriores a la fecha en que abandonaron su relación con el Ayuntamiento de Marbella, hace más de ocho años, y en la actualidad ninguno de ellos se encuentra en situación de repetir las conductas delictivas por las que se les ha condenado.

6º) Riesgo de fuga de los condenados:

Nunca puede descartarse la posibilidad de que, de mantenerse la situación de libertad, un condenado opte por intentar ponerse fuera del alcance de la Administración de Justicia y obligue a esfuerzos para su localización. Este riesgo, hipótesis a la vez, siempre existe, pero no justifica que en todo caso deba imponerse la prisión provisional, dado su carácter excepcional. El principio de *favor libertatis* hace que antes de adoptar una medida tan restrictiva de un derecho fundamental haya de ponderarse su proporcionalidad. Como establece la norma: "*Para valorar la existencia de este peligro se atenderá conjuntamente a la naturaleza del hecho, a la gravedad de la pena que pudiera imponerse al imputado, a la situación familiar, laboral y económica de éste.*"

En relación a la valoración de la intensidad del riesgo de fuga en este caso, que ni el Ministerio fiscal ni la acusación particular hayan tenido necesidad de solicitar con anterioridad la prisión provisional, incluso cuando las peticiones de pena durante el curso del procedimiento eran superiores a las ahora impuestas, es un factor que la Sala pondera como un indicio claro de ausencia o minusvaloración del riesgo de fuga. El primer síntoma de voluntad de rebeldía lo ha dado Esteban Guzmán Lanzat con su incomparecencia a la última vista y a él deben circunscribirse las consecuencias de tal incumplimiento.

Por otro lado, como ya se ha comentado, a excepción de Esteban Guzmán Lanzat el arraigo del resto de los condenados a efectos de considerar improbable su fuga ha quedado probado a juicio de esta Sala en la vista y con la documentación aportada por las defensas.

7º) Incomparecencia de Esteban Guzmán Lanzat:

Esteban Guzmán Lanzat al colocarse en ignorado paradero ha incumplido de forma muy grave las obligaciones que en su día se le impusieron por el órgano judicial; lo que justifica que, a través de su letrado, se le requiera para que en el término de cinco audiencias comparezca en la Secretaría de esta Sección

bajo apercibimiento de que de no hacerlo se decretará su detención, busca y captura.

Mientras un parado que cobre el desempleo si viaja al extranjero tiene que pedir permiso a la Administración y no puede estar más de quince días fuera de España de visita familiar para no perder su prestación (artículos 6.3 RD 625/1985 y 231.1 RDLeg. 1/1994); un condenado por delito a seis años de prisión se ha ido a Cuba, según su abogado, sin previo aviso y ha incomparecido a la citación de este Tribunal hecha hace más de dos semanas. Difícil será que en la vista correspondiente pueda justificar tal conducta.

Tanto la notificación de la sentencia como la del requerimiento de medidas personales en el auto de apertura de juicio oral está acreditado en las actuaciones que fueron recogidas de forma personal por Esteban Guzmán Lanzat.

8º) Otros pronunciamientos:

El Ministerio Fiscal aludió en el acto de la vista a la posibilidad de variar la situación personal del acusado Francisco Javier Lendínez Bernan, respecto al que se había acordado su busca, detención y presentación en el auto de 28 de mayo de 2009, si llegara a adquirir firmeza el pronunciamiento en el que se absolvía a los acusados que compartían con él acusación.

Habrà que esperar a que transcurra el plazo para interponer recurso de casación contra la sentencia para que pueda proponerse el cambio de su situación personal.

Por otra parte, hemos de tener en consideración que la finalidad que persigue el legislador al disponer en el artículo 519 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que las diligencias de prisión provisional se sustancien en pieza separada (la llamada pieza de situación) es la de no entorpecer la instrucción y facilitar el control de aspectos tan trascendentes, por lo que habrán de llevarse a las citadas piezas tanto los testimonios de las diligencias de notificación y

requerimiento aludidas que obran en los autos principales como el testimonio de la parte dispositiva de la presente resolución.

PARTE DISPOSITIVA

Sin perjuicio de que hechos nuevos puedan motivar la celebración de otra vista sobre este particular, en consonancia con lo expuesto, la Sala acuerda respecto a los acusados Julián Felipe Muñoz Palomo, José María del Nido Benavente, Modesto Francisco de Asís Perodia Cruz-Conde, Juan Antonio Roca Nicolás, Víctor Cohen Zerón, Ángeles Carrasco Sanz, Alfredo Chica Vera y Manuel Vázquez Cuesta mantener las medidas adoptadas en el auto de apertura del juicio oral:

- La obligación apud-acta a todos ellos de comparecer ante este Tribunal cuantas veces fueran citados para ello.
- La obligación de comunicar a este órgano judicial el domicilio que fijen para notificaciones y citaciones (teléfono, fax y dirección de correo electrónico); así como de cualquier cambio de domicilio que efectúen.
- El deber de informar de cuantas salidas (y entradas) realicen fuera del territorio nacional

Bajo apercibimiento todas ellas de que en caso de no verificarlo puede ser modificada su situación personal.

En lo que a Esteban Guzmán Lanzat se refiere habrá de comparecer ante la Secretaría de esta Sección en horas de audiencia en el término de cinco días, con apercibimiento de que de no hacerlo se decretará su detención, busca y captura, con libramiento de las pertinentes requisitorias. El requerimiento de comparecencia se hará en la persona de su letrado defensor, D. Julio Perodia Cruz-Conde.

Llévense a las piezas de situación de los acusados condenados citados tanto los testimonios de las diligencias de notificación y requerimiento de las medidas

adoptadas en el auto de apertura del juicio oral que obran en los autos principales como el testimonio de la parte dispositiva de la presente resolución.

Contra esta resolución cabe interponer recurso de súplica ante esta Sala en el término de los tres días siguientes al en que se hubiera practicado la última notificación.

Así lo acordó la Sala y firman los Iltmos. Sres. Magistrados expresados al margen superior.