



TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA. SALA DE LO
PENAL

C./ Plaza San Agustín nº 6
Las Palmas de Gran Canaria

Teléfono: 928 30 65 00

Fax.: 928 30 65 02

Email: civilpenaltsj.lpa@justiciaencanarias.org

Proc. origen: Tribunal del jurado N° proc. origen:
0000022/2015

Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Las Palmas
de Gran Canaria

Procedimiento: Recursos Ley Jurado

Nº Procedimiento: 0000029/2017

NIG: 3500441220110002597

Resolución: Auto 000002/2018

Intervención:

Apelante

Apelante

Interviniente:

LUIS FERNANDO LLEO KHUNEL

MINISTERIO FISCAL

Procurador:

OCTAVIO ESTEVA NAVARRO

AUTO

Presidente:

Excmo. Sr. D. Antonio Doreste Armas.

Magistradas:

Ilma. Sra. D^a Margarita Varona Faus.

Ilma. Sra. D^a Carla Bellini Domínguez.

Las Palmas de Gran Canaria, a 12 de diciembre de 2018.

HECHOS

PRIMERO. El 22 de diciembre de 2017 la Sra. Letrada de la Administración de Justicia de esta Sala dictó una diligencia de ordenación teniendo por recibidos los testimonios de particulares remitidos a esta Sala por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Las Palmas, correspondientes al rollo del Tribunal del Jurado nº 22/2015 de dicho órgano judicial, al objeto de resolver sendos recursos de apelación interpuestos por la representación de don Luis Fernando Lleó Kuhnel y por el Ministerio Fiscal contra el auto del Magistrado-Presidente dictado con fecha 10 de abril de 2017, resolutorio de cuestiones previas, registrándolo como recurso de la ley del jurado y formando el correspondiente rollo.

SEGUNDO. Señalado el día 23 de enero de 2018 para la celebración de la vista de apelación, la misma quedó en suspenso mediante diligencia de ordenación de 11 de enero de 2018, por la que se ordenó asimismo dar traslado al Ministerio Fiscal de escrito de recusación formulada por la representación del apelante contra las magistradas de esta Sala, Ilma. Sra. D^a Margarita Varona Faus e Ilma. Sra. D^a Carla Bellini Domínguez, con base en la regla 11^a del artículo 219 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.





TERCERO. El Ministerio Fiscal evacuó el traslado emitiendo un dictamen por medio del cual interesó la inadmisión a trámite y el rechazo de la recusación planteada; a su vez, las magistradas recusadas emitieron sendos informes conforme a lo estipulado en el artículo 223.3 de la LOPJ, coincidiendo ambas en que, a fin de preservar la apariencia de imparcialidad que debe presidir su actuación, podría entenderse procedente la causa de recusación alegada, de haber tenido previo conocimiento de las actuaciones. La preceptiva pieza separada de recusación fue remitida a la Secretaría de Gobierno de este Tribunal Superior de Justicia el 30 de enero de 2018, al objeto de su resolución por la Sala del artículo 77 de la LOPJ.

CUARTO. El 5 de octubre de 2018 tuvo entrada en esta Sala una copia de la resolución de fecha 30 de julio de 2018, dictada por la Sala del artículo 77 de la LOPJ, por la cual se acordó desestimar la causa de recusación e imponer las costas del incidente al recusante.

QUINTO. Mediante diligencia de ordenación de 10 de octubre de 2018 se señaló el 8 de noviembre de 2018 para la celebración de la vista de apelación, la cual tuvo lugar con el resultado obrante en la correspondiente acta.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- El Ministerio Fiscal y la representación letrada de don Luis LLeó Kuhnel han interpuesto recurso de apelación contra el auto dictado por el Magistrado Presidente del Tribunal del Jurado de fecha 10 de Abril de 2017.

I.- Los motivos esgrimidos por el **Ministerio Fiscal** se interponen al amparo de lo previsto en el artículo 846 bis c), apartado a) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y son los siguientes:

1.- Quebrantamiento de la norma prevista en los artículos 36.1 LOTJ, 37 c) LOTJ, y 52 LOTJ, pues sostiene que el Magistrado Presidente ha efectuado una valoración probatoria lo que conlleva no solo a la revocación del auto sino a la nulidad del mismo.

2.- Enlazando con la anterior, denuncia el quebrantamiento de la garantía de imparcialidad, vulnerando el derecho a un proceso con todas las garantías recogido en el artículo 24.2 CE.

3.- Quebrantamiento de la garantía procesal a utilizar los medios de prueba proclamado en el artículo 24.2 de nuestra Constitución; vulneración del artículo 24.1 y 2 de nuestra Constitución por la infracción de los derechos a la tutela judicial efectiva y correlativa lesión del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías y al uso de los medios de prueba pertinentes causando indefensión al Ministerio Fiscal: rechazo erróneo e injustificado de la valorabilidad de las pruebas obrantes en las actuaciones: grabación de las conversaciones privadas mantenidas entre el denunciante Sr. Espino y el co-acusado Sr. Becerra (grabaciones de fechas 5-6-2008; 24-7-2008; 12-11-2008; 3-12-2008).

3.2. Análisis de la parte dispositiva del auto y de los fundamentos jurídicos que preceden a dicho fallo:

3.2.1 -Fundamento jurídico Cuarto (dedicado a la grabación de fecha 5 de junio de 2008) folios 13 a 21 del auto recurrido.





3.2.2 -Fundamento jurídico Décimo (dedicado a la grabación de fecha 24 de julio 2008, si bien se refiere casi en exclusiva a la grabación de fecha 5/6/2008), folios 16 a 41 del auto recurrido.

3.2.3 -Fundamento jurídico Décimo Séptimo (dedicado al quebranto de la cadena de custodia sin mención alguna concreta a las grabaciones privadas -salvo la de fecha 5/6/2008-) folios 44 a 61 del auto recurrido.

3.2.4 -Fundamento Jurídico Décimo Octavo (poniendo orden a sus propios fundamentos jurídicos anteriores) folios 62 a 71 del auto recurrido.

3.3. Decisión errónea y manifiestamente contraria a la doctrina del Tribunal Supremo respecto.

II.- Por su parte, **la representación del Sr. Lleó** formula también recurso de apelación al amparo de lo previsto en el artículo 846 bis a) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, con motivo de la inadmisión parcial de las cuestiones previas planteadas por dicha parte en el trámite previsto en el artículo 36 de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado.

La parte plantea, *ad cautelam* y con carácter subsidiario, como motivo de apelación el señalado en el art. 846 bis c), apartado a), de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por quebrantamiento de las normas y garantías procesales causantes de indefensión, por vulneración del artículo 36 de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado, de los artículos 666 a 677 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, de los artículos 18 y 24 de la Constitución Española, y de los artículos 11.1 y 214 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, al no haber estimado la resolución impugnada la totalidad de las cuestiones planteadas por esta parte.

Los motivos esgrimidos por la Defensa se circunscriben a tres puntos: Primero: Denuncia la parte la invalidez de las resoluciones dictadas por un Juez y/o un Letrado de Administración de Justicia sin competencias para ello. Segundo: Entiende que la valoración de esta prueba no le corresponde al Tribunal del Jurado. Tercero: Sostiene la ilicitud por conexión de antijuridicidad de las tres declaraciones prestadas por don Fernando Becerra: una primera ante la Policía Judicial el día 30 de mayo de 2009, una segunda de fecha 1 de junio de 2009 ante el juez de instrucción, y finalmente una tercera declaración judicial de fecha 27 de marzo de 2012.

SEGUNDO.- Recurso formulado por el Ministerio Fiscal:

Comenzando por el recurso que formula el Ministerio Público, y más concretamente respecto del primero de sus motivos, relativo al quebrantamiento de la norma prevista en los artículos 36.1 LOTJ, 37 c) LOTJ, y 52 LOTJ, entiende el recurrente que el Magistrado Presidente lleva a cabo una valoración probatoria en el momento procesal en que se encuentran las actuaciones. Como consecuencia de la transgresión de esta norma, interesa no solo la revocación del auto sino la nulidad, al invadir el Magistrado Presidente el perímetro acotado que por mandato legal y constitucional le corresponde al Jurado, vulnerando los artículos citados.

Añade además que éste utiliza documentos que no solo han sido inadmitidos por él, cuando





ejerció como ponente en el auto 482/2014, de fecha 8 de enero de 2015, dictado por la Sección Sexta de la Ilma. Audiencia Provincial, sino que no son de este procedimiento judicial y que además anticipa aspectos concretos del objeto del veredicto que están reservados por disposición legal expresa (art. 52 LOTJ) a otra fase procesal.

Consecuentemente, considera lesionado el derecho fundamental a un proceso con todas las garantías.

Como cuestión previa al motivo alegado por el Ministerio Público hemos de señalar, según dispone de forma pacífica nuestra jurisprudencia, que, en cuanto al contenido del objeto del veredicto, a tenor del contenido del citado art. 52 de la LOTJ, éste se redactará por el Magistrado Presidente en consonancia con los hechos alegados por las partes en sus respectivos escritos de Calificación y Defensa, con las variaciones o modificaciones que se hayan producido como consecuencia de las pruebas practicadas en el Plenario, así como de aquellos que no hayan sido objeto de actividad probatoria o hechos inocuos a la hora de ser subsumidos en un tipo penal. De esta redacción habrán de quedar excluidos aquellos puntos que sean o hayan sido objeto de cuestiones previas que recoge el art. 36 de la LOTJ, cuya eficacia jurídica debería ser atendida en una fase anterior a la decisión del Jurado. Esta redacción ha de efectuarse por el Magistrado Presidente de forma entendible para el Tribunal Popular, sin que puedan contener conceptos jurídicos, pues ello conllevaría a la predeterminación del fallo.

Fijados estos parámetros, plantea el Ministerio Público que el Magistrado Presidente prejuzga hasta el punto de elaborar en estos momentos preguntas dirigidas a los Jueces Populares que versarían sobre la ilegitimidad de unos Autos dictados por un Magistrado sin competencia para ello, además de entender que realiza una valoración irresponsable y negativa de la Instrucción llevada a cabo.

Pues bien, con respecto a este primer punto relativo referido a una posible anticipación en la redacción del objeto del veredicto por parte del Magistrado Presidente acerca de si las resoluciones antes mencionadas fueron o no dictadas por quienes en ella figuran, entendemos que habría que esperar a que efectivamente se produjera esa redacción del objeto para, y a tenor de lo recogido en el art 52 de la LOTJ proceder, si se estima que es partidista, prejuzga o no contiene los pedimentos o hechos discutidos en el Plenario, a la modificación o adición a las preguntas que dicho objeto contiene, según dispone el art. 53 del citado Cuerpo Legal. Dar por sentado hoy que eso va a ocurrir y juzgar acerca de ello resulta a esta Sala imposible y contrario a la propia lógica.

En cuanto se refiere a la utilización de documentos de los que entiende que han sido inadmitidos en el auto de fecha 8 de enero de 2015 y que además no son de este procedimiento judicial, el Ministerio Público no expone ni señala cuáles son esos documentos, haciendo referencia solo al contenido de los folios 34 y 35 del auto recurrido. En dichos folios se citan los números de las diligencias de prueba, concretamente las 6, 7, 9, 15, 15 a 20, 21, 22, 23, 24, 26 a 31, 32, 33 y 37 a 39 pero no se aclara el contenido de ellas, limitándose a admitirlas o rechazarlas, por lo que tampoco puede esta Sala entrar a valorar las mismas, ya que desconoce el contenido y alcance de ellas.

Por lo que respecta a las resoluciones desaparecidas y a resoluciones sin firmar, tampoco se señala en el Recurso de Apelación ninguna de ellas, por lo que difícilmente la Sala puede afirmar o negar algo al respecto.





Se aclara en determinado párrafo del mencionado Auto de fecha 8 de Enero de 2015 que ciertas resoluciones fueron dictadas en el seno de la instrucción de las Diligencias Previas nº 697/2008 por un Juez que, al momento de dictarlas, se encontraba fuera del Juzgado de vacaciones o de permiso, y por un Letrado de la Administración de Justicia que tampoco se encontraba en el Juzgado por los mismos motivos.

Y a este respecto se hace preciso señalar que esta Sala ha tenido ya oportunidad de pronunciarse al respecto en las Diligencias Previas nº 8/2015, 11/2015 y 28/2015. En estas actuaciones las partes querellantes, el Sr. LLeó, y la Asociación de Juristas en Defensa de la Legalidad y Garantías Jiménez de Asúa, denunciaban la posible falsedad de algunas resoluciones, ya que el Magistrado Instructor carecía de jurisdicción para dictarlas y ello constituía una violación de las garantías constitucionales y legales. Sin embargo, esta Sala concedió plena validez a las mismas, según se recoge en los Autos al efecto dictados respecto a las siguientes resoluciones dimanantes de las DP 697/2008 y son las siguientes:

- Auto de fecha 23 de enero de 2009, relativo a la prórroga de las intervenciones telefónicas.
- Auto de 5 de agosto de 2008. Prórroga del secreto de actuaciones.
- Providencia de 6 de agosto de 2008. Entrada de informe de la UCO sobre intervenciones telefónicas.
- Auto de 29 de agosto de 2008. Prórroga de intervención telefónica. Dictado por don César Romero Pamparacuatro bajo la fe de don José Ramón Vera Machín.
- Auto de 1 de septiembre de 2008. Intervención telefónica. Dictado por don César Romero Pamparacuatro bajo la fe de don José Ramón Vera Machín.
- Auto de 5 de septiembre de 2008. Prórroga del secreto de actuaciones. Dictado por don César Romero Pamparacuatro bajo la fe de don José Ramón Vera Machín.
- Providencia de 10 de septiembre de 2008. Entrada de informe de la UCO sobre intervenciones telefónicas.
- Providencia de 10 de septiembre de 2008 (diferente a la anterior). Entrada de informe de la UCO sobre intervenciones telefónicas.
- Auto de 2 de enero de 2009. Prórroga del secreto de las actuaciones.
- Providencia de 9 de enero de 2009. Entrada de informe de la UCO sobre intervenciones telefónicas.
- Auto de 27 de julio de 2009. Prórroga del secreto de las actuaciones.
- Providencia de 11 de enero de 2010. Entrada de un informe de la UCO.
- Providencia de 15 de febrero de 2010. Entrada de un informe de la UCO.
- Providencia de 24 de mayo de 2010.
- Auto de 20 de diciembre de 2010. Prórroga del secreto de las actuaciones.





Acerca de todas estas resoluciones ha tenido la oportunidad de pronunciarse la Sala, por lo que no cabe respecto de ellas sino la valoración que en su día quiera realizar el Tribunal Popular por cuanto que ninguna ilegalidad contienen.

El motivo, en consecuencia, se desestima.

TERCERO.- EL segundo de los motivos refleja el quebrantamiento de la garantía de imparcialidad, vulnerando el derecho a un proceso con todas las garantías recogido en el artículo 24.2 CE. Esgrime al efecto que la emisión de expresiones contenidas en los fundamentos jurídicos del auto evidencian que el Magistrado ya se ha formado un punto de vista desfavorable a la instrucción. El auto, en su opinión, está repleto de prejuicios, de los que destacan los recogidos al folio 34 del auto recurrido cuando manifiesta: "No se entiende por este Magistrado por qué debe ahora validarse con la presente resolución una irregularidad, dentro de las sucesivas irregularidades constatadas en este procedimiento, que no tiene razón de ser".

Asimismo expone que a los folios 34 y 35, en los que habla de la desaparición de resoluciones, y de otras sin firmar o que se dictan fuera de la sede judicial o en otra isla, igualmente expresa su parecer, puesto que el Auto en cuestión recoge afirmaciones tales como: <<... pues pocos procedimientos existen en este país, al menos que se conozcan, en los que desaparecen resoluciones, aparecen muchas otras sin firmar o se dictan algunas fuera, no solo de la sede judicial, sino de la propia Isla en la que se dicen dictadas. Y desde este momento conviene avanzar que la fuerza probatoria de todos estos documentos y resoluciones no puede quedar fuera de toda duda, pues no pueden ser más irregulares y desde luego eso debe ser valorado por el Tribunal en su momento>>.

Entiende que estos perjuicios obligan, por quiebra de la garantía de la imparcialidad, a apartar del proceso al Magistrado Presidente, al quedar comprometida su capacidad para lograr la equidistancia necesaria respecto del objeto de este juicio.

Como señala la STC 5/2004 de 16 de enero de 2004 (recurso 2330/2003), *"el artículo 24.2 de la Constitución reconoce el derecho a ser juzgado por un Tribunal independiente y alejado de los intereses de las partes en litigio, de tal modo que la imparcialidad judicial constituye una garantía procesal que condiciona la existencia misma de la función jurisdiccional... Esta obligación de ser ajeno al litigio puede resumirse en dos reglas: primera, que el Juez no puede asumir procesalmente funciones de parte; segunda, que no puede realizar actos ni mantener con las partes relaciones jurídicas o conexiones de hecho que puedan poner de manifiesto o exteriorizar una previa toma de posición anímica a su favor o en contra. Con arreglo a tal criterio la jurisprudencia de este Tribunal viene distinguiendo entre una imparcialidad subjetiva, que garantiza que el Juez no ha mantenido relaciones indebidas con las partes, en la que se integran todas las dudas que deriven de las relaciones del Juez con aquellas, y una imparcialidad objetiva, es decir, referida al objeto del proceso, por la que se asegura que el Juez se acerca al *thema decidendi*, sin haber tomado postura en relación con él"*.

Pues bien, en cuanto a la primera de las afirmaciones <<dentro de las sucesivas irregularidades constatadas en este procedimiento, que no tiene razón de ser>>, esta Sala, realizando una interpretación literal de la frase, pues carece de dificultad su entendimiento, por lo que se hace innecesario aplicar cualquier otra regla de interpretación, y tal y como la misma se encuentra redactada, con una coma al inicio y al final de la frase, no comparte la opinión del





Ministerio Fiscal, por cuanto que del tenor de la misma se aprecia que tal frase hace alusión a las irregularidades del procedimiento, como no se cansa de afirmar el Magistrado Presidente en diferentes puntos del Auto recurrido.

Y sí, efectivamente tiene razón el Ministerio Público cuando el Magistrado Presidente realiza un juicio de valor en esta frase, <<dentro de las sucesivas irregularidades constatadas en este procedimiento>>, como también cuando afirma: <<Y desde este momento conviene avanzar que la fuerza probatoria de todos estos documentos y resoluciones no puede quedar fuera de toda duda, pues no pueden ser más irregulares>>. Sin embargo, no considera esta Sala que dicho juicio de valor sea de tal calado e importancia como para considerar vulnerado el principio de garantía de imparcialidad que debe presidir toda actuación judicial, puesto que afirmar que en el proceso se han producido irregularidades es una opinión que en nada prejuzga el resultado final, cuando y además quien va a resolver acerca de los hechos no va a ser el Magistrado Presidente sino un Tribunal Popular.

En consecuencia, el motivo se desestima.

CUARTO.- El tercero de los motivos se formula por quebrantamiento de la garantía procesal a utilizar los medios de prueba, proclamado en el artículo 24.2 de nuestra Constitución; Vulneración del artículo 24.1 y 2 de nuestra Constitución por la infracción de los derechos a la tutela judicial efectiva y correlativa lesión del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías y al uso de los medios de prueba pertinentes causando indefensión al Ministerio Fiscal: Recurre el rechazo erróneo e injustificado de la valorabilidad de las pruebas obrantes en las actuaciones: grabación de las conversaciones privadas mantenidas entre el denunciante Sr. Espino y el co-acusado Sr. Becerra (grabaciones de fechas 5-6-2008; 24-7-2008; 12-11-2008; 3-12-2008).

A este respecto sostiene que la aplicación de un criterio probatorio por parte del Magistrado Presidente que supone flagrante contradicción con la doctrina del Tribunal Constitucional y Tribunal Supremo, implica una valoración del núcleo del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva en cuanto a la obtención de una resolución judicial que no sea arbitraria, irrazonable o incurso en error patente. Esta conculcación del derecho a la tutela judicial efectiva deriva, en su opinión, en la quiebra de la garantía procesal más básica del derecho: la utilización de los medios de prueba pertinentes, ya que deniega y expulsa erróneamente una prueba procedente a la admisión y práctica de la misma y la excluye indebidamente de toda valoración pareciendo ilicitud donde no hay, pues afirma el Ministerio Público que existe una importante distinción entre lo que es la prueba ilícita y la prueba fiable, ya que, según dispone el art. 36 de la LOTJ, solo se permite la expulsión de las diligencias de prueba ilícitas, no de las diligencias de prueba no fiables.

Recurre en primer lugar el Ministerio Fiscal la declaración de nulidad de la grabación del día 5 de junio de 2008, y hemos de partir del hecho claro que, anterior a la citada grabación, el Sr. Espino había ya presentado denuncia ante la Guardia Civil contra don Fernando Becerra por un supuesto delito de cohecho, entre otros.

Los motivos que el Auto recurrido recoge para declarar la nulidad de tal prueba hacen referencia a:





- Que las grabaciones han sido alteradas, con diferentes cortes y que no se ha podido constatar tales grabaciones con los archivos originales debido a que la grabadora no se ha aportado al procedimiento.
- Que, por tales motivos, no puede afirmarse que dichas grabaciones sean íntegras y auténticas.
- Que el LADJ no está presente en ninguna de las diligencias de volcado, como tampoco los propios afectados.
- La grabación no fue autorizada por resolución judicial y se llevó a cabo de forma preordenada a la obtención de pruebas materiales, subrepticia y teledirigida.

Pues bien, lo que aquí se dilucida, a tenor de lo que al efecto recoge el art. 36 de la LOTJ, es la vulneración o no de un derecho fundamental en la nulidad de una prueba.

Hay que partir de la afirmación de que no es pacífica en absoluto la jurisprudencia al respecto. Así, la STS 298/2013, 13 de marzo -citada por el Fiscal en su informe de impugnación-, glosa los precedentes de la jurisprudencia constitucional y de la Sala, que sirven para descartar la tesis de la defensa. Se alude así a la STC 114/1984, de 29 de noviembre, resolución emblemática por cuanto de ella emanó todo el discurso y desarrollo de la teoría de la prueba ilícita en nuestro ordenamiento: *"... el actor ha afirmado en su demanda y en sus alegaciones que el hecho ilícito que da fundamento a su queja constitucional fue la inicial violación del secreto de sus comunicaciones por su interlocutor, al proceder éste a grabar la conversación con él mantenida sin su conocimiento. Esta conculcación de su derecho la argumenta el recurrente aduciendo que «el artículo 18.3 no sólo protege la intimidad de la conversación prohibiendo que un tercero emplee aparatos para interceptarla..., sino que la intimidad de la conversación telefónica, como derecho fundamental, puede ser violada mediante la colocación por uno de los comunicantes de una grabadora, sin consentimiento de la otra parte... ». La supuesta infracción se agravaría, en fin, cuando lo así aprehendido se comunicara a terceros y se presentara como prueba ante un Tribunal.*

(...) Con estas advertencias, es necesario determinar si, efectivamente, la grabación de la conversación, en la que fuera parte el actor, constituyó, como se pretende, una infracción del derecho al secreto de las comunicaciones. La tesis del actor no puede compartirse. Su razonamiento descansa en una errónea interpretación del contenido normativo del art. 18.3 de la Constitución. Y en un equivocado entendimiento de la relación que media entre este precepto y el recogido en el núm. 1 del mismo artículo.

El derecho al «secreto de las comunicaciones... salvo resolución judicial» no puede oponerse, sin quebrar su sentido constitucional, frente a quien tomó parte en la comunicación misma así protegida. Rectamente entendido, el derecho fundamental consagra la libertad de las comunicaciones, implícitamente, y, de modo expreso, su secreto, estableciendo en este último sentido la interdicción de la interceptación o del conocimiento antijurídico de las comunicaciones ajenas. El bien constitucionalmente protegido es así -a través de la imposición a todos del «secreto»- la libertad de las comunicaciones, siendo cierto que el derecho puede conculcarse tanto por la interceptación en sentido estricto (que suponga aprehensión física del soporte del mensaje -con conocimiento o no del mismo- o captación, de otra forma, del proceso de comunicación) como por el simple conocimiento antijurídico de lo comunicado (apertura de la correspondencia ajena guardada por su destinatario, por ejemplo).





(...) Sea cual sea el ámbito objetivo del concepto de «comunicación», la norma constitucional se dirige inequívocamente a garantizar su impenetrabilidad por terceros (públicos o privados: el derecho posee eficacia erga omnes) ajenos a la comunicación misma. La presencia de un elemento ajeno a aquéllos entre los que media el proceso de comunicación, es indispensable para configurar el ilícito constitucional aquí perfilado.

No hay «secreto» para aquél a quien la comunicación se dirige, ni implica contravención de lo dispuesto en el art. 18.3 de la Constitución la retención, por cualquier medio, del contenido del mensaje. Dicha retención (la grabación, en el presente caso) podrá ser, en muchos casos, el presupuesto fáctico para la comunicación a terceros, pero ni aun considerando el problema desde este punto de vista puede apreciarse la conducta del interlocutor como preparatoria del ilícito constitucional, que es el quebrantamiento del secreto de las comunicaciones. Ocurre, en efecto, que el concepto de «secreto» en el art. 18.3 tiene un carácter «formal», en el sentido de que se predica de lo comunicado, sea cual sea su contenido y pertenezca o no el objeto de la comunicación misma al ámbito de lo personal, lo íntimo o lo reservado. Esta condición formal del secreto de las comunicaciones (la presunción iuris et de iure de que lo comunicado es «secreto», en un sentido sustancial) ilumina sobre la identidad del sujeto genérico sobre el que pesa el deber impuesto por la norma constitucional. Y es que tal imposición absoluta e indiferenciada del «secreto» no puede valer, siempre y en todo caso, para los comunicantes, de modo que pudieran considerarse actos previos a su contravención (previos al quebrantamiento de dicho secreto) los encaminados a la retención del mensaje. Sobre los comunicantes no pesa tal deber, sino, en todo caso, y ya en virtud de norma distinta a la recogida en el art. 18.3 de la Constitución, un posible «deber de reserva» que -de existir- tendría un contenido estrictamente material, en razón del cual fuese el contenido mismo de lo comunicado (un deber que derivaría, así del derecho a la intimidad reconocido en el art. 18.1 de la Norma fundamental).

*Quien entrega a otro la carta recibida o quien emplea durante su conversación telefónica un aparato amplificador de la voz que permite captar aquella conversación a otras personas presentes no está violando el secreto de las comunicaciones, sin perjuicio de que estas mismas conductas, **en el caso de que lo así transmitido a otros entrase en la esfera «íntima» del interlocutor, pudiesen constituir atentados al derecho garantizado en el artículo 18.1 de la Constitución.** Otro tanto cabe decir, en el presente caso, respecto de la grabación por uno de los interlocutores de la conversación telefónica. Este acto no conculca secreto alguno impuesto por el art. 18.3 y tan sólo, acaso, podría concebirse como conducta preparatoria para la ulterior difusión de lo grabado. Por lo que a esta última dimensión del comportamiento considerado se refiere, es también claro que la contravención constitucional sólo podría entenderse materializada por el hecho mismo de la difusión (art. 18.1 de la Constitución). **Quien graba una conversación de otros atenta, independientemente de toda otra consideración, al derecho reconocido en el art. 18.3 de la Constitución; por el contrario, quien graba una conversación con otro no incurre, por este solo hecho, en conducta contraria al precepto constitucional citado.** Si se impusiera un genérico deber de secreto a cada uno de los interlocutores o de los corresponsables ex art. 18.3, se terminaría vaciando de sentido, en buena parte de su alcance normativo, a la protección de la esfera íntima personal el art. 18.1, garantía ésta que, «a contrario», no universaliza el deber de*





secreto, permitiendo reconocerlo sólo al objeto de preservar dicha intimidad (dimensión material del secreto, según se dijo). Los resultados prácticos a que podría llevar tal imposición indiscriminada de una obligación de silencio al interlocutor son, como se comprende, del todo irrazonables y contradictorios, en definitiva, con la misma posibilidad de los procesos de libre comunicación humana. Si a esta solución se debe llegar examinando nuestra Norma Fundamental, otro tanto cabe decir a propósito de las disposiciones ordinarias que garantizan, desarrollando aquélla, el derecho a la intimidad y a la integridad y libertad de las comunicaciones .

Como conclusión, pues, debe afirmarse que no constituye contravención alguna del secreto de las comunicaciones la conducta del interlocutor en la conversación que graba ésta (que graba también, por lo tanto, sus propias manifestaciones personales, como advierte el Ministerio Fiscal en su escrito de alegaciones)".

Por su parte, en la STC 56/2003, 24 de marzo, insiste en ese entendimiento del contenido material del derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones, **excluyendo toda lesión de relevancia constitucional derivada de la grabación y ulterior utilización en juicio de lo grabado por uno de los interlocutores.**

La referida doctrina -recuerda la ya citada STS 298/2013, 13 de marzo-, ha sido asumida por la Sala Segunda en un nutrido grupo de sentencias. Relevante botón de muestra son las SSTS 2008/2006, de 2 de febrero ó 682/2011 de 24 de junio : "... se alega que la grabación de la conversación mantenida entre víctima y acusado ha sido obtenida con vulneración de derechos fundamentales, dado que uno de los interlocutores desconocía que estaba siendo grabado, por lo que no tuvo opción de impedir dicha grabación, proteger su intimidad y hacer valer su derecho al secreto de las comunicaciones. (...) **La jurisprudencia ha señalado que la grabación que un particular haga de sus propias conversaciones, telefónicas o de otra índole, no suponen el atentado al secreto de las comunicaciones (STS 20-2-2006 ; STS 28-10-2009, nº 1051/2009).** E igualmente ha precisado la STS 25-5-2004, nº 684/2004 que las cintas grabadas no infringen ningún derecho, en particular el art. 18-3 CE debiendo distinguir entre grabar una conversación de otros y grabar una conversación con otros. Pues no constituye violación de ningún secreto la grabación de un mensaje emitido por otro cuando uno de los comunicantes quiere que se perpetúe.

Además -como recuerda la STS de 11-3-2003 nº 2190/2002-, la STS de 1-3-96, ya entendió que no ataca el derecho a la intimidad, ni al secreto de las comunicaciones, la grabación subrepticia de una conversación entre cuatro personas realizada por una de ellas.

Finalmente, cabe traer a colación la STS 9-11-2001, nº 2081/2001, la cual precisa que, de acuerdo con la doctrina sentada por esa Sala en Sentencias como la de 30-5-1995 y 1-6-2001, *"el secreto de las comunicaciones se vulnera cuando un tercero no autorizado interfiere y llega a conocer el contenido de las que mantienen otras personas, no cuando uno de los comunicantes se limita a perpetuar, mediante grabación mecánica, el mensaje emitido por el otro. Aunque esta perpetuación se haya hecho de forma subrepticia y no autorizada por el emisor del mensaje y aunque éste haya sido producido en la creencia de que el*





receptor oculta su verdadera finalidad, no puede ser considerado el mensaje secreto e inconstitucionalmente interferido: no es secreto porque ha sido publicado por quien lo emite y no ha sido interferido, en contra de la garantía establecida en el art. 18.3 CE , porque lo ha recibido la persona a la que materialmente ha sido dirigido y no por un tercero que se haya interpuesto. Cosa completamente distinta es que el mensaje sea luego utilizado por el receptor de una forma no prevista ni querida por el emisor, pero esto no convierte en secreto lo que en su origen no lo fue. Es por ello por lo que no puede decirse que, con la grabación subrepticia de la conversación de referencia se vulneró el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones y que tal infracción deba determinar imposibilidad de valorar las pruebas que de la grabación se deriven."

Entiende esta Sala a la que hoy le corresponde resolver acerca de las Cuestiones Previas que se le presentan, que solo y únicamente resolverá sobre la vulneración del Derecho Fundamental, pues el resto de la valoración probatoria le compete al Jurado en el Plenario. Por ello, y como primera afirmación, podemos decir que la grabación de la conversación mantenida entre los Sres. Espino y Becerra no vulnera el derecho fundamental a la intimidad, salvo que se tratase de una conversación que afectase al núcleo íntimo de la persona o de la familia de los interlocutores que intervinieron en ella, y tal intimidad no se desprende del contenido de la grabación, por lo que no existe violación del derecho a la intimidad.

Tampoco dicha grabación vulnera el derecho al secreto de las comunicaciones, pues se trata de una conversación que mantiene un persona con otra y quien la graba es uno de los intervinientes, según ha dejado plena constancia la doctrina que a este respecto mantiene el Tribunal Supremo. Según esta, uno de los intervinientes puede grabar una conversación con su interlocutor sin vulnerar el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, aunque la otra parte desconozca que se le está grabando, es decir, de forma subrepticia y sin que el que graba le informe acerca de la verdadera finalidad de la grabación.

Igualmente se hace necesario resaltar que, cuando se produce la grabación del Sr. Espino, éste ya había presentado denuncia ante las Fuerzas de Seguridad por supuesto delito de cohecho contra el Sr. Becerra, y la grabación fue una forma de demostrar la veracidad de sus afirmaciones. Es por ello que la STS 311/2018, de 27 de junio, citada por la Defensa del Sr. Lleó, no parte de los mismos hechos, pues los hechos que recogen esta reseñada sentencia no se inician con una denuncia previa, sino que el punto de partida de la citada sentencia es una grabadora que la Guardia Civil entrega a un particular para que éste grabe una conversación que va a tener con el futuro denunciado; no existía por tanto denuncia previa y por tanto la grabación se lleva a cabo sin que se hubiese incoado diligencia alguna ante la Guardia Civil; los Agentes que le entregaron la grabadora no fueron identificados; la denuncia de los hechos se hace en un momento posterior a la grabación; la grabación no se aporta a la denuncia. Sin embargo, en el caso que hoy nos ocupa se parte de una situación en la que el Sr. Espino acude a la Guardia Civil a presentar denuncia poniendo en conocimiento de este Cuerpo de Seguridad unos hechos que considera delictivos, perpetrados por el Sr. Becerra, y que el denunciante venía padeciendo por su condición de Consejero del Cabildo Insular de Lanzarote, ocurriendo la grabación un día después de haberse producido la denuncia, y que, una vez llevada a cabo, fue aportada como segunda denuncia a la mencionada Autoridad.

El objeto de discusión será, pues, si el Sr. Espino fue un instrumento en manos de los Agentes de la autoridad o fue su propio criterio el que lo llevó a denunciar y a emplear medios, no





propios sino de la Autoridad, para acreditar sus afirmaciones.

Y a tal fin, la citada sentencia 311/2018 recoge expresamente:

*"Pues bien, proyectando esta jurisprudencia al supuesto de hecho que ahora nos ocupa, resulta más que evidente que la utilización en el proceso penal de la información obtenida a partir de unas grabaciones propiciadas por agentes de la Guardia Civil, no puede ser avalada por la Sala, **sobre todo, cuando en la sentencia recurrida se ofrece la secuencia que precedió a esa grabación y que evidencia que Julio actuó como un verdadero instrumento de los agentes.** Los términos en que esa conversación se desarrolló ponen de manifiesto que Julio buscaba -insistimos, a instancia de los agentes- una declaración de Pelayo que sirviera para desencadenar, ahora sí, una investigación judicial verdaderamente intrusiva de los derechos fundamentales del imputado. **El dato añadido de que las grabaciones nunca llegaron a incorporarse a la causa, que se silenció su propia existencia al Juez instructor y que ni siquiera fueron identificados los agentes que participaron en el operativo del que derivó la grabación entre ambos particulares, refuerza, si cabe, la certeza de que Julio fue un hombre interpuesto en las labores iniciales de investigación, al que los agentes atribuyeron un cometido bien concreto, a saber, lograr un reconocimiento por parte de su interlocutor del cobro de determinadas cantidades económicas, a cambio de prestar servicios propios de su trabajo como empleados del ayuntamiento de Madrid.**"*

No se trata, por tanto, de situaciones equiparables, como ya se ha dejado constancia, por lo que no puede, al menos con base en la citada sentencia, llegarse a la conclusión de la nulidad acordada en el auto recurrido. Como puede apreciarse, en la sentencia citada no hay una denuncia previa, sino una grabación anterior a la denuncia, cosa muy diferente al caso actual, en el que primero existe la denuncia y luego la grabación de la conversación; la grabadora es proporcionada por Agentes de la Guardia Civil que no se identificaron, cosa que tampoco ocurre en el presente caso, en el que se encuentran perfectamente identificados; la grabación nunca llegó a aportarse a las actuaciones, mientras que en este caso el denunciante la llevó a la Comisaria, donde procedió a ampliar la denuncia inicial adjuntándola a la misma.

En cuanto a la posible vulneración de la intimidad domiciliaria, argumento esgrimido en el Auto recurrido por cuanto que el Magistrado Presidente considera que el despacho del Sr. Espino es un domicilio particular que precisa de la protección que el derecho fundamental le brinda, esta Sala discrepa de tal afirmación: el Sr. Becerra acude a un organismo oficial, como es el despacho de un funcionario público, el Consejero del Cabildo Insular de Lanzarote. No es un domicilio particular ni un despacho donde se realice una actividad profesional particular sujeta al secreto o a la intimidad, es, por el contrario, el despacho oficial de un servidor público. Destacando, además, que es el Sr. Becerra el que acude al despacho del Sr. Espino. Luego el lugar donde se llevó a cabo la grabación de la conversación no vulnera, por los citados argumentos, la intimidad domiciliaria.

Sobre si la grabación en cuestión no fue ocasional sino preordenada a constatar la existencia de un delito, es obvio que toda grabación se lleva a cabo, como cualquier otro medio de prueba, con el fin, es decir, preordenado o dirigido a acreditar y a apoyar unas aseveraciones. No se realiza por que sí, sino con el fin de demostrar la postura de la parte en un contencioso. Y no por ello un medio de prueba deja de ser tal. Diferente es la validez que le





dé el Juzgador, profesional o lego en la materia, a ese medio de prueba. Tampoco compartimos la afirmación de que la grabación ha de realizarse siempre con autorización judicial. Dependerá de la grabación que se esté llevando a cabo, puesto que el particular que graba a otro durante una conversación que están ambos manteniendo, no requiere de autorización judicial. Y es que, como ya se ha expresado, el Sr. Becerra fue el que acudió al encuentro del Sr. Espino, se presentó en su despacho y en él le propuso, al parecer, recibir una importante cantidad de dinero a cambio de favores. No hubo previa preparación para cogerle u obligarle a que reconociera unos hechos. Se trató de una conversación en la cual el Sr. Becerra le propone "un negocio" al Sr. Espino dada la condición de éste de Consejero del Cabildo de Lanzarote.

Consecuencia de lo expresado hasta este momento es que no se aprecia en la grabación del día 5 de Junio de 2008 ninguna violación de Derecho Fundamental, como tampoco en las que traen consecuencia de esta, concretamente las de fechas 24 de julio, 12 de noviembre y 3 de diciembre de 2018, cuya nulidad viene acordada en el auto recurrido.

Habrá, en consecuencia, que proceder a estudiar otros aspectos del auto contestado para apreciar o no la nulidad acordada por la resolución de instancia, y que el Magistrado Presidente señala en los Razonamientos 4º, 10º, 17º y 18º del Auto recurrido, y que son los siguientes:

Falta de autenticidad y de integridad por la no aportación de la grabadora, lo cual ha podido dar lugar a la manipulación de la misma, como tampoco la aportación de la grabación original; la grabación no fue autorizada por resolución judicial y no estuvo presente en el volcado el LADJ.

En cuanto a todos los motivos antedichos, hay que especificar que ellos se refieren, entendemos, a la grabación de fecha 5 de Junio de 2008, pues el resto de ellas fueron acordadas mediante Auto, según consta a los folios 2823 a 2826, Tomo 5; 3545 a 3548 del tomo 6; y folios 3577 a 3580.

Por lo que respecta a la integridad de la grabación, dado que el Auto recurrido afirma que la misma ha sido objeto de cortes y de que carecen de la grabadora que fue usada para recogerla, hay que hacer hincapié en que lo importante, desde la perspectiva de la vulneración constitucional denunciada, es si ha sido vulnerado o no alguno de ellos y, obviamente, tal argumento no es objeto de vulneración de Derecho Fundamental, afectará o no a la fiabilidad de la prueba, pero no a la vulneración de las garantías constitucionales.

Y en este sentido cobra significado la STS 298/2013, 13 de marzo : *"... se alega asimismo que las grabaciones han sido "filtradas" y por tanto no consta su autenticidad. Son particulares (...) los que las hicieron y prepararon para entregarlas después a los agentes de la autoridad. Eso ya es un tema distinto: es una cuestión de fiabilidad y no de licitud. Que un testigo pueda mentir no significa que haya de desecharse por principio la prueba testifical; que un documento pueda ser alterado, tampoco descalifica a priori ese medio probatorio. **Por iguales razones, que una grabación pueda ser objeto de manipulación no empece a que pueda ser aportada como prueba y pueda ser valorada. Corresponde al Tribunal determinar si esa posibilidad debe descartarse in casu y le merece fiabilidad, o no.**"*

Sin embargo, no procedería en estos momentos realizar un valoración acerca de este aspecto





toda vez que el Fallo acuerda: *"Respecto de la pretendida nulidad de las intervenciones telefónicas por su posible conexión de antijuridicidad con las citadas grabaciones, (se está refiriendo a las de fecha: 5 de Junio, 24 de Julio, 12 de Noviembre y 3 de Diciembre de 2008), se resolverá una vez que se practique la prueba anticipada solicitada por el Ministerio Fiscal: PRUEBA PERICIAL ANTICIPADA consistente en que por especialistas del departamento de ingeniería de la Guardia Civil, y en los términos interesados por el Ministerio fiscal, se proceda a la verificación de la integridad de los contenidos volcados a los soportes CD/DVD entregados en el juzgado, mediante contraste con los que quedan registrados en el Servidor Central del SITEL a disposición de la autoridad judicial.*

Para una mayor acotación de la prueba propuesta se precisaría que el contenido de las llamadas (debidamente cotejadas) y reseñadas en el escrito de la acusación del Ministerio Fiscal, cuya audición se ha interesado en el acto de la vista ante el Tribunal del Jurado (las 29 llamadas telefónicas reflejadas) y contenidas en los CDS que como piezas de convicción se hallan a disposición del Magistrado Presidente (bajo la custodia de la Letrada de la Administración de Justicia) sean verificadas con los contenidos registrados en el Servidor Central del SITEL".

En consecuencia, habrá que esperar por el resultado de la prueba pericial interesada por el Ministerio Fiscal para poder averiguar la fiabilidad o no de la misma.

Respecto a la ausencia del LADJ en el volcado de las grabaciones, es significativa la STS, 213/2017, de 29 de marzo, Rec 1802/2016, en la cual se recoge expresamente:

"Tampoco puede apreciarse irregularidad alguna en el volcado a papel de las filmaciones videográficas tomadas en la Comisaría de la Policía Local, sin que se exija la presencia del Letrado de la Administración de Justicia para su práctica. Así se ha pronunciado esta Sala, como es exponente la Sentencia 165/2016, de 2 de marzo , en la que en un supuesto que puede ser aplicable, se declara que ni la ley procesal anterior al año 2015 ni tampoco la nueva normativa de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (Ley 13/2015, de 5 de octubre) imponen que estén presentes el letrado del imputado ni un perito nombrado por la parte en el momento de volcar el contenido del ordenador. Es más, el nuevo artículo 588 sexies c) ni siquiera requiere la presencia del Secretario Judicial en el momento de abrir el ordenador y obtener el disco duro."

A tenor de la Jurisprudencia citada, se aprecia que tal supuesta irregularidad no es óbice para restarle validez a las mismas, al menos en el momento en el que nos encontramos y, sobre todo, tampoco dicha irregularidad puede constituir la vulneración del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías.

Respecto al resto de las resoluciones declaradas nulas y recurridas por la Acusación, dado que no consideramos nula la primera de ellas, tampoco las que traen consecuencia de las mismas.

Ninguna vulneración de Derecho Fundamental se aprecia por esta Sala, por lo que y hasta que se lleve a cabo la prueba pericial ordenada por el Magistrado Presidente, se consideran válidas las resoluciones de fechas: 5 de junio, 24 de julio, 12 de noviembre y 3 de diciembre de 2008.





En consecuencia, cabe estimar la impugnación del Ministerio Fiscal referida a la nulidad de la grabación llevada a cabo por don Carlos Espino, con independencia de la regularidad formal de la misma, pendiente de prueba pericial. La obtención de aquella grabación no vulnera Derecho Fundamental alguno, conforme se ha razonado.

QUINTO.- Recurso formulado por la Defensa del Sr. Lleó:

La parte plantea, *ad cautelam* y con carácter subsidiario, como motivo de apelación el señalado en el art. 846 bis c), apartado a), de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por quebrantamiento de las normas y garantías procesales causantes de indefensión, por vulneración del artículo 36 de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado, de los artículos 666 a 677 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, de los artículos 18 y 24 de la Constitución Española, y de los artículos 11.1 y 214 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, al no haber estimado la resolución impugnada la totalidad de las cuestiones planteadas por esta parte.

El objeto del presente recurso se circunscribe a los siguientes apartados del auto:

1.- Folio 32, en donde el auto impugnado declara que un juez no pierde su jurisdicción por el hecho de contar con un sustituto, y en tal caso puede seguir dictando resoluciones durante ese periodo, por lo que ello no afectaría a la validez de tales resoluciones, en concreto a la del auto de 29 de agosto de 2008 de prórroga de la observación e intervención telefónica de D. Luis Lleó Kuhnel y D. Fernando Becerra Robayna. Discrepa el apelante de tal afirmación e interesa la nulidad del auto de 29 de agosto de 2008, de prórroga de la observación e intervención telefónica de D. Luis Lleó Kuhnel y D. Fernando Becerra Robayna, al vulnerar, a su entender, el art. 24.2 de la CE, concretamente el derecho al juez ordinario predeterminado por Ley y la vulneración de las garantías procesales.

2.- Folios 32 a 35, en donde el auto impugnado difiere y delega al Tribunal del Jurado la resolución sobre la posible nulidad de las resoluciones dictadas bajo la fe del Secretario Judicial cuando aquel se encontraba de permiso y sustituido. Sostiene el apelante que este Tribunal es incompetente para dilucidar como hecho justiciable objeto de veredicto cuestiones en torno a la jurisdicción y competencia.

3.- Folio 70, en donde el auto impugnado declara la desconexión de antijuridicidad entre la ilícita grabación de 5 de junio de 2008 y los autos de intervención telefónica posteriores de 6 y 13 de junio, y de 3 de julio de 2008 al entender que los mismos se encuentran faltos de motivación y de proporcionalidad.

Sostiene el recurrente que, partiendo de la nulidad íntegra de la grabación del día 5 de junio de 2008 y de los autos posteriores de autorización de las intervenciones telefónicas de los días 6 y 13 de junio, y de 3 de julio de 2008, teniendo en cuenta que la grabación subrepticia inicial y las posteriores conversaciones telefónicas intervenidas fueron la fuente para instar nuevas medidas, afirma que se debería extender la nulidad a los siguientes autos:

- a) Autos de intervención telefónica:

1º Auto y mandamiento de fecha 24/11/2008.

2º Auto y mandamiento de fecha 17/12/2008.

3º Auto y mandamiento de fecha 23/02/2009.





4º Auto y mandamiento de fecha 20/04/2009.

5º Auto y mandamiento de fecha 24/04/2009.

6º Auto y mandamiento de fecha 20/05/2009.

- b) Autos autorizando la grabación de reuniones:

1º Auto y mandamiento de fecha 23/07/2008.

2º Auto y mandamiento de fecha 12/11/2008.

3º Auto y mandamiento de fecha 3/12/2008.

4º Auto y mandamiento de fecha 12/05/2009.

5º Auto y mandamiento de fecha 19/05/2009.

- c) De las diligencias policiales ampliatorias de la UCO números 183/2008, 300/2008, 91/2009, actas, oficios y sus anexos:

- Diligencia de 21 de julio de 2008.

- Diligencia de 22 de julio de 2008.

- Diligencia de 23 de julio de 2008.

- Diligencia de 24 de julio de 2008.

- Anexo 25 de fecha 21 de julio de 2008.

- Anexos 26 y 27 de fecha 22 de julio de 2008.

- Anexo 31 de 23 de julio de 2008.

- Diligencia de 12 de noviembre de 2008.

- Acta de comparecencia de 19 de noviembre de 2008.

- Diligencia de 3 de diciembre de 2008.

- Acta de 4 de diciembre de 2008.

- Diligencia de 11 de febrero de 2009.

- Acta de 16 de febrero de 2009.

- Diligencia de 18 de mayo de 2009.

- Acta de 21 de mayo de 2009.

- Diligencia.

- Oficio de 5 de agosto de 2008.

- Acta de observaciones telefónicas del teléfono 629644339 y sus transcripciones literales.

- Acta de observaciones telefónicas del teléfono 636450648 y sus transcripciones literales.

- Acta de observaciones telefónicas del teléfono 626366528 y sus transcripciones literales.

- Acta de observaciones telefónicas del teléfono 671449118 y sus transcripciones literales.





- Acta de observaciones telefónicas del IMEI 352924023714806 y sus transcripciones literales.
- Acta de observaciones telefónicas del IMSI 214075503694850 y sus transcripciones literales.
- Oficio de fecha 6 de septiembre de 2008.
- Oficio de 5 de septiembre de 2008.
- Oficio de 7 de octubre de 2008.
- Oficio de 7 de noviembre de 2008.
- Oficio de 7 de diciembre de 2008.
- Informe de 7 de diciembre de 2008.
- Oficio de 7 de enero de 2009.
- Oficio de 7 de febrero de 2009.
- Oficio de 9 de marzo de 2009.
- Informe trimestral del resultado de las intervenciones telefónicas.
- Transcripciones telefónicas de teléfonos de don Luis Lleó.
- Oficio de 8 de abril de 2009.
- Oficio de 7 de mayo de 2009.
- Oficio de 29 de mayo de 2009.
- d) Declaraciones del coacusado don Fernando Becerra Robayna:

La Defensa del Sr. Lleó sostiene la ilicitud por conexión de antijuridicidad de las tres declaraciones prestadas por don Fernando Becerra en el curso de la instrucción, una primera ante la Policía Judicial el día 30 de mayo de 2009 (F. 5587-5591 Tomo 10), una segunda de fecha 1 de junio de 2009 ante el juez de instrucción (F. 5857-5865 Tomo 10), ambas realizadas cuando el declarante se encontraba detenido y la causa bajo secreto reforzado, y finalmente una tercera declaración judicial de fecha 27 de marzo de 2012 (F. 6068-6080 Tomo 11), una vez que la causa se había desglosado del procedimiento principal, las diligencias previas nº 697/2008, sobre el que solo se había alzado parcialmente el secreto.

Afirma que, analizado el iter procesal seguido antes y después de dicha declaración de fecha 27 de marzo de 2012, no concurre, en su opinión, el requisito de que la declaración de don Fernando Becerra fuese prestada libre y voluntariamente, pues al momento de realizarse tal declaración su letrado no conocía los siguientes extremos:

1º El contenido de los autos de entrada y registro de los domicilios de don Fernando Becerra y de don Luis Lleó Kuhnel.

2º El modo de obtención de las grabaciones realizadas por don Carlos Espino y la manipulación de las mismas.

3º El hecho -sin antecedentes conocidos- de que el juez instructor había dictado la primera prórroga de la interceptación de su teléfono cuando aquel estaba siendo sustituido por otro juez, circunstancia de la que se tuvo conocimiento en momento muy posterior a la declaración





de constante referencia.

En consecuencia, tales declaraciones se encuentran viciadas de nulidad.

Pues bien, los motivos esgrimidos por la Defensa se circunscriben a tres puntos. Primero: denuncia la parte la invalidez de las resoluciones dictadas por un Juez y/o un Letrado de la Administración de Justicia sin competencias para ello. Segundo: entiende que la valoración de esta prueba no le corresponde al Tribunal del Jurado. Tercero: sostiene la ilicitud por conexión de antijuridicidad de las tres declaraciones prestadas por don Fernando Becerra en el curso de la instrucción, una primera ante la Policía Judicial el día 30 de mayo de 2009, una segunda de fecha 1 de junio de 2009 ante el juez de instrucción, y finalmente una tercera declaración judicial de fecha 27 de marzo de 2012.

Bien, comenzando por el segundo apartado, esta Sala coincide con el apelante en que no le corresponde al Tribunal Popular decidir si las resoluciones dictadas por un Magistrado o un LADJ son válidas y constituyen, en consecuencia, prueba, para a continuación decidir si esta prueba la consideran prueba fiable o no. Las pruebas en cuestión están fuera del ámbito de conocimiento del Tribunal del Jurado y entra de lleno en los motivos que el art. 6 de la LOTJ recoge como aptos para el conocimiento de un Juez profesional y no de un Jurado lego. No puede pedirse a un Tribunal Popular que decida acerca de cuestiones para las que carece de conocimiento y de competencia, motivo por el cual la LOTJ estableció las cuestiones previas, es decir, con el fin de dejar al Jurado libre de tomar este tipo de decisiones para las que no se encuentra capacitado ni preparado. Los medios de prueba que deben practicarse en el Juicio oral ante el Jurado son aquellos que se reputen legales, debiendo quedar excluidos antes del Juicio oral los que se consideren ilegales. La decisión sobre la legalidad o ilegalidad de una prueba le compete al Magistrado Presidente y, contra su decisión, será el Tribunal Superior de Justicia quien decida al respecto, como es el caso que nos ocupa. Y ello porque, como ya hemos afirmado, el Tribunal Popular carece de conocimientos jurídicos para realizar un pronunciamiento sobre la jurisdicción, la competencia, cualquier vulneración de derecho fundamental u otra garantía procesal.

Siendo, como es, un tema cuya decisión compete a esta Sala, hemos de comenzar dando por reproducidos los autos de fecha 27 de marzo, 28 de abril y 19 de junio de 2015, relativos a las Diligencias Previas nº 8/2015; los autos de fechas 9 de junio, 8 de julio y 2 de octubre de 2015, de las Diligencias Previas nº 11/2015 y el auto de fecha 24 de mayo de 2016, referido a las Diligencias Previas nº 28/2015. En todas estas Diligencias ya fue planteada a esta Sala la viabilidad de las resoluciones dictadas por el Magistrado Don César Romero Pamparacuatro y del LADJ don José Ramón Vera Machín, cuando ambos se encontraban fuera del recinto judicial y encontrándose sustituidos por otro Magistrado y otro LADJ.

En dichas Diligencias Previas se denunciaba la falsedad de determinadas resoluciones y, concretamente en las DP 28/2015, se alegaba además la vulneración del derecho fundamental al juez predeterminado por la Ley. Esta Sala entendió que no se perdía la competencia por el hecho de encontrarse ausente del lugar de trabajo, y que el Magistrado Instructor de las Diligencias Previas nº 697/2008 continuaba teniendo jurisdicción aun encontrándose de vacaciones, enfermo o de permiso. Los argumentos esgrimidos al respecto se recogen en las citadas resoluciones y, de forma más concreta, en el auto de fecha 24 de mayo de 2016, cuya transcripción consideramos necesaria a los efectos de las presentes Cuestiones Previas:





HECHOS

PRIMERO: El 15 de diciembre de 2015 tuvo entrada un escrito del procurador don Bonifacio Villalobos Vega en nombre y representación de la Asociación de Juristas por la Defensa de la Legalidad y las Garantías del Proceso Jiménez de Asúa, interponiendo querrela contra don César Romero Pamparacuatro y don José Ramón Vera Machín, respectivamente magistradojuez y letrado de la Admón. de Justicia, por los presuntos delitos de falsedad en documento público, artículo 390.1 del Código penal, y violación de garantías constitucionales, artículo 536.1 del CP.

SEGUNDO: El 16 de diciembre de 2015 se acordó mediante providencia dar traslado al Ministerio Fiscal para que emitiera informe sobre competencia y contenido de la querrela presentada. El 11 de enero de 2016 tuvo entrada en esta Sala el dictamen del Ministerio Fiscal; respecto a la competencia consideró que correspondería a esta Sala por la condición de magistrado de una de las personas querelladas; respecto al contenido de la querrela, manifestó que no existen indicios de suficiente entidad como para iniciar una investigación penal e interesó que se acordase la no admisión a trámite y el archivo de las diligencias previas.

TERCERO: Mediante providencia dictada el 14 de enero de 2016 la Sala acordó, con carácter previo a la admisión o no a trámite de la querrela interpuesta, y en virtud de lo dispuesto en el artículo 410 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, librar oficio a la Presidencia del Tribunal Superior de Justicia al objeto de que remitiera a esta Sala certificación relativa a las fechas en las cuales tanto el magistrado-juez Ilmo. Sr. D. César Romero Pamparacuatro como el letrado de la admón. de justicia D. José Ramón Vera Machín disfrutaron de permisos, licencias o vacaciones, si estuvieron de baja o en cualquier otra situación que motivara su ausencia del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 5 de Arrecife en el periodo comprendido entre el 5 de agosto de 2008 y el 20 de diciembre de 2010, ambas fechas inclusive. Asimismo se interesó quiénes fueron los sustitutos legales que, en su caso, cubrieron las ausencias tanto del magistrado-juez como del letrado de la Admón. de Justicia antes referidos, así como cuáles fueron las normas de sustitución ordinaria vigentes en el periodo mencionado.

CUARTO: Mediante providencia de 7 de marzo de 2016 la Sala acordó librar sendos oficios a la Presidencia y a la Secretaría de Gobierno de este Tribunal Superior de Justicia interesando el urgente cumplimiento del oficio reseñado en el Hecho anterior respecto al magistrado-juez Ilmo. Sr. D. César Romero Pamparacuatro y al letrado de la Admón. de Justicia don José Ramón Vera Machín, respectivamente.

QUINTO: El 4 de abril de 2016 tuvieron entrada sendos escritos de la Presidencia y de la Secretaría de Gobierno de este Tribunal Superior de Justicia; el primero comunicaba que la información solicitada relativa a permisos, licencias o vacaciones del magistrado-juez don César Romero Pamparacuatro, había sido solicitada a la Sección de Personal Judicial del Consejo General del Poder Judicial, Régimen Jurídico de Jueces y Magistrados, por ser cuestión de su competencia; el segundo adjuntaba certificación interesada respecto al letrado de la admón. de justicia don José Ramón Vera Machín, así como copia de la documentación obrante en la Secretaría de Gobierno.

SEXTO: Mediante providencia de 12 de abril de 2016 la Sala acordó librar oficio a la Sección de Personal Judicial del Consejo General del Poder Judicial, Régimen Jurídico de Jueces y Magistrados, a fin de que a la mayor brevedad informase a esta Sala sobre los extremos a que se refería el oficio de 7 de marzo de 2016 respecto al magistrado-juez Ilmo. Sr. D. César Romero Pamparacuatro. El 15 de abril de 2016 tuvo entrada vía fax la respuesta del Servicio de Personal Judicial del Consejo General del Poder Judicial a lo solicitado. Mediante providencia de 19 de abril de 2016 la Sala acordó dar traslado de dicho escrito, así como del recibido de la Secretaría de Gobierno de este Tribunal Superior de Justicia de Canarias, al Ministerio Fiscal para que emitiera informe.





SÉPTIMO: El 28 de abril tuvo entrada el informe del Ministerio Fiscal en el que interesó que se acordara la no admisión a trámite de la querrela y el archivo de las diligencias previas. Asimismo interesó por medio de otrosíes que se requiriera de la Secretaría de Gobierno del TSJ de Canarias el Expediente Gubernativo de Secretarios nº 24/13, con número de registro 1269/2013, fecha de 25 de junio de 2013, al objeto de que quede unido al dictamen el informe del querrellado don José Ramón Vera Machín de 23 de febrero de 2011; así como informe del también querrellado don César Romero Pamparacuatro de 22 de febrero de 2011; comprensivos ambos informes de las razones por las que las diligencias previas nº 697/2008, durante el secreto de las actuaciones y antes de la explotación policial, no se tramitaron en el sistema de gestión procesal Atlante. También interesó el fiscal que la Sala reclamase al Juzgado de Instrucción nº 3 de Arrecife, para su incorporación al dictamen, testimonio expresivo de los folios 30 y 31 de las diligencias previas nº 654/14 de aquel órgano judicial, comprensivo del oficio de la Unidad Central Operativa de la Guardia Civil de 18 de febrero de 2011 que informó de medidas de seguridad e investigación o cautelas de carácter extraordinario adoptadas en la denominada Operación "UNIÓN" (diligencias previas nº 697/2008 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 5 de Arrecife).

OCTAVO: El 3 de mayo de 2016 se acordó mediante providencia dirigir oficios interesando los testimonios solicitados por el Ministerio Fiscal y reseñados en el hecho anterior. El 10 de mayo se dio cuenta de la entrada en esta Sala de los testimonios interesados:

- Remitido por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Las Palmas, testimonio de los folios 30 y 31 de las diligencias previas 654/2014 del Juzgado de Instrucción nº 3 de Arrecife.

- Remitido por la Secretaría de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, testimonio íntegro del Expediente Gubernativo de Letrados de la Administración de Justicia nº 24/13.

NOVENO: Ha sido Ponente de las actuaciones y de la presente resolución la Ilma. Sra. D^a Carla Bellini Domínguez, quien expone el parecer unánime de la Sala.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO: Por la representación de la Asociación de Juristas por la Defensa de la Legalidad y las Garantías del Proceso Jiménez de Asúa se formula querrela contra el magistrado-juez don César Romero Pamparacuatro y don José Ramón Vera Machín, letrado de la administración de justicia, por la supuesta comisión de dos delitos. El primero de ellos se refiere al recogido en el artículo 390.1.1º del Código Penal que tipifica la falsedad en documento público. Los motivos en los cuales sustenta su querrela respecto de la supuesta comisión de este delito provienen de la documental que en su día don Luis Lleó interesó de la Secretaría de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, relativa al expediente de los hoy querrellados en cuanto a vacaciones, permisos y bajas, y las resoluciones obrantes en el procedimiento denominado "caso Unión". Así se desprende de la propia querrela, pues consta en el documento nº 5, folio 75 de ésta, tal afirmación: "Por recibido el anterior escrito remitido por Don Luis Fernando Lleó Kuhnel interesando certificación de los Secretarios Judiciales que han prestado servicios en el Juzgado de 1ª Instancia nº 5 de Arrecife de Lanzarote, los que han intervenido en las Diligencias Previas nº 697/2008, así como la documentación existente sobre la inclusión en el sistema de gestión procesal del citado procedimiento, incóese Expediente Gubernativo, el cual queda registrado al número 24/13, expídase la certificación interesada".

Estas resoluciones, alega, fueron dictadas cuando los mencionados querrellados se encontraban de vacaciones, de baja o de permiso, y por lo tanto no estaban ejerciendo su función jurisdiccional, y concretamente cita las siguientes:

Auto de 5 de agosto de 2008. Prórroga del secreto de actuaciones, firmado bajo la fe de don José Ramón Vera





Machín cuando se encontraba de permiso por enfermedad grave de un familiar.

Providencia de 6 de agosto de 2008. Entrada de informe de la UCO sobre intervenciones telefónicas, firmado bajo la fe de don José Ramón Vera Machín cuando se encontraba de permiso por enfermedad grave de un familiar.

Auto de 29 de agosto de 2008. Prórroga de intervención telefónica. Dictado por don César Romero Pamparacuatro bajo la fe de don José Ramón Vera Machín cuando ambos se encontraban disfrutando de sus vacaciones.

Auto de 1 de septiembre de 2008. Intervención telefónica. Dictado por don César Romero Pamparacuatro bajo la fe de don José Ramón Vera Machín cuando ambos se encontraban disfrutando de sus vacaciones.

Auto de 5 de septiembre de 2008. Prórroga del secreto de actuaciones. Dictado por don César Romero Pamparacuatro bajo la fe de don José Ramón Vera Machín cuando ambos se encontraban disfrutando de sus vacaciones.

Providencia de 10 de septiembre de 2008. Entrada de informe de la UCO sobre intervenciones telefónicas. Firmada bajo la fe de don José Ramón Vera Machín cuando se encontraba disfrutando de sus vacaciones.

Providencia de 10 de septiembre de 2008 (diferente a la anterior). Entrada de informe de la UCO sobre intervenciones telefónicas. Firmada bajo la fe de don José Ramón Vera Machín cuando se encontraba disfrutando de sus vacaciones.

Auto de 2 de enero de 2009. Prórroga del secreto de las actuaciones. Dictado por don César Romero Pamparacuatro bajo la fe de don José Ramón Vera Machín cuando ambos se encontraban de permiso por asuntos particulares.

Providencia de 9 de enero de 2009. Entrada de informe de la UCO sobre intervenciones telefónicas. Dictada por don César Romero Pamparacuatro cuando se encontraba de permiso por asuntos particulares.

Auto de 27 de julio de 2009. Prórroga del secreto de las actuaciones. Documento nº 15. Firmado bajo la fe de don José Ramón Vera Machín cuando se encontraba disfrutando de sus vacaciones.

Providencia de 11 de enero de 2010. Entrada de un informe de la UCO. Documento nº 16. Dictada por don César Romero Pamparacuatro bajo la fe de don José Ramón Vera Machín cuando el primero se encontraba de permiso por asuntos particulares y el segundo disfrutaba de sus vacaciones.

Providencia 15 de febrero de 2010. Entrada de un informe de la UCO. Documento nº 17. Dictada por don César Romero Pamparacuatro cuando se encontraba de permiso por asuntos particulares.

Auto de 12 de mayo de 2010. Prórroga del secreto de las actuaciones. Dictado por don César Romero Pamparacuatro cuando se encontraba de baja por enfermedad.

Providencia de 24 de mayo de 2010. Entrada de un escrito del Ministerio Fiscal. Dictada por don César Romero Pamparacuatro cuando se encontraba de baja por enfermedad.

Auto de 20 de diciembre de 2010. Prórroga del secreto de las actuaciones. Firmado bajo la fe de don José Ramón Vera Machín cuando se encontraba de permiso por asuntos particulares.

Entiende la parte querellante que, en el supuesto de que la fecha de las resoluciones reseñadas fuese cierta, las mismas estarían suscritas por un juez, por un letrado de la admón. de justicia, o por ambos, carentes de jurisdicción; en el caso de que la fecha de las resoluciones no fuese cierta, tales documentos serían igualmente fraudulentos y en el fraude estaría implicado el fiscal don Ignacio Stampa respecto a los autos de 29 de agosto





de 2008, 1 de septiembre de 2008, 5 de septiembre de 2008 y 2 de enero de 2009 (documentos 8, 9, 10 y 13), en cuya última página aparece la firma del fiscal entonces asignado al caso en fecha anterior a que el magistrado juez querrellado se hubiese reincorporado de sus vacaciones en los tres primeros casos, y de una ausencia por asuntos propios en el cuarto.

La asociación querellante denuncia igualmente en la querrela y como segunda alegación, la violación de las garantías constitucionales, tipificada en el artículo 536.1 del Código Penal, al entender que las resoluciones de fechas 29 de agosto de 2008, por la que se acordó prorrogar la intervención de los teléfonos de don Fernando Becerra Robayna y don Luis Fernando Lleó Kühnel, y el auto de 1 de septiembre de 2008, por el que se acordó la intervención de un segundo teléfono de don Honorio Nicolás García-Bravo, fueron dictadas cuando carecía de jurisdicción y, por tanto, con violación de las garantías constitucionales y legales. Añade además que los autos citados se han realizado en papel con formato diferente al normalmente utilizado.

SEGUNDO: En cuanto al primero de los delitos denunciados, la parte querellante sostiene que tal actuación presuntamente delictiva sería encuadrable dentro del artículo 390.1.1º del Código Penal, el cual dispone que: "Será castigado con las penas de prisión de tres a seis años, multa de seis a veinticuatro meses e inhabilitación especial por tiempo de dos a seis años, la autoridad o funcionario público que, en el ejercicio de sus funciones, cometa falsedad: 1º Alterando un documento en alguno de sus elementos o requisitos de carácter esencial".

La STS 58/2013 de 31 Ene. 2013, Rec. 781/2012: expone que: los requisitos del delito de falsedad en documentos públicos son los siguientes: en primer lugar el elemento objetivo o material, propio de toda falsedad, la mutación de la verdad por alguno de los procedimientos o formas enumerados en el artículo 390 del Código Penal; en segundo lugar, que la mutatio veritatis recaiga sobre elementos capitales o esenciales del documento y tenga suficiente entidad para afectar los normales efectos de las relaciones jurídicas, con lo que se excluyen de la consideración del delito los mudamientos de la verdad inocuos o intrascendentes para la finalidad del documento, y, en tercer lugar, elemento subjetivo o dolo falsario, consistente en la concurrencia en el agente de la conciencia y voluntad de transmutar la verdad. Señalando más adelante que el Pleno de la Sala Segunda, celebrado el 26-2-1999, acordó que "la confección completa de un documento mendaz que induzca a error sobre su autenticidad e incorpore toda una secuencia simulada e inveraz de afirmaciones con trascendencia jurídica, a modo de completa simulación del documento, que no tiene ni puede tener sustrato alguno en realidad, elaborado con dolo falsario, debe ser considerada la falsedad que se disciplina en el art. 390.1.2 CP de 1995 . "Criterio que ha sido seguido en la sentencia que se acaba de citar y en las que se mencionan en ella posteriores al citado acuerdo.

De igual modo, la STS de 13 jun. 1997, Rec. 1203/1996 recoge que: "La recurrente no puede desconocer los términos en que ha quedado redactado el artículo 390 del nuevo Código y en concreto su número primero del apartado 1 en el que se expresa que se comete falsedad "alterando un documento en alguno de sus elementos o requisitos de carácter esencial". Se hace preciso clarificar cuales son esos elementos o requisitos de carácter esencial cuya alteración genera la falsedad. Para lograrlo ha de fijarse la atención en las funciones que constituyen la razón de ser de un documento y si la ausencia, modificación o variación de uno de los elementos de un documento repercute sustancialmente en esas funciones, en cuyo caso sí podría afirmarse que la alteración ha afectado a un elemento o requisito esencial. Y se ha sostenido por esta Sala que las funciones características o propias de un documento son:

a) perpetuadora en cuanto fijación material de unas manifestaciones del pensamiento;

b) probatoria en cuanto el documento se ha creado para acreditar o probar algo, y





c) función garantizadora en cuanto sirve para asegurar que la persona identificada en el documento es la misma que ha realizado las manifestaciones que se le atribuyen en el propio documento. Si las alteraciones cometidas afectan a uno de estas funciones podemos calificarla de esencial.

Por su parte, la STS núm. 759/1998 de 26 de mayo ha sostenido que: Con carácter general puede decirse (ver la Sentencia de 12 de junio de 1997 [RJ 1997/4891]) que el delito de falsedad documental (Sentencia de 12 de diciembre de 1991 [RJ 1991/9492]) requiere esencialmente la conciencia de la denominada mutatio veritatis, o voluntad de alterar la verdad por medio de una acción a través de la cual se ataca a la fe pública y, en último caso, a la confianza que la sociedad tiene depositada en el valor de los documentos. No puede olvidarse que es la autenticidad y seguridad del tráfico mercantil en general lo que constituye la razón primordial de la incriminación de estas infracciones.

Tal voluntad de alteración se manifiesta en ese dolo falsario que, se logren o no los fines que se perseguían al respecto en cada caso concreto, implica una clara mentalidad (conciencia y voluntad) de trastocar la realidad convirtiendo en veraz lo que no lo es. Intención maliciosa o elemento subjetivo del injusto que ha de quedar acreditada y probada, rechazándose la imputación falsaria cuando esa supuesta falsedad no guarda entidad suficiente para perturbar el tráfico jurídico, ni idoneidad para alterar la legitimidad y veracidad del documentos. En conclusión, y en referencia a éstos, lo importante es que aquella inveracidad recaiga sobre extremos esenciales, y no inanes, inocuos o intrascendentes (Sentencia de 26 de noviembre de 1990 [RJ 1990/9162]), según y a la vista de un criterio más cualitativo que cuantitativo, sometido siempre a puntos de vista que nunca serán unánimes porque nunca tampoco podrán establecerse reglas apriorísticas exactas y concretas, ya que el juicio de valor en cada caso determinará la importancia o transcendencia de la alteración (Sentencia de 21 de enero de 1994 [RJ 1994/84]).

De igual modo, la STS de fecha 26 de noviembre 1990 ha sostenido que: Es curioso como, dentro de la doctrina y la jurisprudencia y dentro también de la temática afectante a los delitos aquí estudiados, indistintamente se han venido utilizando los términos sinónimos de falsedad y falsificación, sin mayor relevancia de otro lado, tratándose sólo en algún momento de encontrar explicación sobre ello. Se ha dicho que la falsedad afecta a los sujetos y la falsificación a las acciones o que falsedad consiste en poner lo falso en lo que debería ser verdadero y falsificación, semejante a sustitución, en poner lo falso en lugar en que ya estuvo lo verdadero. Lo importante es, sin embargo, definir la pretensión que tuvo el legislador cuando tipificó esta figura delictiva de la falsificación en documentos públicos, oficiales o mercantiles, por particulares o por funcionarios públicos. Protección de la fe pública, protección para la no alteración de los medios probatorios o atentado al tráfico jurídico cuya autenticidad y seguridad constituye, casi en unanimidad de esta Sala Segunda, la razón de la incriminación de estos delitos que atenían contra su correcto funcionamiento.

Si documento en general es la expresión de un pensamiento (ideado o realizado, espiritual o material) que en abstracto puede originar consecuencias jurídicas variadas, y si a la vez ha de buscarse sobre todo el respeto y obediencia a la veracidad intrínseca que cada uno de ellos representa en acatamiento a la fe pública, a la confianza o a la credibilidad, quiere decirse que sólo merecerán el reproche penal las alteraciones fraudulentas que se hagan sobre partes esenciales y no accesorias. Sobre partes fundamentales e importantes. Por eso las falsedades en documentos públicos y similares, en el contexto de los arts. 1.216 del Código Civil y 596 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y que de otro lado se consuman con el hecho de la falsificación, tienen que merecer la consideración de antijurídicas al consistir la falsedad, fundamentalmente, en la inveracidad o mudamiento de verdad recayente sobre puntos esenciales y no sobre extremos inanes, inocuos o intrascendentes, según expresión de la Sentencia de 30 de mayo de 1987 (RJ 1987/4508). Criterio más cualitativo que cuantitativo, sometido siempre a puntos de vista que nunca serán unánimes y respecto de los cuales nunca tampoco podrán establecerse reglas apriorísticas más exactas y concretas, porque siempre será un juicio de valor el que en cada supuesto concreto determinará la importancia de la alteración, partiéndose no obstante de





la idea de que, en cuanto a las alteraciones o intercalaciones que se hagan en un documento para variar su sentido, art. 302.6 del Código Penal, es exigencia ineludible que tal alteración de verdad sea fundamental, esto es que no sólo recaiga sobre partes esenciales, tal antes se ha dicho, sino que además el significado, contenido, repercusión, consecuencia y efectos del controvertido documento se varíe de manera trascendental, notoria, importante y manifiesta.

TERCERO: Ciñéndonos a la primera de las alegaciones, referida a la supuesta falsedad de determinadas resoluciones judiciales dictadas en el marco de las Diligencias Previas nº 697/2008 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 5 de Arrecife, bien por el magistrado-juez don César Romero, bien por el letrado de la administración de justicia (en adelante LAD) don José Ramón Vera, cuando se encontraban de vacaciones, de permiso o de baja por enfermedad, puede apreciarse, como también se adelantó al inicio de los presentes Razonamientos, que la documental aportada en esta querrela y que la fundamenta, fue solicitada por don Luis Lleó, quien la utilizó para interponer querrela ante este TSJC contra dos de los ahora querrellados, don César Romero y don José Ramón Vera, y también contra el fiscal don Ignacio Stampa y el Comandante de la Guardia Civil don Vicente Corral, correspondiéndole el número 11/2015 de Diligencias Previas. En dicha querrela se referían hechos muy similares relativos a un auto y cuatro mandamientos dictados por el magistrado-juez querrellado, en un momento en el que éste no se encontraba físicamente en su sede judicial, como afirmaba el entonces querellante, don Luis Lleó.

Pues bien, tal y como la Sala ya resolvió mediante autos de fecha 9 de junio, 8 de julio y 2 de octubre de 2015, tales resoluciones no pueden tener la consideración de delictivas. El motivo que esta Sala sostiene ya ha sido expuesto en las resoluciones citadas y que volvemos a repetir, haciendo además dos consideraciones al respecto: Por una parte, y en lo que al contenido de las resoluciones afecta, puede comprobarse que en ellas no ha existido mutación de la verdad, como tampoco mutación de los elementos capitales o esenciales del documento, al menos no de la suficiente entidad como para afectar a las relaciones que nacen de ellos, pues la jurisprudencia es pacífica cuando afirma que para que tal mutación tenga carácter de delito habrá de tratarse de elementos esenciales del documento y no de mutaciones inocuas o intrascendentes. Como tampoco puede ser apreciado en los mismos el elemento subjetivo o dolo falsario, o sea, la conciencia y voluntad de transmutar la verdad.

Respecto de este particular, la parte querellante está de acuerdo ya que en ningún momento ha procedido a negar la veracidad del documento en sí. Sólo ha afirmado que cuando dichos documentos fueron elaborados, bien por el magistrado-juez, bien por el LAD, dichas personas no se encontraban físicamente en sede judicial y que al estar de baja por enfermedad, de permiso o de vacaciones, carecían de jurisdicción. Es decir, los documentos calificados de falsarios por el querellante, lo son, a su entender, en cuanto a que fueron redactados cuando los querrellados carecían, en su opinión, de competencia para hacerlo, pues no se encontraban físicamente en el juzgado. Nunca ha sido puesto en tela de juicio el contenido de los mismos por parte del querellante.

Aquí es cuando nos referimos al segundo punto a tener en cuenta. Como ha quedado acreditado en las actuaciones, la instrucción del llamado "caso Unión" fue llevada a cabo por el magistrado-juez querrellado tomando una serie de precauciones con el fin de que la investigación de los hechos no se viera interferida por agentes externos. Y a tal fin consta en el Expediente Gubernativo nº 24/2013, como particulares testimoniados del mismo y remitidos a esta Sala por la Secretaria de Gobierno del TSJC, el informe de ambos querrellados acerca de los motivos para la no inclusión en el sistema procesal de las Diligencias Previas nº 697/2008 del Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Arrecife de Lanzarote. En este informe, solicitado por don Luis Lleó y prestado por el magistrado-juez querrellado, éste expone: "Que con fecha 5 de junio de 2008 y en virtud de atestado presentado por la Unidad Central Operativa de la Guardia Civil (UCO) se incoaron las diligencias previas 697/2008 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 5 de Arrecife por delitos relacionados con la corrupción (cohecho, tráfico de influencias...).





Que como consecuencia de las características de la investigación, tales como circunstancias geográficas, tipo de delitos, personas imputadas, relaciones de las mismas con la administración de justicia en Lanzarote, etc., así como atendiendo a las propias medidas de seguridad excepcionales para esta investigación llevada a cabo por el equipo policial especializado de la UCO, y teniendo conocimiento de la permeabilidad del sistema Atlante I, vigente en la época, y actual Atlante II, por el cual personas o usuarios no autorizados pudieran acceder a la información contenida en el citado sistema de gestión procesal, es por lo que le indiqué a V.S^a, (se refiere al LAD don José Ramón Vera Machín), que las mismas y las resoluciones en él contenidas no deberían de ser introducidas en el programa Atlante I hasta que no se alzara el secreto y se decidiese la formación de piezas separadas (organización procesal de las actuaciones que implicarían un nuevo número de registro), sino solamente asignándole un número a las citadas diligencias previas y dejando en blanco los espacios esenciales que pudieran revelar las personas investigadas y el tipo de delitos objeto de la instrucción. Asimismo le indiqué la necesidad de que solo V.S^a, el representante del Ministerio Fiscal especialmente asignado al caso y el que suscribe tuviéramos conocimiento de la investigación, evitando su tramitación por los funcionarios y haciéndolo personalmente bajo la supervisión de V.S^a en el cumplimiento de sus competencias conforme a lo dispuesto en el artículo 321 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, todo ello con el fin único, exclusivo y principal de garantizar el deber superior de un juez de instrucción a fin de conseguir el sigilo o reserva de las diligencias previas referenciadas, declaradas secretas "ab initio" y conseguir el buen fin de la investigación judicial desarrollada en la que existen más de un centenar de imputados por delitos de corrupción. Finalidad que se consideró primordial frente a una recomendación genérica de carácter reglamentario a dicha fecha de integrar las actuaciones en el sistema de gestión procesal y garantizando la documentación de las mismas por el modo o sistema que V.S^a conoce....."

Por su parte, el querellado don José Ramón Vera Machín, igualmente expone en su informe, realizado con idéntico motivo que el anterior y también a instancia de don Luis Lleó que: "En lo atinente a la forma de documentación de las diligencias previas 697/2008 ("Operación Unión"), procede referir que la misma se ha llevado a cabo a través del sistema Word, toda vez que así se decidió por el juez instructor de dichas diligencias, SS^a don César Romero Pamparacuatro, y ello por mor del carácter secreto de las actuaciones y en virtud también del resto de razonamientos tanto fácticos como jurídicos que dicho magistrado expone en el escrito de fecha 22 de febrero de 2011 que igualmente se adjunta con el presente."

Finalmente, los Agentes de la Policía Judicial que llevaron a cabo las tareas de investigación en las Diligencias Previas nº 697/2008, estuvieron sujetos a iguales medidas de seguridad, tal y como se recoge en el oficio de fecha 18 de febrero de 2011 unido a estas actuaciones, en cuyo contenido queda plasmado que: "En respuesta a su solicitud de fecha 17 de febrero de 2011, en el que requería informe sobre medidas de seguridad o cautelas de carácter extraordinario adoptadas por la UCO en la denominada Operación "UNIÓN" (diligencias previas nº 697/2008 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 5 de Arrecife), informo a V.S. lo siguiente: Que dicha operación efectivamente requirió la adopción de medidas de reserva y discreción especialmente rigurosas, debido a que entre las personas investigadas se encontraban autoridades, cargos públicos, funcionarios, empresarios y profesionales muy conocidos en la sociedad lanzaroteña. Esta circunstancia, junto con otras derivadas de la insularidad, llevaron a los responsables de la investigación a adoptar desde el principio y durante todo el desarrollo de la misma las siguientes medidas de seguridad de carácter extraordinario, encaminadas a garantizar la más absoluta reserva y discreción, y con ello el éxito final de la operación:

No comunicar a las Unidades Territoriales de la Guardia Civil el desplazamiento de los agentes de la UCO a la zona de operaciones.





No solicitar ningún apoyo de medios materiales a dichas Unidades Territoriales, incluido el de vehículos camuflados, hasta la fase de explotación, lo cual obligó al uso de vehículos de alquiler.

No solicitar ningún tipo de gestión ni información a dichas Unidades Territoriales.

Durante la realización de los registros en la fase de explotación, no solicitar apoyo a las Unidades Territoriales para la realización de los servicios de orden público, utilizando en su lugar a unidades especiales del Cuerpo traídas desde la Península.

Realizar servicios operativos sin portar armas, por supuesto siempre con absoluta observancia de las medidas de seguridad y protección, para evitar revelar la presencia de los Agentes de la UCO en la isla al realizar los controles en el Aeropuerto de Lanzarote a su regreso a la península.

No identificarse en ningún momento como agentes de la policía judicial ante otros miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad, durante la realización del servicio.

Alojarse en lugares discretos y apartados, sin identificarse en ningún momento como miembros de la Guardia Civil, aunque ello haya impedido acogerse a las tarifas especiales que habitualmente ofrecen los establecimientos hoteleros para el personal desplazado en comisión de servicios.

Tratar exclusiva y directamente con el juez y el fiscal, evitando la intermediación de ningún otro funcionario judicial, ni siquiera el secretario del juzgado, hasta la fase final de explotación.

Evitar la presencia de los agentes en las dependencias del Palacio de Justicia de Arrecife, manteniendo las reuniones con el juez y el fiscal en lugares discretos y apartados, donde también se llevaba a cabo la recogida y entrega de documentación.

No utilizar el fax para el envío de documentación al juez o al fiscal, ni tampoco sus cuentas oficiales de correos electrónicos facilitadas por el Gobierno de Canarias (dominio "@justiciaencanarias.org"), utilizando en su lugar correos electrónicos alternativos.

Aplazar cualquier solicitud de información procedente de terceros que pudiera revelar la mera existencia de una investigación, hasta la fase final de explotación de la misma."

Pues bien, a la vista de la documentación citada puede apreciarse que estas Diligencias Previas fueron instruidas en todo momento con sigilo y con el conocimiento exclusivo del magistrado-juez querellado, el LAD y el fiscal, sin que en ella pudieran intervenir personas ajenas a estas. La información que se recibía de la UCO, Unidad Central Operativa de la Guardia Civil, era remitida directamente al magistrado-juez sin intervención de ningún otro funcionario judicial. Solamente eran conocedores de ella los anteriormente citados.

Resulta a todas luces obvio que cuando cualquiera de los dos querellados se encontraran fuera de la sede judicial por los motivos que fueran, los que los sustitúan según el listado adjuntado no realizaran ninguna actividad procesal en estas diligencias. Nada, por tanto, obstaculiza a los querellados para que, no encontrándose en sede judicial, pudieran dictar estas resoluciones, pues eran los únicos que estaban en situación de hacerlo.

Pretender que con estos antecedentes los funcionarios, jueces o LAD sustitutos hicieran en ausencia de los querellados la labor de instrucción, hubiera hecho fracasar el sigilo de la instrucción. De hecho, y tras la modificación de la LOPJ, concretamente en la LO 8/2012 de 27 de diciembre, el artículo 373.8 (efectivamente no aplicable a estas actuaciones al ser anteriores a la citada modificación) permite a los jueces pedir permiso para ausentarse de la sede judicial entre tres y nueve días a fin de trabajar en causas complejas. Este artículo no hace otra cosa que dejar constancia de la realidad de la función judicial, la cual se realiza no solamente en las horas en las que el juez o magistrado está en sede judicial, sino que va mucho más allá de su horario laboral.





Esto significa que la realidad de la función judicial hace que aun estando de permiso, de baja por enfermedad o de vacaciones, pueden perfectamente continuar realizando su labor jurisdiccional sin que por tal motivo sus resoluciones sean falsas, pues resulta evidente que la falsedad se entiende en otro sentido, es decir, cuando repercute sustancialmente en las funciones del documento al alterar entonces un aspecto sustancial del mismo, es decir, cuando existe una alteración en cuanto a la mutación de la verdad, en cuanto a un elemento capital o esencial del documento o cuando además existe un elemento subjetivo con conciencia y voluntad de cambiar la verdad.

Nada de esto ha ocurrido en las resoluciones tachadas de falsarias. Han sido dictadas en circunstancias, como ya se ha comprobado, distintas y especiales, y con el fin de llevar a buen fin la instrucción lejos de posibles intromisiones y, siendo cierto que la actuación del Ilmo. Sr. Magistrado no se ajustó al régimen de sustituciones regulado en la normativa orgánica judicial, (arts. 207 y 210 LOPJ), que no prevé ninguna especie de reserva o jurisdicción entre el titular y el sustituto, y que sin embargo a efectos orgánicos e internos, debió haber sido comunicado a la Presidencia del TSJC o, en su caso, al CGPJ, las razones aducidas por el Magistrado, ello no obstante, carece de relevancia penal.

Finalmente, por lo que atañe a las otras personas que supuestamente actuaron falseando la realidad, como el representante del Ministerio Fiscal, el Ilmo. Sr. D. Ignacio Stampa Fuente y el LAD don José Ramón Vera Machín, igualmente hemos de ratificar lo ya expuesto dándolo por reproducido en su totalidad, no sin antes añadir que la firma del Ministerio Fiscal con el "Visto", en las fechas en las cuales se dictaron autos que afectaban a derechos fundamentales, como por ejemplo los autos de fechas 5 y 29 de agosto, 1 y 5 de septiembre, todos del 2008, y 2 de enero de 2009, relativos a prórrogas del secreto de actuaciones, intervenciones o prórrogas de intervenciones telefónicas, significa que estas fueron vistas por el Ministerio Fiscal en fechas 1 y 5 de septiembre de 2008 y 7 de enero de 2009, como consta en los documentos nº 6, 8, 9, 10 y 13. Esto supone que no es posible admitir la afirmación sostenida por el querellante cuando sostiene que las resoluciones antedichas fueron realizadas o fueron firmadas en fechas distintas de las que reflejan los autos citados, pues el "visto" indica la conformidad del Ministerio Público con la resolución, y además del "visto" aparece en cada una de ellas la firma del fiscal don Ignacio Stampa y la fecha en la cual se produjo el "visto".

CUARTO: En cuanto a la comisión del segundo de los supuestos delitos se refiere, el querellante realiza dos matizaciones diferentes: en primer lugar afirma que tanto el auto de fecha 29 de agosto de 2008, en el cual se procede a acordar por el magistrado-juez querellado la prórroga de la intervención de los teléfonos de don Fernando Becerra y de don Luis Lleó, así como el auto de fecha 1 de septiembre de 2008, en el cual se acuerda igualmente la prórroga de la intervención del teléfono de don Honorio García-Bravo, vulneran derechos fundamentales, al ser dictado por un magistrado-juez carente de jurisdicción y, segundo, que dichos documentos fueron confeccionados en impresos diferentes de los normalmente utilizados, es decir, en un papel de oficio que no se corresponde con el habitualmente utilizado en ese momento en ese Juzgado, al igual que los mandamientos y oficios, consecuencia de las anteriores resoluciones.

Pues bien, por lo que respecta a esta segunda afirmación, esta Sala entiende que tanto los autos como sus mandamientos y oficios fueron emitidos por la persona que tenía el control del procedimiento. No hay falsedad en su contenido. Si lo que se pretende es fundamentar la falsedad en el formateo del documento, es decir, en los sellos del Juzgado y en el papel en el cual se realiza, estos son elementos del documento pero no esenciales al mismo, y no pueden, por tanto, tener estos hechos la calificación de delictivos pues no afectan a la veracidad del mismo, toda vez que se trata de meros formalismos que en nada afectan a la veracidad del contenido en sí ni a su finalidad. No puede decirse que tales alteraciones tengan trascendencia jurídica en cuanto a la razón de ser del documento, que no es otra que la prórroga de unas intervenciones telefónicas, en las cuales: 1.- El





fundamento que las acuerda está fuera de toda duda y nunca ha sido objeto de incertidumbre para la parte querellante, 2.- El Magistrado que las acuerda tiene jurisdicción, a la vista de la documentación existente en las actuaciones que permitían solo a este llevar el procedimiento estando aún fuera de su sede judicial, y 3.- Estas modificaciones no repercuten en la sustancia del asunto. Lo verdaderamente relevante para el contenido falso o no de los autos cuestionados es que estos fueron dictados por quien tenía competencia para ello, pues era el magistrado instructor de las diligencias previas nº 697/2008, y fueron dictadas con ocasión y con fundamento en las diligencias que en ese momento se encontraba instruyendo. Ninguno de estos elementos es falso, por lo que no puede reputarse de tal la resolución en cuestión.

Por último, y por lo que respecta a la vulneración de las garantías constitucionales y legales que el querellante entiende vulneradas, hemos de rechazar tal afirmación pues cuando afirma que la interceptación de las comunicaciones telefónicas es nula al no haber sido dictada por juez competente al carecer de jurisdicción para dictarla el magistrado-juez querellado, o bien, si las dictó en otro momento y no el que recoge las mismas, lo que hizo fue crear una apariencia de legalidad, hemos de rechazar tales argumentaciones.

En primer lugar, las garantías legales y constitucionales que requieren una interceptación telefónica se ciñen a:

En cuanto a las exigencias de legalidad constitucional, cuya observancia es de todo punto necesaria para la validez de la intromisión en la intimidad, son:

1.- Judicialidad de la medida, 2.- Excepcionalidad de la medida y 3.- Proporcionalidad de la medida.

Una vez superados estos controles de legalidad constitucional, deben concurrir otros de estricta legalidad ordinaria, solo exigibles cuando las intervenciones telefónicas deban ser valoradas por sí mismas y en consecuencia, poder ser estimadas como medio de prueba.

Pues bien, el querellante entendemos que se refiere a las garantías constitucionales y, de entre ellas, concretamente a la primera, es decir, considera vulnerada la relativa a la judicialidad de la medida. De esta medida se derivan como consecuencia, según la STS de fecha 7 de julio de 2004, las siguientes: a) Que solo la autoridad judicial competente puede autorizar el sacrificio del derecho a la intimidad; b) Que dicho sacrificio lo es con la finalidad exclusiva de proceder a la investigación de un delito concreto y a la detención de los responsables; c) Que por ello la intervención debe efectuarse en el marco de un proceso penal abierto; d) Que la medida debe ser fundada en el doble sentido de adoptar la forma de auto y tener suficiente motivación o justificación de la medida, lo que exige de la policía solicitante la expresión de la noticia racional del hecho delictivo a comprobar y la probabilidad de su existencia; e) Que la medida es temporal; f) La fundamentación de la medida no solo en la interceptación sino también en sus prórrogas y g) La exigencia de control judicial en el desarrollo de la prórroga y cese de la medida.

Asimismo, de entre las citadas, el requisito que entiende vulnerado es el relativo al haber sido dictado por juez que carece de competencia para ello.

Pues bien, el auto de fecha 1 de septiembre recoge tanto en los hechos como en los razonamientos jurídicos la solicitud policial de la que es consecuencia el acuerdo de la interceptación, la valoración de la situación y los indicios que le permitieron concluir que el usuario del teléfono interceptado pudiera estar implicado en actividades delictivas. Es decir, la interceptación se produjo en un auto debidamente motivado y el magistrado-juez que lo dicta tiene jurisdicción para hacerlo, pues es el instructor de las Diligencias Previas nº 697/08. No existe duda a este respecto y así ha dejado esta Sala constancia en el razonamiento anterior, cuando hemos afirmado que el hecho de encontrarse el querellado de baja o de vacaciones no supone la pérdida de la jurisdicción cuando las especiales circunstancias de la instrucción de las mencionadas diligencias requieran de un sigilo especial que dio lugar a que solo los querellados, el Ministerio Fiscal y la UCO tuvieran acceso a las





mismas durante el momento en que estas se encontraban secretas o pendientes de formar las piezas separadas.

No existe motivo que pueda fundamentar la nulidad de estos autos cuando han sido dictados por juez competente, competencia que no perdió por el hecho de estar de baja o de vacaciones o de permiso, pues el propio magistrado-juez había acordado una serie de medidas dadas las especiales circunstancias de esta instrucción, en virtud de las cuales solo tenían acceso a dichas diligencias las personas ya citadas. Ello supone que nunca perdió la jurisdicción. Como tampoco puede ser admitido la segunda posibilidad esgrimida por el querellante. Los autos fueron firmados en las fechas que en los mismos se recogen, tal y como se comprueba con los "vistos" puestos por el Ministerio Fiscal en cada uno de ellos, con los que este acredita el contenido de las resoluciones con su firma y la fecha en las que tuvo conocimiento de ellos.

En vista de los razonamientos expuestos procede no admitir la querrela interpuesta.

Vistos los artículos citados y aquellos otros de general y pertinente aplicación.

LA SALA DE LO PENAL DEL T.S.J. DE CANARIAS ACUERDA

No haber lugar a la admisión a trámite de la querrela presentada por el procurador don Bonifacio Villalobos Vega, que actúa en nombre y representación de la Asociación de Juristas por la Defensa de la Legalidad y las Garantías del Proceso Jiménez Asúa, contra el Magistrado del Juzgado de Instrucción nº 1 de La Laguna, Ilmo. Sr. D. César Romero Pamparacuatro, contra el Letrado de la Admón. de Justicia sustituto del antiguo Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 5 de Arrecife, actual Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Arrecife, D. José Ramón Vera Machín, decretándose el archivo de las actuaciones.

En este caso es preciso volver a insistir en que el motivo en el cual han de sustentarse las cuestiones previas es en la vulneración de un Derecho Fundamental, alegando en este caso esta parte apelante los recogidos en los arts 24 y 117.4 de la CE y en el art. 6 de la CEDH, concretamente al Juez predeterminado por la Ley, así como el quebrantamiento de normas y garantías procesales que causan indefensión.

Así y como punto de partida es difícil comprender cómo podrían tener cabida tales alegaciones en el apartado de vulneración del derecho al juez predeterminado por la Ley cuando la mera discrepancia interpretativa de la normativa legal que distribuye la competencia entre los órganos de la jurisdicción penal ordinaria no constituye, según recogen, entre otras, las SSTs de 5/12/2012, 6/2/2001 o 25/1/2001, "infracción del derecho fundamental al Juez ordinario predeterminado por la Ley".

Cuando el órgano judicial ha sido creado previamente por una norma jurídica, está investido de jurisdicción y competencia con anterioridad al hecho que se juzga, y su régimen orgánico y procesal no tienen la consideración de órgano extraordinario o especial, dicho órgano goza de todos los requisitos para ser considerado como tal. De igual modo, cuando se trata de vulneración del derecho al juez predeterminado por la ley, dicha acepción lo que engloba es el cumplimiento de los requisitos anteriores, pero no las normas de reparto de los asuntos, tal y como recogen multitud de sentencias, citando entre otras las de 23 de enero de 2007, 10 de septiembre de 1997, 14 de octubre de 2011 o de 23 de junio 22 de 2011, todas ellas del Tribunal Supremo, y entre otras muchas, la STC de 26 de junio de 2000, señala que: "el reparto solo supone una distribución de asuntos entre distintos órganos que no puede afectar a su competencia objetiva y funcional y, en ningún caso, trascendería a un derecho fundamental,





de tal modo que supusiera una vulneración del derecho al juez ordinario a que se refiere el texto constitucional ... “El derecho constitucional al juez ordinario predeterminado por la ley, reconocido en el art. 24.2 CE, exige que el órgano judicial haya sido creado previamente por la norma jurídica que éste le haya investido de jurisdicción y competencia con anterioridad al hecho motivado de la actuación o proceso judicial y que su régimen orgánico y procesal no permita calificarle de órgano especial excepcional, sin que en principio las normas de reparto de los asuntos entre diversos órganos judiciales de la misma jurisdicción y ámbito de competencias, afecte al Juez legal o predeterminado por Ley, puesto que todos ellos gozan de la misma condición legal de Juez Ordinario, por lo que la interpretación y aplicación de las normas de reparto de asuntos es ajena al contenido constitucional del derecho a Juez ordinario predeterminado por la ley”.

En consecuencia, y con sustento en la jurisprudencia citada, ninguna infracción del derecho fundamental al juez predeterminado por la ley se ha cometido, pues en cuanto a vulneración de Derecho Fundamental, tal irregularidad no es objeto de ella, ya que el citado Juzgado de Instrucción es competente funcional y territorialmente para el conocimiento de los hechos objeto de las presentes actuaciones. Así lo afirman, entre otras, la constante jurisprudencia del TS cuando niega que, salvo supuestos muy excepcionales, la invalidez del resultado de la actividad instructora en supuestos en los que se advierta finalmente que la competencia para la investigación correspondía a otro juzgado distinto del que instruyó. Así, la STS de fecha 21/07/2011 recuerda la repetida doctrina constitucional sobre que la interpretación y aplicación de las normas reguladoras de la competencia entre órganos de la jurisdicción ordinaria no rebasa el plano de la legalidad, careciendo por tanto de relevancia constitucional (SSTC 43/84, 8/98, 93/98 y 35/2000), y señalan que el derecho al juez predeterminado por la ley únicamente puede quedar en entredicho cuando un asunto se sustraiga indebida o injustificadamente al órgano al que la ley lo atribuye para su conocimiento, manipulando el texto de las reglas de distribución de competencias con manifiesta arbitrariedad, como señala la STC 25/2000, recogiendo lo ya expresado en la STC 262/94 de 3 de octubre, añadiendo que el principio de seguridad jurídica y el de necesidad de conservación de los actos procesales, art. 242 de la LOPJ, en los que no se haya observado la vulneración de las normas esenciales del procedimiento que hayan ocasionado indefensión, inclinaría a mantener la validez de los actos procesales.

En efecto, salvo que se trate de vulneración de algún derecho fundamental de orden sustantivo (STC 81/98), las posibles deficiencias procesales solo pueden tener incidencia en el juicio oral cuando determinen la nulidad, por su ilicitud, de alguna prueba predeterminada. Y esto no ocurre cuando se trata de casos de incompetencia territorial o asimilados, recordando en relación a situaciones de discusión sobre la competencia territorial que hay varias disposiciones de la LECrim. que dan supuesta validez a lo actuado por un juzgado de esta clase aunque carezca de competencia territorial (arts 21.3, 22.2 y 24).

Por tanto, aplicando la jurisprudencia citada, y por lo que a la vulneración del derecho al juez ordinario predeterminado por la Ley se refiere, queda claro que la existencia de una discrepancia interpretativa sobre la norma legal que distribuye la competencia entre los órganos de la jurisdicción penal ordinaria no constituye infracción de dicho derecho fundamental, puesto que no rebasa el plano de la legalidad y carece de relevancia constitucional.





Cuando la disputa se centra en cuál es el juez ordinario y si este, por el mero hecho de encontrarse de vacaciones o de permiso, pierde su condición de juez predeterminado por la ley, la decisión que resuelve la disputa, aunque pueda entenderse que contraría las normas procesales, no entraña por sí misma una vulneración de derecho fundamental, ni al juez ordinario predeterminado por ley, como tampoco supone una vulneración del derecho fundamental a las garantías procesales, pues dicho Magistrado era el que se encontraba conociendo y continuó haciéndolo, al estar investido de jurisdicción y competencia cuando se iniciaron las Diligencias. No consta que se haya violado ninguna garantía constitucional en la intervención telefónica que recoge el auto de fecha 29 de agosto de 2008. En el peor de los casos, como se ha dicho también en los autos citados, el problema se encontraría en que el Magistrado instructor no ha atendido al régimen de sustituciones que a tal fin recoge la LOPJ, debido, como también se ha dicho, a la necesidad de salvaguardar la instrucción del procedimiento a más que posibles filtraciones, motivo por el cual no permitió la sustitución en estas Diligencias; y ello no tendría más alcance que una posible sanción de carácter administrativo por no haber puesto en conocimiento del Tribunal Superior o del Consejo General del Poder Judicial tal decisión de forma anticipada, pero no la nulidad de las resoluciones dictadas por el Juez competente con jurisdicción para ello y siendo además el Magistrado instructor de las citadas Diligencias. Se trata de una irregularidad procesal que no puede ser objeto de vulneración constitucional, pues el auto de prórroga se dicta justamente acordando la continuación de otro anterior en el cual se acordaba la intervención telefónica, resolución que venía fundamentada como tal auto exige, respetando los principios de proporcionalidad, necesidad y excepcionalidad. No se produjo una alteración arbitraria de la competencia ni objetiva ni territorial, puesto que quien lo dicta es quien tiene la competencia y jurisdicción para ello en unas Diligencias en las cuales era el Magistrado instructor. Ninguna garantía, en consecuencia, ha sido vulnerada cuando es a este a quien corresponde el conocimiento de dichas actuaciones, habiéndose desarrollado el proceso con todas las garantías que el Ordenamiento establece, como prueba el hecho de haber podido conocer y discrepar de estas resoluciones cualquiera de las partes personadas.

A tenor de lo expuesto, y visto que el auto de fecha 29 de Agosto de 2008 no vulnera ningún derecho fundamental de los alegados por la parte apelante, tampoco pueden ser objeto de nulidad ninguno de los siguientes que el recurrente señala, tales como las actuaciones posteriores, diligencias y evidencias obtenidas como consecuencia de la información recabada por la prórroga de la intervención telefónica.

Igual argumento ha de sostenerse en lo que al LADJ respecta.

SEXTO.- En tercer lugar, pues el segundo apartado relativo a los folios 32 a 35 ha sido ya resuelto como se ha dicho en el Razonamiento anterior en el sentido de que no corresponde, tal y como afirma el recurrente, al Tribunal Popular resolver acerca de la nulidad de las resoluciones dictadas por el Magistrado instructor bajo la fe del LADJ, pasamos a conocer del tercer motivo, que hace referencia al efecto reflejo por conexión de antijuridicidad de la grabación ilícita de 5 de junio de 2008 sobre los autos de intervención telefónica de 6 y 13 de junio y 3 de julio de 2008.





A este respecto se hace preciso señalar que, dado que esta Sala no ha tildado de nulo el auto de fecha 5 de junio de 2008, no puede decirse, por tanto, que el resto de los citados y reseñados autos carecen de motivación, puesto que no está aquejado de nulidad el principal y, por tanto, tampoco los posteriores carecen de motivación, como pretende la parte recurrente, al estar sustentados en los argumentos que dicha resolución establece. No carecen de motivación suficiente para justificar los requisitos de necesidad y proporcionalidad de la medida de sacrificio del derecho fundamental que ampara el art. 18.3 de la CE por cuanto que dicho auto de fecha 5 de Junio de 2008 carece de los defectos alegados.

Reflejo de lo anterior es que, al no haber declarado nulo ni el auto de fecha 5 de Junio de 2008 ni tampoco el auto de fecha 29 de Agosto de 2008 de prórroga de la intervención telefónica, no se extiende la antijuridicidad al resto de los que a continuación se detallan:

a) Autos de intervención telefónica:

1º Auto y mandamiento de fecha 24/11/2008.

2º Auto y mandamiento de fecha 17/12/2008.

3º Auto y mandamiento de fecha 23/02/2009.

4º Auto y mandamiento de fecha 20/04/2009.

5º Auto y mandamiento de fecha 24/04/2009.

6º Auto y mandamiento de fecha 20/05/2009.

b) Autos autorizando la grabación de reuniones:

1º Auto y mandamiento de fecha 23/07/2008.

2º Auto y mandamiento de fecha 12/11/2008.

3º Auto y mandamiento de fecha 3/12/2008.

4º Auto y mandamiento de fecha 12/05/2009.

5º Auto y mandamiento de fecha 19/05/2009.

c) De las diligencias policiales ampliatorias de la UCO números 183/2008, 300/2008, 91/2009, actas, oficios y sus anexos:

- Diligencia de 21 de julio de 2008.

- Diligencia de 22 de julio de 2008.

- Diligencia de 23 de julio de 2008.

- Diligencia de 24 de julio de 2008.

- Anexo 25 de fecha 21 de julio de 2008.

- Anexos 26 y 27 de fecha 22 de julio de 2008.

- Anexo 31 de 23 de julio de 2008.

- Diligencia de 12 de noviembre de 2008.





- Acta de comparecencia de 19 de noviembre de 2008.
- Diligencia de 3 de diciembre de 2008.
- Acta de 4 de diciembre de 2008.
- Diligencia de 11 de febrero de 2009.
- Acta de 16 de febrero de 2009.
- Diligencia de 18 de mayo de 2009.
- Acta de 21 de mayo de 2009.
- Diligencia.
- Oficio de 5 de agosto de 2008.
- Acta de observaciones telefónicas del teléfono 629644339 y sus transcripciones literales.
- Acta de observaciones telefónicas del teléfono 636450648 y sus transcripciones literales.
- Acta de observaciones telefónicas del teléfono 626366528 y sus transcripciones literales.
- Acta de observaciones telefónicas del teléfono 671449118 y sus transcripciones literales.
- Acta de observaciones telefónicas del IMEI 352924023714806 y sus transcripciones literales.
- Acta de observaciones telefónicas del IMSI 214075503694850 y sus transcripciones literales.
- Oficio de fecha 6 de septiembre de 2008.
- Oficio de 5 de septiembre de 2008.
- Oficio de 7 de octubre de 2008.
- Oficio de 7 de noviembre de 2008.
- Oficio de 7 de diciembre de 2008.
- Informe de 7 de diciembre de 2008.
- Oficio de 7 de enero de 2009.
- Oficio de 7 de febrero de 2009.
- Oficio de 9 de marzo de 2009.
- Informe trimestral del resultado de las intervenciones telefónicas.
- Transcripciones telefónicas de teléfonos de don Luis Lleó.
- Oficio de 8 de abril de 2009.
- Oficio de 7 de mayo de 2009.
- Oficio de 29 de mayo de 2009.





SÉPTIMO.- Como último motivo el recurrente sostiene la ilicitud por conexión de antijuridicidad de las tres declaraciones prestadas por don Fernando Becerra en el curso de la instrucción; una primera ante la Policía Judicial el día 30 de mayo de 2009 (F. 5587-5591 Tomo 10), una segunda de fecha 1 de junio de 2009 ante el juez de instrucción (F. 5857-5865 Tomo 10), ambas realizadas cuando el declarante se encontraba detenido y la causa bajo secreto reforzado, y finalmente una tercera declaración judicial de fecha 27 de marzo de 2012 (F. 6068-6080 Tomo 11), una vez que la causa se había desglosado del procedimiento principal, las diligencias previas nº 697/2008, sobre el que solo se había alzado parcialmente el secreto.

Afirma que, analizado el *iter procesal* seguido antes y después de dicha declaración de fecha 27 de marzo de 2012, no concurre, en su opinión, el requisito de que la declaración de don Fernando Becerra fuese prestada libre y voluntariamente, pues al momento de realizarse tal declaración su letrado no conocía los siguientes extremos:

1º El contenido de los autos de entrada y registro de los domicilios de don Fernando Becerra y de don Luis Lleó Kuhnel.

2º El modo de obtención de las grabaciones realizadas por don Carlos Espino y la manipulación de las mismas.

3º El hecho -sin antecedentes conocidos- de que el juez instructor había dictado la primera prórroga de la interceptación de su teléfono cuando aquel estaba siendo sustituido por otro juez, circunstancia de la que se tuvo conocimiento en momento muy posterior a la declaración de constante referencia.

En consecuencia, tales declaraciones se encuentran viciadas de nulidad.

Pues bien, este motivo de recurso no puede ser atendido.

Hemos de comenzar afirmando que la persona que puede impugnar o desdecirse de sus declaraciones es el propio interesado, es decir, el Sr. Becerra es la única persona apta para efectuar las declaraciones que llevó a cabo a tenor del contenido que quiso expresar ante la autoridad judicial y con todas las prerrogativas y garantías que una declaración judicial conlleva. Garantías que fueron cumplidas escrupulosamente y que no han sido denunciadas por el hoy recurrente, Sr. Lleó.

A continuación de lo anterior, también se hace preciso dejar constancia que, una vez efectuadas las declaraciones, el interrogado y confeso pudo perfectamente desdecirse de las mismas en las sucesivas, o incluso pudo poner en conocimiento del Juez Instructor su voluntad de desdecirse de las mismas, cosa que tampoco ha sucedido.

Pero es más, una vez que supo la intención, existente a lo largo de prácticamente todas las actuaciones, de impugnar la conversación grabada de fecha 5 de junio de 2008, también tuvo la opción de adherirse a tal petición en el sentido de que, basando su culpabilidad en la misma y encontrándose dicha prueba en entredicho, salvar su responsabilidad y desdecirse de su declaración de culpabilidad.

Y, finalmente, una vez conocido el auto hoy recurrido de fecha 10 de abril de 2017, en el cual por el Magistrado Presidente se declara la nulidad de la grabación de fecha 5 de junio de 2008 y posteriores a la misma, de fecha 24 de junio, 12 de noviembre y 3 de diciembre, todas del 2008, igualmente pudo recurrir o adherirse a la petición del Sr. Lleó e impugnar las tres declaraciones prestadas.





Ninguna de estas actuaciones ha sido llevada a cabo por el Sr. Becerra, que es a quien compete impugnar sus propias declaraciones, por lo que el motivo ha de ser desestimado.

OCTAVO.- Finalmente cabe rechazar, por improcedente, el dictamen pericial presentado por la representación letrada del Sr. Lleó, por cuanto que las periciales tienen como objeto ilustrar el Juez o al Tribunal acerca de aquellos conocimientos que no le son directamente exigibles o bien son complejos dada la especialidad de ellos.

No es el caso que el Juez o Tribunal precise que la parte aporte un documento en el cual se contengan opiniones de una tercera persona que, con todo nuestro respecto hacia el Catedrático en cuestión, tenga que ilustrar a esta Sala sobre conocimientos jurídicos de los que no precisa.

En consecuencia, procede la devolución del dictamen aportado.

Vistos los preceptos citados y demás de general aplicación.

PARTE DISPOSITIVA

La Sala acuerda estimar en parte el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Fiscal contra el auto de fecha 10 de octubre de 2017 en cuanto a la impugnación de la nulidad de los autos de fechas 5 de junio, 24 de julio, 12 de noviembre y 3 de diciembre de 2008. Estimar en parte el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de don Luis Fernando Lleó Kuhnel contra el auto de 10 de octubre de 2017 de la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Las Palmas, resolutorio de las cuestiones previas en el procedimiento del Tribunal del Jurado nº 22/2015 de dicho órgano judicial, en cuanto que corresponde a esta Sala de lo Penal del TSJC resolver acerca de la nulidad de las cuestiones dictadas por el Magistrado-Presidente del Tribunal del Jurado, no correspondiendo dicha valoración a este Tribunal.

No se efectúa especial pronunciamiento respecto a las costas en esta alzada.

Notifíquese la presente resolución al Ministerio Fiscal, a la representación del apelante y al resto de las partes personadas.

Contra esta resolución no cabe recurso.

Así por este auto, lo acordamos, mandamos y firmamos.





VOTO PARTICULAR

I.- Al amparo de lo dispuesto en el art. 260 de la LOPJ, creo mi obligación disentir de mis compañeras integrantes de la Sala, en dos aspectos parciales en los recursos interpuestos, por la parte acusada y por el Ministerio Fiscal, contra las cuestiones previas planteadas en la presente causa penal, bien entendido que esta discrepancia se formula con el más absoluto respeto al criterio mayoritario de la Sala, respeto que formulo desde la perspectiva institucional y desde la óptica personal de las dos Magistradas que, conmigo, conforman este Tribunal.

La discordancia, como se ha dicho, se ciñe a dos aspectos de las cuestiones previas, a lo cual hay que añadir un razonamiento adverso a la consecuencia que la parte apelante quiere deducir de la estimación de esta cuestión previa.

Ambos aspectos discordantes se refieren a la validez de las grabaciones de audio, que figuran en el material probatorio; la una, en relación a la grabación efectuada por el denunciante del caso y la otra, de carácter múltiple (pero limitado), a varias de las intervenciones telefónicas autorizadas por el Juez de Instrucción.

II.- En relación a la primera, se trata de la grabación efectuada por el denunciante en el que se recoge la oferta de una irregular comisión por parte del denunciado al denunciante, en su condición de cargo publico, en relación a una determinada actuación urbanística .

La grabación se efectuó por indicación de la Unidad Especial de la Guardia Civil que había recibido, previamente, la denuncia. Sobre esta base fáctica, la parte apelante funda la cuestión previa (encarrilada a la declaración de ilicitud de esta grabación), en la ausencia de autorización judicial para efectuar tal grabación, lo que conlleva tal efecto anulatorio a la vista de la innovadora doctrina jurisprudencial declarada por la STS de 27-6-18.

La resolución de esta Sala, de la que discrepo en este punto, sostiene la inaplicación de tal doctrina al caso de autos por las siguientes diferencias:

a.- En el caso tratado por la jurisprudencia, el hecho de la intervención de la Guardia Civil al indicarle la grabación y facilitarle el aparato grabador se le ocultó al Juez instructor, sin nominar los agentes intervinientes, mientras que en el caso presente, tal actuación policial se ha efectuado de forma transparente, incluyéndose en los informes policiales remitidos al Juez instructor.

No encuentro relevante la diferencia a efectos de la aplicación de la doctrina jurisprudencial, puesto que lo relevante en ésta es que se hizo sin autorización judicial previa, siendo un dato secundario, sin incidencia en el núcleo de la decisión jurisprudencial, el que se ocultara al Juez instructor la dinámica de la grabación. Lo relevante es que, conocida por la Fuerza Pública actuante la posibilidad de grabar una conversación como acreditación de una conducta delictiva, utilizó al denunciante para ello, en vez de solicitar la autorización judicial. En síntesis: que la grabación de conversación por un participante en ella es un acto lícito conforme pacífica jurisprudencia constitucional (STCo. 56/03, entre tantas) y ordinaria (STS 11-3-03), pero





siempre que no medie intervención policial, pues entonces ésta debe solicitar la autorización judicial, lo cual no quiere decir que la decisión de grabar deba ser de génesis espontánea de quien graba y por sus propios medios técnicos, pues podría provenir de su entorno privado, pero no de la Fuerza Pública.

Los propios párrafos extractados de la Sentencia por el Auto de esta Sala confirman este carácter secundario, pues la jurisprudencia se refiere a estos hechos en el sentido de que se trata de un “dato añadido”, que “refuerza” la intervención instrumental de la persona que grabó, pero -se insiste- el “factum” que cimenta la Sentencia es la intervención activa de la Guardia Civil, enderezada a la grabación, sin contar con la autorización judicial.

b.- El segundo elemento diferenciador reside en que en el caso tratado por la jurisprudencia, no había sido incoada diligencia policial alguna, mientras que en el caso presente, ya existía una denuncia previa.

Sobre esta diferencia entiendo, alternativamente que, o bien carece de relevancia <(a cuyos fines es trasladable la argumentación anterior- o bien que, si la tuviera, desde luego que esa relevancia implicaría la aplicación, aún con mayor razón o intensidad, de la jurisprudencia citada, pues ya existen actuaciones y diligencias policiales (la mera recepción formal de la denuncia con la consiguiente incoación de la diligencia policial), con lo que la necesidad de autorización judicial se refuerza, pues se estarían practicando actos de investigación con intromisión en un derecho constitucional fundamental (el del art. 18.3 de la Constitución) eludiendo la imprescindible autorización judicial, siendo el denunciante el medio por el que esa Fuerza Pública elude.

III.- La segunda discordancia se refiere a las grabaciones efectuadas por vía de interceptación de las comunicaciones telefónicas del acusado, autorizadas por prórrogas del Auto inicial, pero por quien en los momentos de dictado de los Autos de prórroga ocupaba, por sustitución legal, el Juzgado de Instrucción, al coincidir con períodos vacacionales u otras ausencias, al titular del Juzgado.

La argumentación del Auto en relación con esta anomalía procesal descansa en el hecho de que esta Sala ya resolvió sobre las mismas (el detalle de los Autos concretos se encuentra en el Fundamento Jurídico 2º del presente Auto) con ocasión de la querrela interpuesta contra el Juez Instructor (además de contra el entonces Secretario Judicial y el oficial al mando de la Guardia Civil), declarando la inexistencia de delito en la actuación del Juez.

Sin embargo, en opinión de quien suscribe, la inexistencia de delito no implica la regularidad de la actuación judicial y, al efecto, es del todo punto relevante indicar que en el conjunto de resoluciones judiciales anómalas ordenadas por el Juez Instructor concediendo prórroga de las intervenciones telefónicas hay que distinguir entre dos clases:

a.- Aquellas en las que el Juez se encontraba ausente del Juzgado, pero sin estar sustituido, nominal y formalmente, por otro. Entre ellas se encuentra la que fue objeto de querrela en base al descubrimiento, por el querellante, de que el Juez se encontraba en la conocida fiesta de “Los Indianos”, de la isla de La Palma, en vez de encontrarse en su isla de Lanzarote, descubriéndose el hecho irregular de que había enviado la resolución judicial -firmada por él- pero desde el Juzgado de La Palma, merced a la detallada observación del sello del Auto, en el que se ocultó la parte inferior del sello (la que indica la localidad del Juzgado) pero se detectó por el querellante la diferente redacción del sello en su parte superior, en la mención de la clase





de Juzgado, pues en uno aparecía “Juzgado de Primera Instancia” y en el otro “Juzgado de 1ª Instancia”, lo que desveló la maniobra.

Estas anomalías, sin embargo, carecían de relevancia para determinar la ilicitud del Auto por carencia de jurisdicción del Juez, pues, se encontrara o no en la sede del Juzgado, o ausente por otras causas, puede sostenerse que no perdía su jurisdicción, de forma que tales irregularidades podrían tener efectos disciplinarios (“ad intra”) pero carecían de efecto “ad extra” en el ejercicio de la jurisdicción.

b.- Cosa distinta -bien distinta- acontece en el caso de que el Juez se encontrara formalmente sustituido por otro, debido a baja médica o a cualquier otra causa, pues en este caso, el Juez titular carece de jurisdicción, que ha pasado al Juez designado, formal y nominalmente (es decir, con nombre y apellidos), como sustituto. Es este el caso al que este Voto se refiere, al estimar como viciados de nulidad, los Autos de prórroga de las intervenciones telefónicas, firmados por el Juez titular pero en el período en el que estaba sustituido formal y nominalmente, por otro Juez, en calidad de sustituto. Sólo éste tenía jurisdicción para decidir y firmar esos Autos, máxime al no tratarse de resoluciones judiciales de mero trámite (en cuyo caso cabría entender que se trata de lo que la doctrina contencioso-administrativa denomina irregularidades no invalidantes), sino de una decisión judicial de la mayor relevancia porque constituye una restricción de un derecho constitucional fundamental, el del secreto de las comunicaciones protegido por el art. 18.3 de la Constitución.

El Auto de la Sala del que discrepo abunda en justificaciones sobre la necesidad de conservar el máximo sigilo en las actuaciones judiciales de instrucción, detallando las medidas concretas de secreto (al margen de la declaración procesal de tal), como la ocultación de los Agentes de la Guardia Civil llegados de fuera de la Isla, sin contacto con otros miembros del mismo Cuerpo, la no inclusión de las actuaciones en el sistema procesal de gestión “Atlante” (fueron llevadas en un ordenador externo) y otras que, desde luego, pueden estar justificadas desde el punto de vista de la eficacia de la instrucción, pero que no pueden justificar la exclusión de la plena jurisdicción que el Juez formal y nominalmente designado como sustituto tenía sobre todas las actuaciones del Juzgado, la cual excluye la jurisdicción del Juez titular.

Cabría excepcionar a la conclusión anterior los supuestos previstos legalmente que permiten cierta “flexibilidad” en la actuación jurisdiccional, es decir, en el ejercicio de la potestad. Se trata de los casos en los que se autoriza, por la Autoridad Judicial Gubernativa (sea la Presidencia o sea el CGPJ) algún mecanismo gubernativo que permite la coexistencia de dos jueces en el mismo Juzgado; estas posibilidades están reguladas minuciosamente en los arts. 207 y ss. LOPJ, que regulan una serie de mecanismos excepcionales (la posibilidad de jueces adjuntos regulada por el art. 212.1, la de sustitución “voluntaria” por jueces de carrera regulada en el art. 212.3, la prórroga de jurisdicción regulada en el art. 215, la actuación de los jueces en prácticas prevista en el art. 8 del Reglamento 2/200 y las medidas excepcionales a adoptar por los mecanismos previstos en el art. 216 bis 1 a 4 LOPJ. Pero en el presente caso, ninguno de tales mecanismos se solicitó ni -obviamente- se acordó. Incluso cabría justificar, al menos como hipótesis- la actuación que aquí hizo el Juez instructor si hubiera estado cubierta por algún acuerdo gubernativo, no previsto en la Ley pero autorizado por la Presidencia del TSJ o por el Consejo General del Poder Judicial. Pero en el caso presente, no sólo es que nada de esto se intentó, sino que la única actuación gubernativa que hubo es precisamente la de sustitución del Juez instructor por otro Juez. Por tanto, la actuación del Juez instructor no tenía





más cobertura que su propia voluntad justificada en la necesidad de sigilo, y así, sin más, (ni siquiera mediante alguna resolución suya, por atípica que fuera) decidió, “de facto”, excluir al Juez que le sustituía -formal y nominalmente- de las decisiones a adoptar en esa concreta instrucción, Y, en esa situación, cabe negarle el ejercicio legítimo de la potestad jurisdiccional, porque ésta no es una especie de patrimonio personal del Juez titular de la que éste pueda disponer, trocear o reservarse -sin más requisito que su propia voluntad- los asuntos que estime pertinentes, sino que es una potestad que recae sobre quien, según las reglas orgánicas y gubernativas del Poder Judicial, la ostenta. Ese es el recto entender de la garantía consagrada en el art. 24.2 de la Constitución: el derecho fundamental al Juez ordinario predeterminado por la Ley y esa Ley es la Orgánica del Poder Judicial y sus Reglamentos de desarrollo, en particular, el Reglamento 1/95, de la Carrera Judicial. Más específicamente, los preceptos legales infringidos son los arts. 9.1 y 212.1 del texto legal, y sus correspondientes de rango reglamentario.

Por tanto, la invasión de la jurisdicción, efectuada por el Juez titular en el terreno del Juez sustituto, resolviendo los Autos de prórroga de intervenciones telefónicas, sin disposición normativa ni acto gubernativo que lo permitiera, pervierte la decisión judicial de prórroga de la intervención telefónica, de forma que los Autos que la materializan devienen ilícitos y procesalmente nulos, sin eficacia probatoria alguna, a criterio de quien suscribe.

IV.- Sirve de elemento confirmatorio (desde luego accesorio) de la conclusión que se defiende en este Voto, la afirmación de la representación del Ministerio Fiscal, efectuada en el acto de la vista, en la que solicitó a la Sala que actuara con la precisión quirúrgica del cirujano, expresión muy gráfica que manifestó al referirse a los defectos indicados; con ello, venía a reconocer implícitamente la invalidez de estas concretas grabaciones y a solicitar que el efecto expurgatorio del acervo probatorio no debía extenderse al resto de las grabaciones, no viciadas, instando la inaplicación de la doctrina denominada del “fruto del árbol prohibido”, postura que se defiende en este Voto Particular.

En efecto, la conclusión extraída de los apartados I y II del presente Voto es que, tanto la primera de las grabaciones, la realizada por el denunciante en su conversación con el acusado, como las grabaciones de conversaciones telefónicas producto de la intervenciones realizadas con autorización judicial de quien carecía de jurisdicción en esos concretos momentos, deben ser declaradas probanzas ilícitas y excluidas del acervo probatorio. Pero tal invalidez probatoria, frente a la pretensión del acusado apelante, no debe ir más allá.

En este Voto, pues, se comparte la postura del Ministerio Fiscal, expresada de la forma implícita antes expuesta, al final de su Informe prestado en la Vista. Efectivamente, no debe darse la conexión por antijuridicidad entre las probanzas declaradas ilícitas y el resto, antijuridicidad que es la fórmula técnico-jurídica que se manifiesta en la citada doctrina del “fruto del árbol prohibido” dada la autonomía que ofrecen tales grabaciones.

La doctrina citada, “doctrina del fruto del árbol envenenado” (STS 13-12-94 y STco 81/98), se puede referir en graduar las exigencias de tutela en función de la gravedad de la infracción del derecho constitucional, distinguiendo entre injerencias policiales llevadas a cabo sin autorización judicial, o acordadas por resolución absolutamente inmotivada, en las que la necesidad de tutela del derecho es máxima, y aquellas otras en que el vicio constitucional deriva simplemente de que la expresión de los fundamentos justificativos en la autorización





judicial ha sido declarada insuficiente, lo que nos sitúa en el ámbito del error, frente al que las necesidades de disuasión no pueden reputarse indispensables desde la perspectiva de la tutela del derecho fundamental.

La ilicitud constitucional se extiende también a las pruebas derivadas o reflejas si entre ellas y las anuladas por vulneración del art. 18.3 CE existe una conexión natural o causal (que constituye el presupuesto para poder hablar de prueba derivada de otra lícitamente obtenida). En estos casos, la regla general es que todo elemento probatorio que pretenda deducirse a partir de un hecho vulnerador del derecho fundamental se halla también incurso en la prohibición de valoración. Tanto el Tribunal Constitucional (SSTC 161/1999 y 49/99, entre otras), como la Sala Segunda del Tribunal Supremo (STS 20-04-2001, núm. 676/2001), han señalado que: “Solo si la prueba refleja resulta jurídicamente ajena a la vulneración del derecho y la prohibición de valorarla no viene exigida por las necesidades esenciales de la tutela del mismo cabrá entender que su efectiva apreciación es constitucionalmente legítima, al no incidir negativamente sobre ninguno de los aspectos que configura el contenido del derecho fundamental sustantivo”.

Así, el efecto reflejo establecido en el citado art. 11.1 de la LOPJ por aplicación de la llamada en el ámbito anglosajón doctrina del fruto podrido o manchado (“The tainted fruit”) o, genéricamente, doctrina de “los frutos del árbol envenenado” (“The fruit of the poisonous tree doctrine”), que la jurisprudencia, en un reiterado cuerpo de doctrina (representado entre muchas, en las SSTS 210/1992, de 7 de febrero, 2783/1993, de 13 de diciembre, 311/1994, de 19 de febrero y 2054/1994, de 26 de noviembre), ha configurado a través de las notas siguientes:

1ª) No contaminación de las pruebas restantes si es posible establecer una desconexión causal entre las que fundan la condena y las ilícitamente obtenidas.

2ª) Que esa desconexión siempre existe en los casos conocidos en la jurisprudencia norteamericana como “hallazgo inevitable” (SSTS 298/1994, de 7 de febrero, y 2054/1994, de 26 de noviembre).

En definitiva, pues, la declaración de nulidad carece de autarquía. Si contamina las restantes pruebas conduce a la absolución por aplicación del derecho fundamental a la presunción de inocencia establecido en el artículo 24.2 de la CE, al no existir prueba de cargo que pueda fundar el pronunciamiento condenatorio. Si no se produce tal efecto, la consecuencia no es otra que la de determinar si la prueba no afectada y tomada en cuenta por el Juzgador de instancia puede estimarse apta y suficiente para reputar enervada la verdad interina de inculpabilidad en que la presunción de inocencia consiste”.

De ello se deriva que la conclusión alcanzada por el órgano judicial sobre la ruptura del nexo causal entre la prueba ilícita y el reconocimiento de los hechos se asienta en una extensión de la conformidad prestada en otro expediente con la finalidad de evitar la tramitación de un proceso penal. En este sentido, hemos venido afirmando que la posibilidad de valoración en juicio de pruebas que pudieran estar conectadas con otras obtenidas con vulneración de derechos fundamentales sustantivos requiere un análisis a dos niveles: en primer lugar, ha de analizarse si existe o no conexión causal entre ambas pruebas, conexión que constituye el presupuesto para poder hablar de prueba derivada, y solo si existiera el presupuesto para poder hablar de prueba derivada, y solo si existiera dicha conexión procede el análisis de la





conexión de antijuridicidad, cuya inexistencia legitimaría la posibilidad de valoración de la prueba derivada (por todas, STC 28/2002, de 11 de febrero, FJ 4). La valoración acerca de si se ha roto o no el nexo entre una prueba y otra no es, en sí misma, un hecho, sino un juicio de experiencia acerca del grado de conexión que determina la pertinencia o impertinencia de la prueba cuestionada, lo que corresponde examinar a los jueces y tribunales ordinarios, limitándose nuestro control a la comprobación de la razonabilidad del mismo”.

En el caso, no se desprende elemento alguno que permita la conexión por antijuridicidad en la que consiste esta doctrina restrictiva, pues las grabaciones que estimo ilícitas son independientes de las demás, con las que no hay más vínculo que la identidad de la persona objeto de las grabaciones. De esta forma, la autonomía de las grabaciones arrastra la de las probanzas en las que ellas se erigen y, desechados los demás defectos o vicios procesales y materiales que ha alzado el acusado (correctamente rechazadas, a mi criterio, coincidente con el de la Sala excepto en los dos apartados anteriores) estas probanzas conservan plena eficacia, licitud y validez a los efectos de su valoración por el órgano de enjuiciamiento, debiendo, a mi criterio, alterarse el Auto de esta Sala sólo en los aspectos parciales expresados en este Voto: la grabación inicial efectuada por el denunciante y las grabaciones telefónicas autorizadas por el Juez instructor cuando éste estaba, formal y nominalmente, sustituido por otro Juez.

En el resto de su contenido y parte dispositiva, manifiesto mi plena conformidad con los razonamientos que se expresan en el Auto, reiterando el más absoluto respeto al criterio de mis compañeras integrantes de esta Sala.

Las Palmas de Gran Canaria, a 26 de diciembre de 2018.

Antonio Doreste Armas.

