

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Penal

AUTO

CAUSA ESPECIAL

Nº de Recurso: 20048/2009

Fallo/Acuerdo: Auto Desestimando

Procedencia: QUERELLA

Fecha Auto: 26/07/2010

Ponente Excmo. Sr. D.: Adolfo Prego de Oliver y Tolivar

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

Escrito por: FGR/IP

Causa Especial.- Recurso de Apelación c/ Auto de 11 de mayo 2010

Recurso N°: 20048/2009

Ponente Excmo. Sr. D.: Adolfo Prego de Oliver y Tolivar

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

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Penal

AUTO

Excmos. Sres.:

D. Juan Saavedra Ruiz

D. Adolfo Prego de Oliver y Tolivar

D. Joaquín Giménez García

D. Francisco Monterde Ferrer

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

En la Villa de Madrid, a veintiséis de Julio de dos mil diez.

I. HECHOS

PRIMERO.- Con fecha 11 de mayo pasado, el Excmo. Sr. Magistrado Instructor dictó Auto en cuya parte dispositiva, DICE:

".....Que debo desestimar y desestimo el recurso de reforma interpuesto por la Procuradora Doña Virginia Aragón, en representación de Don Baltasar

Garzón Real, contra el Auto de fecha 7 de abril de 2010 dictado en la presente causa, el cual se confirma en su integridad.....".

SEGUNDO.- Notificado al Ministerio Fiscal y demás partes el anterior auto, la defensa, por escrito presentado en el Registro General de este Tribunal el 13 de mayo y dentro del plazo establecido, formuló Recurso de Apelación contra el mismo, en base a las alegaciones que en él se contienen.- Se dio traslado al Ministerio Fiscal y a la acusación y por el plazo común de cinco días a los efectos del art. 766.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

TERCERO.- El Ministerio Fiscal no evacua el traslado conferido.

La acusación, por escrito presentado el 27 de Mayo pasado, interesa su oposición al recurso formulado de contrario contra el Auto de 11 de mayo pasado y por designados los particulares indicados, para que, tras los trámites legales oportunos dicte resolución desestimando el recurso planteado.

II. RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Este recurso de apelación se interpone contra el Auto desestimatorio del recurso de reforma planteado contra el Auto del Excmo. Sr. Instructor de la presente causa, de fecha siete de abril de 2010 que al amparo de lo dispuesto en el art. 779.1.4º de la LECriminal declaró haber lugar a proceder contra el querellado, por el hecho que dejaba indicado en el último fundamento jurídico en cuanto constitutivo del delito de prevaricación; seguir el procedimiento por los trámites previstos en los arts. 780 y siguientes de la LECriminal; y dar traslado al Ministerio Fiscal y a las partes acusadoras para que solicitaran, si así lo entendieran procedente, la apertura del juicio oral formalizando el escrito de acusación, o solicitaran el sobreseimiento de la causa.

SEGUNDO.- Este Auto fué precedido de una expresa solicitud de sobreseimiento por el querellado, que se denegó por el Excmo. Sr. Magistrado Instructor mediante Auto motivado que, impugnado en apelación, fué confirmado

por esta Sala. Las mismas razones justificativas de la improcedencia de sobreseer conducen, contrariamente, a fundamentar la procedencia de continuar el procedimiento previsto en el art. 780 y siguientes de la LECriminal. Por lo tanto damos aquí por reproducido lo expresado en nuestro Auto de fecha 22 de julio de 2010 y por las mismas razones consideramos procedente la decisión de continuar el proceso. En efecto el art. 779 de la LECriminal dispone que "practicadas sin demora las diligencias pertinentes" el Juez adoptará mediante Auto alguna de las resoluciones previstas en la norma. No se plantea por ninguna de las partes la procedencia de acordar las previstas en los números 2º, 3º y 5º. La alternativa queda por consiguiente limitada a la 1ª (sobreseimiento) y a la 4ª (seguir el procedimiento de los arts. 780 y siguientes).

Excluido ya el sobreseimiento, cuya denegación fué confirmada en alzada, es obvio que la única decisión procedente es la prevista en el número 4º que es precisamente la acordada por el Instructor en el Auto ahora recurrido.

TERCERO.- No obstante lo anterior la impugnación de este recurso más que la incorrección de acordar lo previsto por el art. 779.1.4º de la LECriminal frente a la procedencia de dictar cualquiera otra de las cuatro alternativas restantes, se apoya en la consideración de que todavía no procedía acordar ninguna de ellas, por faltar el presupuesto necesario de todas que es el haberse ya practicado sin demora las diligencias pertinentes. Entiende el recurrente que las Diligencias Previas no deberían considerarse terminadas, es decir que no ha llegado el desarrollo de la instrucción sumarial a su fin, porque faltan por practicar diligencias expresamente solicitadas y denegadas por el Instructor; de donde deduce que, como deben acordarse, se han de mantener aún abiertas las Diligencias Previas, sin dictarse ninguna de esas cinco resoluciones que, una vez concluidas, habrá de acordar el Instructor conforme al apartado 1 del art. 779 de la LECriminal.

CUARTO.- Con independencia de la contradicción que representa esta pretensión, formulada por quien ya interesó antes el sobreseimiento de la causa, a tenor de lo dispuesto precisamente en el nº 1º del art. 779.1 de la LECriminal, dando así por completadas las Diligencias Previas que ahora, tras la desestimación de lo pedido, pretende mantener abiertas sin que se dicte la resolución prevista en el nº 4º del art. 779.1 de la LECriminal (las demás ni se plantean), debe significarse que no se aprecia incorrección alguna en la decisión del Instructor denegatoria de las nuevas diligencias sumariales interesadas por el querellado:

A) En todo proceso penal tienen las partes derecho a proponer las diligencias pertinentes para la defensa y para contradecir las propuestas por las otras partes personadas o las acordadas por el Juez de Instrucción. Pero no se trata de un derecho ilimitado y omnímodo, y el Tribunal Constitucional ha declarado entre otras en su Sentencia 85/1997 de 22 de abril que "la regulación del procedimiento abreviado en nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal no obliga al Juzgador a practicar todas las diligencias pedidas por las partes, sino que en el ejercicio de su potestad jurisdiccional y a la vista de las diligencias practicadas, que sean necesarias, debe decidir con arreglo a su criterio debidamente motivado la resolución que estime aplicable al caso". Esta misma Sentencia 85/1997, reiterando la doctrina expresada en otras anteriores, señala que entre las garantías constitucionales "se encuentra el agotamiento de los medios de investigación (SSTC 46/1982 y 40/1988), pero entendido no como un derecho a practicar todas las diligencias que la parte solicite sino, como reiteradamente ha afirmado este Tribunal -añade- solamente aquéllas que el Juez estime pertinentes (STC 351/1993)".

B) En segundo lugar el criterio para determinar esa pertinencia y necesidad de la diligencia sumarial en fase de Diligencia Previa no se puede establecer desde la perspectiva de la amplitud del debate propio del Plenario, sino con un carácter instrumental y en función de la resolución que el Instructor ha de dictar según el art. 789 de la LECriminal.

En este sentido señala la STC 41/1998 que en el proceso penal "cada una de sus fases ... se halla sometida a exigencias específicas que garantizan en cada estado de desarrollo de la pretensión punitiva e incluso antes de que el mismo proceso penal empiece (STC 109/1986) la presunción de inocencia y las demás garantías del imputado".

En el caso de las Diligencias Previas, en función de cuyo objeto y finalidad se determina su pertinencia y su necesidad, las diligencias "esenciales" sólo son las que se encaminan a determinar la naturaleza y circunstancias del hecho, las personas que en él hayan participado y el órgano competente para el enjuiciamiento (art. 777 de la LECriminal). La Sentencia del Tribunal Constitucional 186/1990 de 15 de noviembre subraya que "el contenido de la instrucción judicial (o Diligencias Previas) ha de responder a la finalidad perseguida", es decir a las determinaciones que actualmente prevé el art. 777.1 de la LECriminal, sobre la naturaleza del hecho, personas participantes y órgano competente, y entre las diligencias "hay que incluir no sólo las necesarias para formular la acusación, sino también las que, apreciada

su esencialidad por el Juez, puedan favorecer al imputado a los efectos de acordar luego alguna de las resoluciones contempladas en el propio art. 789.5º" (hoy art. 789 de la LECriminal en su redacción vigente).

La relevancia y necesidad se determinan por tanto en función de lo que el Juez Instructor estime como tal para dictar una de las cinco resoluciones previstas en el art. 789 actual de la LECriminal. Con meridiana claridad la Sentencia del Tribunal Constitucional de 4 de julio de 1988 (y en igual sentido la STC 191/1989 de 16 de noviembre) declaró que las diligencias previas del art. 789 de la LECriminal, (hoy 777 y 779) constituyen una instrucción inicial indiferenciada sólo para determinar la naturaleza y circunstancias del hecho, las personas que en él han participado y el procedimiento aplicable, conducente a las salidas que el propio artículo señala en sus reglas 1ª a 5ª. Por definición -añade esta Sentencia- tales diligencias son según la Ley solo las esenciales y no pueden utilizarse para otros fines que los señalados en el precepto ni por más tiempo del que se precisa para ello ("sin demora") so pena de convertirse por una inaceptable corruptela en un nuevo procedimiento desvirtuando su naturaleza.

C) En tercer lugar es al Instructor a quien compete determinar qué diligencias son necesarias e imprescindibles a los fines indicados. A él corresponde decidir el momento en que se han conseguido los fines de la instrucción, y adoptar la resolución oportuna de entre las previstas en el actual art. 779 de la LECriminal, sobreseyendo el proceso, o continuándolo por sus trámites, es decir según los arts. 780 y siguientes. Ya hemos dicho en nuestro anterior Auto de 23 de marzo de 2010, y lo volvemos a repetir, que la decisión de sobreseer o de abrir el juicio oral de un proceso entraña un pronunciamiento sobre el fondo del asunto, siquiera sea con carácter provisional y sobre bases indiciarias, que el legislador atribuye al Instructor, que no tiene competencia para el enjuiciamiento, preservando el órgano judicial del enjuiciamiento del peligro de prejuzgar la pretensión y perder con ello su imparcialidad para conocer de lo mismo en juicio oral y decidir en Sentencia el fondo. Compatibilizar ese fin, implícito en el régimen jurídico de la fase intermedia del Procedimiento Abreviado, con el hecho de que el Auto decisor del Instructor, sobreseyendo o -como aquí sucede ahora- ordenando la continuación de la causa por los trámites de los arts. 780 y siguientes, sea recurrible en apelación ante el Tribunal del enjuiciamiento exige referir la decisión de la alzada a la pura fiscalización o control de la legalidad de la decisión recurrida, porque sería contradictorio provocar por la vía del recurso lo que se pretende evitar atribuyendo al Instructor, y no al Tribunal, la competencia para decidir el sobreseimiento o la

apertura del juicio oral. Control de legalidad que, de una parte incluye la comprobación de que la decisión procesal se acomoda a sus normas reguladoras, y de otra excluye que el Tribunal haya de realizar un nuevo juicio valorativo a partir directamente del resultado de las diligencias sumariales para confirmar el del Instructor, de coincidir con el de Sala, o para sustituirlo por el de ésta en caso contrario. Es obvio que si ocupara la Sala la función valorativa del Instructor -que no tiene limitado el alcance de sus razonamientos por no ser el encargado del enjuiciamiento posterior- incurriría el Tribunal en el prejuicio contaminante que el legislador busca evitar. Son decisiones del Instructor a quien esta Sala no sustituye ejerciendo sus atribuciones, ni cuyos criterios esta Sala adopta al resolver en apelación. En esta alzada nos compete comprobar si el criterio en que se apoya lo decidido, y que es el suyo, el del Instructor, supone la infracción de alguna norma o adolecen los fundamentos de su aplicación, expresados en la motivación de la resolución recurrida, de un razonamiento ilógico o arbitrario.

D) A partir de lo expuesto resulta: **a)** que el Auto recurrido se acomoda a la previsión legal del art. 779.1.4º de la LECriminal; **b)** que el acierto de la adopción de esa decisión resulta de las mismas razones que justificaron la denegación del sobreseimiento, confirmada en apelación anterior, y de no plantearse ninguna de las otras posibilidades previstas en ese artículo; **c)** que la procedencia de adoptar alguna de las resoluciones del art. 779.1 (que en este caso es la de su número 4º) deriva de considerar el Instructor que ya se han practicado las diligencias pertinentes y necesarias para ello; **d)** que la pertinencia de otras interesadas por el querellado no deriva necesariamente del hecho de que su práctica se solicite; **e)** que la suficiencia depende de lo que es necesario para poder acordar una de las cinco resoluciones previstas en el art. 779.1 de la LECriminal: y **f)** que el criterio del Instructor no es ilógico ni arbitrario cuando considera la innecesariedad de las denegadas, ya que su denegación la razona al considerar: de una parte que el testimonio de los Magistrados que emitieron un voto particular no puede ofrecer otra cosa que lo expuesto en el voto emitido, que ya consta, y que el resto de las diligencias, propuestas como testimonios, o bien no son tales por tener por objeto la expresión de personales opiniones valorativas sobre intenciones, o se trata de pericias jurídicas improcedentes ante un Tribunal. Son pues diligencias sumariales, unas y otras, de realización no necesaria a juicio del Instructor, que extensa y debidamente razona su criterio al adoptar la decisión recurrida, y en la cual esta Sala de apelación no aprecia ni infracción legal por vulneración de preceptos, ni arbitrariedad en su aplicación, ni irracionalidad en sus razonamientos.

Por todas las razones procede la desestimación del recurso de apelación interpuesto.

III. PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA: Desestimar el recurso de apelación interpuesto por la representación legal de D. Baltasar Garzón Real contra el Auto de fecha once de mayo de dos mil diez dictado por el Excmo. Sr. Instructor de este procedimiento, que confirmamos en todas sus partes.

Notifíquese la presente resolución.

Así lo acordaron y firmaron los Sres. Magistrados que formaron la Sala para ver y decidir la presente, de lo que como Secretaria, certifico.

Juan Saavedra Ruiz

Adolfo Prego de Oliver y Tolivar

Joaquín Giménez García

Francisco Monverde Ferrer

Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre