



Roj: **STS 1934/2015** - ECLI: **ES:TS:2015:1934**

Id Cendoj: **28079120012015100246**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **23/04/2015**

Nº de Recurso: **1811/2014**

Nº de Resolución: **237/2015**

Procedimiento: **PENAL - APELACION PROCEDIMIENTO ABREVIADO**

Ponente: **FRANCISCO MONTERDE FERRER**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP LU 522/2014,**
STS 1934/2015

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal SENTENCIA

Sentencia Nº: 237/2015

RECURSO CASACION Nº : 1811/2014

Fallo/Acuerdo: Sentencia Estimatoria

Voto Particular

Procedencia: AUDIENCIA PROVINCIAL DE LUGO (Sección 2ª)

Fecha Sentencia : 23/04/2015

Ponente Excmo. Sr. D. : Francisco Monterde Ferrer

Secretaría de Sala : Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

Escrito por : OVR

Prevaricación, falsedad documental y tráfico de influencias. Condonación de multas en la Jefatura provincial de Tráfico. Sentencia absolutoria en la instancia.

La sentencia de instancia, carente de hechos probados, absolvió a los acusados por entender que el instructor conculcó el derecho al Juez predeterminado por la Ley, y esta infracción conllevó la nulidad de las actuaciones y de toda la prueba procedente de las intervenciones telefónicas y posterior entrada y registro

Recurso del Ministerio Fiscal. Ha lugar. Retroacción de las actuaciones, para que valorándose las pruebas practicadas se dicte nueva sentencia. Derecho a la tutela judicial efectiva. Derecho a un proceso con todas las garantías y a utilizar los medios pertinentes de prueba.

Derecho al Juez Predeterminado por la Ley: las reglas de conexión procesal están al servicio de un enjuiciamiento más ágil y conveniente, orientado a evitar que hechos de similar naturaleza puedan tener como desenlace pronunciamientos contradictorios. Pero la inobservancia de esas reglas no conlleva, sin más, una vulneración de alcance constitucional. La proclamación del art. 300 de la LECr , conforme al cual, cada delito dará lugar a un único proceso es compatible con la excepción representada por los delitos conexos a que se refiere el art. 17 de la LECr . Pero este último precepto a su vez, vuelve a excepcionar su contenido en el art. 762.6º, que permite desconectar lo que, en principio, aparece como susceptible de conexión. Y por si fuera poco, el art. 988 de la LECr , en su párrafo 3º, al fijar las reglas para la refundición de condenas, parte de la hipótesis de que delitos conexos hayan sido enjuiciados con independencia y este hecho sea advertido cuando las sentencias dictadas sean ya firmes.



El derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, no puede vulnerarse cuando lo que se pretende es la acumulación de dos causas cuyo enjuiciamiento en todo caso corresponde al mismo órgano judicial. Y ello sin perjuicio de que el tribunal de instancia deduzca el correspondiente testimonio, a los efectos penales oportunos, dado el empecinamiento del juez instructor en no desglosar actuaciones desconexas, omitiendo su remisión al Decano para su debido reparto.

Nº: **1811/2014**

Ponente Excmo. Sr. D.: Francisco Monterde Ferrer

Fallo: 16/04/2015

Secretaría de Sala: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

SENTENCIA Nº: 237/2015

Excmos. Sres.:

D. Julián Sánchez Melgar

D. José Ramón Soriano Soriano

D. Francisco Monterde Ferrer

D. Luciano Varela Castro

Dª. Ana María Ferrer García

En nombre del Rey

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

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintitrés de Abril de dos mil quince.

En el recurso de casación que ante Nos pende con el nº **1811/2014**, interpuesto por El Ministerio Fiscal, contra la sentencia dictada el 20 de Junio de 2014 por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Lugo, en el Rollo de Sala Nº 4/2014, correspondiente al Procedimiento Abreviado nº 174/2012 del Juzgado de Instrucción nº 3 de los de Lugo que absolvió a los acusados, D. Marcial, D. Maximo, Dª Adelaida, D. Pascual, D. Primitivo, D. Rogelio, D. Segundo, D. Tomás, D. Virgilio, D. Jose Miguel, D. Carlos Miguel, D. Luis Miguel, D. Juan Luis, D. Pedro Francisco, D. Abilio, D. Alfredo, D. Aquilino, D. Baldomero, D. Blas, D. Cecilio, D. Conrado, D. Diego y D. Eliseo, como autores responsables de delitos de **tráfico de influencias, prevaricación y falsedad documental**, habiendo sido parte en el presente procedimiento como parte recurrida los condenados absueltos, D. Marcial, D. Segundo y D. Baldomero, representados por la Procuradora Dª Mónica de la Paloma Fente Delgado, D. Maximo, representado por el Procurador D. Fernando Pérez Cruz, Dª Adelaida, representada por el Procurador D. Julián Caballero Aguado, D. Pascual, representado por el Procurador D. Miguel Torres Alvarez, D. Primitivo, representado por el Procurador D. Argimiro Vázquez Guillén, D. Rogelio, representado por el Procurador D. Rafael Gamarra Megias, D. Tomás, representado por la Procuradora Dª Silvia Barreiro Teijeiro, D. Virgilio, representado por la Procuradora Dª Raquel Gómez Sánchez, D. Jose Miguel, D. Luis Miguel y D. Juan Luis, representados por la Procuradora Dª María Belén San Román López, D. Carlos Miguel, D. Alfredo y D. Diego, representados por el Procurador D. Andres Figueroa Espinosa, D. Pedro Francisco, y D. Abilio, representados por el Procurador D. Manuel Infante Sánchez, D. Aquilino, representado por el Procurador D. Xavier de Goñi Echevarria, D. Cecilio, representado por el Procurador D. José Constantino Calvo-Villamañan Ruíz, D. Eliseo, representado por la Procuradora Dª Maria Soledad Ruíz Bullido y D. Blas, representado por el Procurador D. Vicente Ruigomez Muriedas; han dictado sentencia los Excmos. Sres. mencionados al margen, bajo ponencia de D. Francisco Monterde Ferrer que expresa el parecer de la Sala con arreglo a los siguientes:

I. ANTECEDENTES

1.- El Juzgado de Instrucción nº 3 de Lugo, incoó Procedimiento Abreviado con el nº 4/2014 en cuya causa la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Lugo, tras celebrar juicio oral y público, dictó sentencia el



20 de Junio de 2014 , que contenía el siguiente **Fallo**: "Que debemos absolver y **absolvemos libremente, por concurrir nulidad de las actuaciones, y, en consecuencia, de las pruebas aportadas, a los aquí acusados** : D. Marcial , D. Maximo , D^a Adelaida , D. Pascual , D. Primitivo , D. Rogelio , D. Segundo , D. Tomás , D. Virgilio , D. Jose Miguel , D. Carlos Miguel , D. Luis Miguel , D. Juan Luis , D. Pedro Francisco , D. Abilio , D. Alfredo , D. Aquilino , D. Baldomero , D. Cecilio , D. Conrado , D. Diego y D. Eliseo , de los delitos de los que venían siendo acusados; asimismo, se declaran de oficio las costas de este juicio."

2.- En fecha 4 de Julio de 2014, la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Lugo, dictó AUTO de aclaración, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: " **ACLARAR LA SENTENCIA dictada en ese procedimiento, con fecha veinte de Junio de dos mil catorce, en el sentido de que el Fallo de la misma debe de ser del tenor siguiente : Que debemos absolver y **absolvemos libremente, por concurrir nulidad de las actuaciones, y, en consecuencia, de las pruebas aportadas, a los aquí acusados** : D. Marcial , D. Maximo , D^a Adelaida , D. Pascual , D. Primitivo , D. Rogelio , D. Segundo , D. Tomás , D. Virgilio , D. Jose Miguel , D. Carlos Miguel , D. Luis Miguel , D. Juan Luis , D. Pedro Francisco , D. Abilio , D. Alfredo , D. Aquilino , D. Baldomero , D. Cecilio , D. Conrado , D. Diego y D. Eliseo , de los delitos de los que venían siendo acusados; **igualmente debemos absolver y absolvemos libremente a D. Blas** " ; asimismo, se declaran de oficio las costas de este juicio.**

SE MANTIENE el resto de pronunciamientos contenidos en la sentencia.

Contra el presente auto no cabe recurso alguno, sin perjuicio de los recursos que proceden contra, en su caso, la resolución originaria que ya quedaron indicados al ser notificados."

3.- La sentencia, tras exponer los Antecedentes de Hecho referentes a la tramitación del procedimiento, omitió toda referencia a la declaración de Hechos Probados.

4.- Notificada la sentencia a las partes, el Ministerio Fiscal anunció su propósito de interponer recurso de casación que se tuvo por preparado por auto de 9 de Septiembre de 2014, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para sus sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

5.- Por medio de escrito, que tuvo entrada en la Secretaría de este Tribunal en 1 de Octubre de 2014, El Ministerio Fiscal, interpuso el anunciado recurso de casación articulado en el siguiente **motivo**:

Único.- Al amparo del art 5.4 LOPJ , por infracción de precepto constitucional, y del art 24 CE , en relación con del derecho a la **tutela judicial efectiva** , así como a un proceso con todas las garantías y a utilizar los medios de prueba pertinentes.

6.- Instruidas las partes recurridas del recurso interpuesto, se tiene formulada expresa impugnación del recurso de casación interpuesto por el Ministerio Fiscal por las razones expuestas en los escritos presentados que obran unidos a las presentes actuaciones; la Sala admitió los mismos quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

7.- Por providencia de 25 de Marzo de 2015 se declaró el recurso admitido y concluso, señalándose para su **deliberación y fallo** el pasado día **16 de Abril de 2015** , en cuya fecha la Sala deliberó con el resultado decisorio que a continuación se expresa:

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El primero y único motivo se articula, al amparo del art 5.4 LOPJ , por infracción de precepto constitucional, y del art 24 CE , en relación con del derecho a la **tutela judicial efectiva** , así como a un **proceso con todas las garantías** , y a utilizar los medios de prueba pertinentes.

1. Se alega que la sentencia objeto del presente recurso *absuelve* a los acusados de los delitos de tráfico de influencias, prevaricación y falsedad documental de los que eran acusados por el Ministerio Fiscal, al entender que la resolución judicial que amplió la investigación inicial por delito de tráfico de drogas al nuevo delito de cohecho *descubiertocausalmente* a raíz de las intervenciones *telefónicas* acordadas en la causa, cuando entre ambas infracciones no existe conexidad alguna, y el mantenimiento de la investigación conjunta de ambos ilícitos en el marco del mismo procedimiento constituye una clara infracción del *derecho al Juez predeterminado por la Ley* y *conlleva la nulidad* de las actuaciones y, por ende, de toda la prueba procedente de las intervenciones telefónicas y posterior entrada y registro en aplicación de la llamada teoría del fruto del árbol envenenado, estimando así la cuestión previa de nulidad planteada por las defensas.

El Fiscal disiente del razonamiento expuesto por el Tribunal de instancia, entendiendo que no se ha producido la vulneración del derecho fundamental al Juez ordinario predeterminado por la Ley y que nos encontramos ante una *prueba válida que practicada en el juicio oral debióser valorada en la instancia*.



Y por ello el Ministerio Fiscal interesa la revocación de la sentencia recurrida, su declaración de nulidad y la devolución del procedimiento a la sección segunda de la Audiencia provincial de Lugo, para que, valorando de forma racional las pruebas practicadas, dicte nueva sentencia.

2. Ciertamente, la sentencia carece de una descripción de hechos probados y de una valoración de las pruebas practicadas, limitándose la fundamentación jurídica a exponer las razones por las que el Tribunal entiende que la decisión del Juzgado de Instrucción nº 3 de Lugo, continuando la investigación conjunta en el mismo procedimiento de delitos que no guardaban ninguna conexión procesal, vulneró el derecho al Juez predeterminado por la Ley, determinando la nulidad de actuaciones y la imposibilidad de valorar las pruebas practicadas.

Pues bien, ante ello debemos hacer una reseña de los avatares procesales sucedidos:

En primer lugar, el Juzgado de Instrucción nº 3 de Lugo se encontraba investigando un delito contra la *salud pública* en el seno de las Diligencias Previas 748/2008, incoadas el 29 de enero de 2008, fecha en que se dicta Auto de intervención telefónica, ocurriendo que en el decurso de las observaciones, en el mes de marzo de 2008, la Fuerza Policial actuante detecta que, al margen del ilícito investigado, *existía una trama en la que se estarían condonando multas en el seno de la Jefatura de Tráfico de Lugo*.

Lo anterior motivó que, en fecha 28 de marzo de 2008 (folios 28 a 35), se procediese por el Juzgado de Instrucción a *ampliar el Auto* de intervención inicialmente concedido, resolución en la que se reconocía que el *delito investigado era distinto* pero se afirmaba, sin mayor explicación, que la *conexidad* entrambos determinaba la necesidad de investigación conjunta.

En segundo lugar, el Fiscal, consciente de la ausencia de conexión de los delitos relacionados con el pago de multas y los inicialmente investigados, solicitó en tres ocasiones el *desglose y remisión* al Juzgado Decano para reparto, ya que los Juzgados y Tribunales de Lugo eran, sin duda, competentes para la investigación y enjuiciamiento de la causa.

Las solicitudes de fecha 29 de mayo de 2008 y 30 de junio de 2008 (folios 208 y 244), no fueron siquiera respondidas. Tales pedimentos fueron reiterados, por tercera vez, en fecha 16 de noviembre de 2011, petición que si bien fue atendida, se demoró hasta la Providencia de fecha 24 de enero de 2012, fecha en que se desglosa y crea un nuevo proceso y que, sin enviar al Juzgado Decano para reparto, es asumido por el mismo Juzgado de Instrucción de Lugo.

En tercer lugar, las Diligencias previas iniciales, además del proceso que terminó en la resolución, cuyo recurso es aquí propuesto, dieron lugar a otros dos procedimientos: el Procedimiento Abreviado 60/12, pendiente aún de señalamiento y en el que se formuló escrito de acusación en fecha de 3 de abril de 2014 por delitos de falsedad en documento público, falsedad, tráfico de influencias, prevaricación y cohecho, así como a las Diligencias Previas 1941/2009, aún hoy en trámite.

En cuarto lugar, tras la celebración del Juicio oral en la presente causa, habiéndose practicado la totalidad de la prueba propuesta y como respuesta a una *petición de nulidad de actuaciones efectuada por una de las defensas*, se concluye por la Sala que el proceder del Juez de Instrucción, no solo vulneró las normas de reparto que entre Juzgados de un mismo lugar existen, -algo que la propia Sala se encarga de considerar intrascendente al entender que tal lesión no afecta al derecho fundamental *al juez predeterminado por la Ley*-, sino que afectó al *artículo 17* de la LECrim. de manera, esta vez sí, relevante para el citado derecho fundamental.

La relevancia para el derecho fundamental, al *entender de la sala* de instancia, tuvo lugar por cuanto la Instructora, al tomar conocimiento en el curso de una investigación de un hecho delictivo *que no era conexo* con el inicialmente investigado, lo que debió hacer es darle el tratamiento de "*noticia criminis*", incoar un nuevo proceso y remitirlo al Juzgado Decano de Lugo para su reparto, *en lugar de limitarse a ampliar el Auto inicialmente dictado y continuar* con la instrucción conjunta de la causa durante casi cuatro años.

Pese a ello, no es cuestión menor, admite que el Juzgado de Instrucción número 3 de Lugo *podría haber resultado el destinatario* del reparto que la Sala demanda y que los hechos se cometieron en el partido Judicial de Lugo.

Así dice el tribunal de instancia en su fundamento jurídico séptimo (fº 17 y 18):

"En efecto, *no se trata aquí* (al contrario de cómo se razonaba en el fundamento segundo de esta resolución) de una errónea *interpretación de las normas sobre atribución de competencias* a los órganos judiciales, que son, en principio, *cuestiones de legalidad ordinaria*, y, ajenas, por tanto, al derecho al Juez predeterminado por la Ley, sino que, en tal cuestión planteada, se trata de una situación que supone una sustracción indebida e injustificada del conocimiento de unos *hechos al Juzgado que le pudiese corresponder* (aunque, como ya se dijo, pudiese incluso recaer -a medio del oportuno reparto, desde el decanato-, al propio Juzgado que también



estuviese conociendo de los hechos primitivos), quedando así en entredicho el derecho al *Juez predeterminado por la Ley* (sentencias del Tribunal Constitucional, 262/1994 de 3 de octubre y 25/2000), tratándose, en definitiva, de una interpretación y aplicación de las normas competenciales manifiestamente irrazonable, lo que deriva, según tiene reiteradamente establecido el Tribunal Constitucional -sentencias, entre otras, 136/1997 de 21 de julio y 35/2000 de 14 de febrero - en la infracción de aquel derecho, que viene a constituir una de las garantías esenciales del procedimiento a las que se refiere el artículo 24-2 de la Constitución ."

3. Como apunta el Ministerio Fiscal, de lo anterior, trazando una línea diferenciadora entre normas de reparto y normas de competencia, se concluye en la sentencia recurrida que, estando ante un supuesto de inexistencia de conexidad, el no haber deducido testimonio y enviado la causa al Decano de los de Lugo para su reparto, vulneró de manera irreversible el derecho al Juez predeterminado. Ahora bien, de ello la Sala no evidencia, por no haber sucedido, ni la tramitación inadecuada en el seno de un cauce procedimental diferente al que le hubiese correspondido caso de haberse desglosado (en ambos supuestos el proceso penal abreviado resultaba aplicable), ni la alteración de la competencia territorial (Lugo era competente en ambos casos), ni la del órgano llamado a enjuiciar (la Audiencia Provincial de Lugo era la llamada en todos los supuestos).

Sin embargo, la doctrina jurisprudencial, consolidada y constante, asocia la lesión del derecho fundamental aludido a la búsqueda intencionada de un Juez o Tribunal distinto al llamado previamente por la Ley a conocer del concreto asunto de que se trate, tratando tal búsqueda como algo nítidamente diferenciado de una mera infracción de las normas de competencia que regulan la jurisdicción ordinaria, cuya infracción nunca rebasaría la legalidad ordinaria.

Así, la **STS nº 512/2004, de 28 de abril** , razona que: "Tal planteamiento *excluye* de partida la vulneración del *derecho constitucional* en la medida que la Audiencia Provincial de Barcelona sería en todo caso el órgano competente para el enjuiciamiento de los hechos. Sólo si como efecto de dicha acumulación se produjese un cambio en la competencia objetiva de dicho órgano podríamos admitir la razón del recurrente. La *Audiencia* mencionada constituye conforme a la ley el Tribunal *competente para el enjuiciamiento y fallo en cualquier caso de los hechos instruidos tanto por un Juzgado como por otro*. Igualmente no cabe hablar de dicha vulneración si se entiende que la acumulación debió producirse en la fase de instrucción pues la consecuencia de ello *no equivale a la nulidad* de lo instruido por uno u otro Juzgado sino sencillamente a la inhibición correspondiente sin perjuicio de persistir la instrucción por cada uno de ellos mientras su competencia territorial no se fije definitivamente, y sabido es además que las cuestiones de competencia *entre Juzgados* adscritos a la *Jurisdicción ordinario* constituyen tampoco *vulneración* del derecho al *Juez ordinario predeterminado por la ley*.

Por su parte la **STS nº 757/2009 de 1 de julio** dice que: "1.- En primer lugar hemos de diferenciar el derecho al juez ordinario respecto del derecho a un proceso con todas las garantías y, entre ellas, el derecho a la imparcialidad del juez.

Aún cuando aquel derecho al juez ordinario legalmente predeterminado trasciende a la imparcialidad que exige la función jurisdiccional, la doctrina del Tribunal Constitucional, no sin previas vacilaciones, ha terminado por reconducir la exigencia de tal imparcialidad al contenido del derecho, establecido en el artículo 24.2 de la Constitución , a un proceso con todas las garantías.

Ya dábamos cuenta en nuestra Sentencia de 16 de febrero del 2007 , de que el desarrollo a un proceso con todas las garantías proclamado en el art. 24.2 de la CE . comprende, según una dilatada jurisprudencia constitucional y del TS. (S.TC 145/88 , TS. 16-10-98, 21-12-99, 7-11-00,9-10-01) el derecho a un Juez o Tribunal imparcial, reconocido en el art. 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10-12-48, en el art. 6.1 Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 4-11-50 y en el art. 14-1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 16-12-66.

Esta tesis es acogida ya por la Sentencia del Tribunal Constitucional 145/88 , al señalar que entre las garantías que deben incluirse en el derecho constitucional a un juicio público, con todas las garantías (art. 24.2 CE) se encuentra, aunque no se cite de manera expresa, el derecho a un juez imparcial "que constituye sin duda una garantía fundamental de la administración de Justicia en un Estado de Derecho".

En cuanto al contenido del derecho al juez ordinario predeterminado, ha sido constante la doctrina que excluye del mismo, en principio, los aspectos relativos a la determinación de la competencia de los órganos jurisdiccionales y a la integración personal de los mismos, aunque, respecto a esto, se haya dicho que, no cabe exigir el mismo grado de fijeza y predeterminación al órgano que a sus titulares, dadas las diversas contingencias que pueden afectar a los últimos en su situación personal (STC 69/2001). Pero advirtiendo que aquella garantía se traduce en exigencias para el legislador, a quien se reserva la potestad al efecto, sobre el grado de concreción en el establecimiento de los criterios atributivos, y también para la jurisdicción que no puede hacer aplicación de dichas normas desde la arbitrariedad o absoluta falta de razonabilidad.



Conviene aquí recordar la doctrina del Tribunal *Constitucional* de la que es indicativa la *Sentencia 156/2007* (Sala Primera), de 2 julio en la que dijo: "Es doctrina constitucional reiterada que dicho derecho exige, de un lado, la preexistencia de unas pautas generales de atribución competencial que permitan determinar, en cada supuesto, cuál es el Juzgado o Tribunal que ha de conocer del litigio (SSTC 102/2000, de 10 de abril, F. 3 ; 87/2000, de 27 de marzo, F. 4 ; 68/2001, de 17 de marzo, F. 2 ; 69/2001, de 17 de marzo, F. 5 ; 37/2003, de 25 de febrero, F. 4 , y 115/2006, de 24 de abril, F. 9), salvaguardando así la garantía de independencia e imparcialidad de los Jueces que conforma el interés directo preservado por aquel derecho y, de otra parte, que el órgano judicial llamado a conocer de un caso haya sido creado previamente por la norma jurídica, que ésta le haya dotado de jurisdicción y competencia con anterioridad al hecho que motiva su actuación y, finalmente, que por el régimen orgánico y procesal al que esté sometido no pueda calificarse como órgano especial o excepcional (SSTC 171/1999, de 27 de septiembre, F. 2 ; 35/2000, de 14 de febrero, F. 2 ; 102/2000, de 10 de abril, F. 3 ; 68/2001, de 17 de marzo, F. 2 ; 69/2001, de 17 de marzo, F. 5 ; 170/2002, de 30 de septiembre, F. 10 ; 37/2003, de 25 de febrero, F. 4).

Junto a ello, este Tribunal ha afirmado que las normas sobre *competencia* y, consecuentemente, la determinación del órgano judicial competente, son materias que conciernen exclusivamente a los Tribunales de la *jurisdicción ordinaria* (SSTC 171/1999, de 27 de septiembre, F. 2 ; 35/2000, de 14 de febrero, F. 2 , y 126/2000, de 16 de mayo, F. 4), de modo que al Tribunal Constitucional solamente le corresponde analizar si en el supuesto concreto la interpretación y aplicación de las normas competenciales se ha efectuado de un modo manifiestamente irrazonable o arbitrario (SSTC 136/1997, de 21 de julio, F. 3 ; 183/1999, de 11 de octubre, F. 2 , y 35/2000, 14 de febrero, F. 2).

Línea jurisprudencial reiterada sin solución de continuidad por el Tribunal Constitucional, entre otras muchas, en las SSTC 199/1987, de 16 de diciembre, F. 6 ; 55/1990, de 28 de marzo, F. 3 ; 6/1996, de 16 de enero, F. 2 ; 177/1996, de 11 de noviembre, F. 6 ; 193/1996, de 26 de noviembre, F. 1 ; 6/1997, de 13 de enero, F. 3 ; 64/1997, de 7 de abril, F. 2 ; 238/1998, de 15 de diciembre, F. 3 , y 170/2000, de 26 de junio, F. 2; AATC 42/1996, de 14 de febrero, 310/1996, de 28 de octubre, 175/1997, de 27 de octubre y 113/1999, de 28 de abril."

En este sentido cabe citar nuestra **STS 277/2003, de 26 de febrero**, citada por la más reciente STS 55/2007, de 23 de enero, nos dice que "esta Sala ha dicho que la discrepancia interpretativa sobre la normativa legal que distribuye la competencia entre órganos de la jurisdicción penal ordinaria no constituye infracción del derecho al juez predeterminado por la Ley" (STS núm. 1980/2001, de 25 de enero).

Así configurado el contenido del derecho al juez ordinario predeterminado, no cabe excluir su exigencia cuando se trata de un órgano jurisdiccional aunque éste intervenga en funciones de jurisdiccionalidad *poco intensa*. Como es el caso del Juez de Instrucción cuando no decide sobre cuestiones que afectan directamente a derechos fundamentales o sobre el denominado juicio de acusación, en los que su estatuto en nada puede desmerecer del propio del juez de enjuiciamiento.

4.- En nuestra STS de 2 de noviembre del 2007, recordábamos los criterios fijados con anterioridad sobre las consecuencias que pueden derivarse de la asunción de competencias luego reconocidas como no correspondientes.

Como decíamos en la STS. 619/2006 de 5.6, el principio de seguridad jurídica y el de necesidad de conservación de los actos procesales, art. 242 LOPJ, en los que no se haya observado la vulneración de normas esenciales del procedimiento que hayan ocasionado indefensión, inclinan a mantener la validez de los actos procesales, especialmente en casos, en los que ni siquiera se observa vulneración alguna de norma procesal, sino de una interpretación que tiene argumentos para sostener ambas posiciones (STS. 10.12.2003).

En esta dirección la **STS. 275/2004 de 5 de marzo**, en un supuesto en que se examinaba la actuación investigadora de un Juzgado de Instrucción por un delito de falsificación de moneda -competencia exclusiva Audiencia Nacional, art. 65.1 d), LOPJ - declaró que "Salvo que se trate de vulneración de algún derecho fundamental de orden sustantivo (STC 81/1998, fundamento de derecho 2º) las posibles deficiencias procesales sólo pueden tener incidencia en el juicio oral cuando determinen la nulidad, por su ilicitud, de alguna prueba determinada.

Y esto no ocurre cuanto se trata de casos de incompetencia territorial o asimilados", añadiendo que:

"En modo alguno cabe considerar nulas las actuaciones de un Juzgado de Instrucción ordinario respecto de la investigación de delitos competencia de la Audiencia Nacional. A todos los efectos, aunque sea la clase de delito lo que determina la competencia de los Juzgados Centrales de Instrucción (razón objetiva), para los que aquí estamos examinando el problema tiene la misma naturaleza que si se tratara exclusivamente de una cuestión de competencia territorial, en consideración a las atribuciones genéricas que para instruir tienen todos los Juzgados de Instrucción distribuidos a lo largo del territorio nacional.



Y en este sentido hay varias disposiciones de la LECr que dan supuesta la *validez de lo actuado por un juzgado* de esta clase *aunque carezca de competencia territorial*, (arts. 21.3, 22.2 y 24). Son válidas las actuaciones de todos aquellos respecto de los cuales se tramita una cuestión de competencia de esta clase".

Por tanto los efectos anulatorios de los arts. 11, 238.1 y 240 LOPJ *únicamente* se producirían en los casos en que las diligencias hubieran sido acordadas por un Juez de otro ámbito jurisdiccional, sin competencia objetiva para la investigación de delitos, lo que no ocurrió en el presente caso, en cuanto que, tanto funcional como objetivamente, el Juzgado de Córdoba que lleva a cabo las actuaciones está habilitado para ello, siendo aplicables el art. 22.2 LECr y art. 243.1 LOPJ, en orden al principio de conservación de los actos encaminados a la investigación de los delitos, sobre todo si tenemos en cuenta la habitualidad y frecuencia con que se inicia una causa ante el Juez de Instrucción ordinario, en cuyo conocimiento se ponen los hechos y luego, practicadas determinadas diligencias se remiten las actuaciones a la Audiencia Nacional.

La infracción procesal predicable de la instrucción por el Juzgado de El Puerto no rebasa la de falta de competencia territorial. Esto no acarrea la sanción de nulidad que el artículo 238 de la Ley Orgánica del Poder Judicial reserva para los casos de falta de competencia objetiva y funcional.

Al contrario, la propia Ley de Enjuiciamiento Criminal establece la subsistencia y validez de lo actuado por Instructores sin competencia territorial mientras se dilucida la correspondiente cuestión al efecto. *Menos aún cabe calificar dichas actuaciones como incursas en la ilicitud que, conforme al artículo 11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial impide la utilización de lo así sabido como medio de prueba*".

Y en nuestra **STS nº 39, de 1-2-2011**, se precisó que la cuestión de la *determinación del órgano competente* dentro de los Tribunales ordinarios, tanto para la *instrucción como* para el *enjuiciamiento*, carece de la relevancia constitucional que el recurrente le pretende dar, salvo en aquellos casos en que 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 sentencia 35/2000, del Tribunal Constitucional, de 14 de febrero. Como ya ha establecido esta Sala, la mera existencia de una discrepancia interpretativa sobre la normativa legal que distribuye la competencia entre órganos de la jurisdicción penal ordinaria, no constituye infracción del derecho fundamental al Juez ordinario predeterminado por la Ley. Las cuestiones de competencia tienen en el proceso penal ordinario su cauce adecuado de proposición con anterioridad a la celebración del juicio (declinatoria de jurisdicción, art. 666 de la LECr), y su propio sistema de recursos (STS 26-5-04). En modo alguno se vulnera el derecho al Juez predeterminado por la ley en cuanto está conociendo y va a *conocer un Tribunal ordinario, investido de jurisdicción y competencia* con anterioridad a los hechos (STS 26-3-01)."

Como establece la **STS de 25 de octubre de 2002**: "Las normas de reparto son disposiciones públicas, aunque de carácter interno que no tienen por finalidad establecer la competencia, lo que corresponde a las Leyes procesales, sino regular la distribución de trabajo entre órganos jurisdiccionales que tienen la misma competencia territorial, objetiva y funcional, por lo que la *eventual infracción* de las mismas *no* da lugar sin más exigencias a la vulneración de ningún *derecho fundamental* (STS núm. 917/2001, de 16 de mayo, STS núm. 1313/2000, de 21 de julio). Y el Tribunal Constitucional, por su parte, ha señalado, que, desde la STC 47/1983, ha quedado establecido que lo que exige el art. 24.2. CE, en cuanto consagra el derecho constitucional al juez ordinario predeterminado por la Ley, es que el órgano judicial haya sido creado previamente por la norma jurídica, que ésta le haya investido de jurisdicción y competencia con anterioridad al hecho motivador de la actuación o proceso judicial y que su régimen orgánico y procesal no permita calificarle de órgano especial o excepcional (SSTC 23/1986, de 14 de febrero, 148/1987, de 28 de septiembre, 138/1991, de 20 de junio, 307/1993, de 25 de octubre y 191/1996, de 26 de noviembre). Por ello, en principio, las normas de reparto de los asuntos entre diversos órganos judiciales de la misma jurisdicción y ámbito de competencia, no se refieren al mencionado derecho (STC núm. 170/2000, de 26 de junio).

Además, hay que tener en cuenta, como ha indicado esta Sala, en sentencias como la STS. 619/2006 de 5 de junio, que el principio de seguridad jurídica y el de necesidad de conservación de los actos procesales, art. 242 LOPJ, en los que no se haya observado la vulneración de normas esenciales del procedimiento que hayan ocasionado indefensión, inclinan a mantener la validez de los actos procesales, especialmente en casos como el presente, en el que ni siquiera se observa vulneración alguna de norma procesal (STS. 10.12.2003).

Y en la STS 1-7-2009, núm. 757/2009, dijimos que los *efectos anulatorios* de los arts. 11, 238.1 y 240 LOPJ *únicamente* se producirían en los casos en que las diligencias hubieran sido acordadas por un Juez de *otro ámbito* jurisdiccional, *sin competencia objetiva* para la investigación de delitos, lo que no ocurrió en el caso considerado; en cuanto que, tanto funcional como objetivamente, el Juzgado que llevó a cabo las actuaciones estaba habilitado para ello, siendo aplicables el art. 22.2 LECr y art. 243.1 LOPJ, en orden al principio de conservación de los actos encaminados a la investigación de los delitos. Y *menos aún* cabe calificar dichas



actuaciones como incursas en la *ilicitud* que, conforme al artículo 11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , impide la utilización de lo así obtenido como *medio de prueba* ."

Por su parte, la **STS nº 413/2013, de 10 de mayo** , precisa que "por lo que respecta a la denunciada vulneración del derecho al juez predeterminado por la Ley (art. 24.2 CE) la **jurisprudencia constitucional** -recuerda la STC 219/2009, 12 de diciembre - ha declarado, desde la STC 47/1983, de 31 de mayo , F. 2, que dicho derecho exige, fundamentalmente, que el órgano judicial haya sido creado por una norma legal invistiéndolo de jurisdicción y competencia con anterioridad al hecho motivador de la actuación o proceso judicial y que su régimen orgánico y procesal no permita calificarlo de órgano especial o excepcional (SSTC 48/2003, de 12 de marzo, F. 17 ; 32/2004, de 8 de marzo, F. 4 ; 60/2008, de 26 de mayo , F. 2). Constituye también doctrina reiterada de este Tribunal que las cuestiones relativas a la interpretación de las normas sobre atribución de competencias a los órganos jurisdiccionales son de *legalidad ordinaria* y ajenas, por tanto, al derecho al juez ordinario predeterminado por la Ley, *salvo* que esa interpretación suponga una manipulación manifiestamente arbitraria de las reglas legales sobre atribución de competencias (por todas, STC 115/2006, de 24 de abril , F. 9). *No puede confundirse* , por tanto, el contenido de este derecho fundamental con el derecho a que las normas sobre distribución de competencias entre los órganos jurisdiccionales se interpreten en un determinado sentido (entre muchas, SSTC 238/1998, de 15 de diciembre, F. 3 ; 49/1999, de 5 de abril, F. 2 ; 183/1999, de 11 de octubre, F. 2 ; 164/2008, de 15 de diciembre , F. 4)".

Y, sigue diciendo la sentencia citada de esta Sala, que: "De acuerdo con esta interpretación constitucional del contenido material del derecho que se dice vulnerado, hemos de insistir en que la simple *vulneración* de normas de competencia territorial *no genera, por sí sola*, el menoscabo del derecho al Juez predeterminado por la ley. *Ni* siquiera es causa de *nulidad* de los actos procesales, que conforme al art. 238.1 de la LOPJ , sólo se genera en los supuestos de falta de competencia objetiva o funcional. La defensa suma a su desacuerdo el hecho de que dos delitos que no presentan lazos de conexión entre sí hayan sido enjuiciados por la misma Audiencia Provincial. Sin embargo, obligado resulta insistir en que la *vulneración de las normas de conexión carece de la trascendencia* para derivar una infracción de alcance *constitucional* . La proclamación del art. 300 de la LECr , conforme al cual, cada delito dará lugar a un único proceso es compatible con la excepción representada por los delitos conexos a que se refiere el art. 17 de la LECr . Pero este último precepto a su vez, vuelve a excepcionar su contenido en el art. 762.6º, que permite *desconectar* lo que, en principio, aparece como susceptible de *conexión*. En él se tolera el enjuiciamiento de delitos conexos con independencia, autorizando al Juez instructor a formar las piezas separadas que resulten convenientes para simplificar y activar el procedimiento. Y por si fuera poco, el art. 988 de la LECr , en su párrafo 3º, al fijar las reglas para la refundición de condenas, parte de la hipótesis de que delitos conexos hayan sido enjuiciados con independencia y este hecho sea advertido cuando las sentencias dictadas sean ya firmes. En definitiva, las reglas de conexión procesal están al servicio de un enjuiciamiento más ágil y conveniente, orientado a evitar que hechos de similar naturaleza puedan tener como desenlace pronunciamientos contradictorios. Pero la inobservancia de esas reglas tiene, como regla general, un *alcance relativo* si se pretende enlazar su vigencia con dictados de relieve constitucional.

Y la **STS nº 290/2014, de 21 de marzo** , indica que "aunque admitiésemos como verdaderas las cábalas de la defensa, no podría hablarse en rigor de infracción del derecho al juez ordinario predeterminado por la ley:

a) Es la Audiencia Provincial la que finalmente ha enjuiciado los hechos. Ese derecho fundamental, no constitucionaliza todos los temas de competencia o reparto resueltos con arreglo a criterios legales. Menos aún cuando el órgano de enjuiciamiento no ha sido alterado.

b) La vulneración de las normas de reparto (que, como se dice, no ha existido) debiera haberse alegado con anterioridad (art. 68.4 y 4 LECivil). La relación con el derecho al juez ordinario de las normas de reparto de asuntos es muy marginal (vid. SSTS 39/2011 , 619/2006, de 5 de junio , 757/2009, de 1 de julio o 1045/2011, de 14 de octubre). *Todos los Jueces de Instrucción de la ciudad ostentaban competencia territorial, funcional y objetiva* para conocer de los hechos. Una asignación equivocada no podría tener mayor incidencia que la que comporta una hipotética falta de competencia territorial en la fase de instrucción: cuando es tardíamente puesta de manifiesto no ha de tener trascendencia alguna *si el enjuiciamiento es realizado por el órgano objetivamente competente* (ver STS 757/2009, de 1 de julio).

Ha declarado el Tribunal Constitucional que la *tramitación* por un órgano territorialmente *incompetente* en la fase de *instrucción no invalida* sus actuaciones; tan solo será necesario que la instrucción prosiga ante el órgano competente. Si es ya durante la fase intermedia cuando se decide la competencia en favor de otro territorio eso *no comporta retrotraer* las actuaciones aunque la fase de instrucción en su totalidad se haya llevado a cabo por un juez territorialmente incompetente. En la medida en que el *enjuiciamiento se verifica por un órgano competente e investido de imparcialidad , en nada queda afectado del derecho al "juez natural "*



por eventuales irregularidades en la instrucción salvo que se muestre que han condicionado, contaminado o influido en el enjuiciamiento en alguna forma indebida (vid. **STC 69/2001, de 17 de mayo**).

Todas estas consideraciones debieran ser matizadas en el caso de que efectivamente se detectase una espuria actuación policial tendente a elegir al juez. Pero *ni siquiera* esa injustificada hipótesis podría *sin más llevar a anular* el enjuiciamiento efectuado por el órgano jurisdiccionalmente competente y, sobre todo, ningún indicio apoya ese infundado reproche de la defensa, en todo caso amparado por la amplitud que debe conferirse al ejercicio del derecho de defensa".

5. Por tanto, los efectos expansivos que el Tribunal otorga a la pretendida vulneración del derecho constitucional, no se corresponden con la doctrina emanada del Alto Tribunal y de la Sala Segunda del Tribunal Supremo. No estamos ante un supuesto de aplicación de la doctrina de la conexión de antijuricidad.

El Tribunal no señala insuficiencia de indicios o de motivación para adoptar la medida de injerencia en el derecho al secreto de las comunicaciones en la resolución que amplió la investigación a los delitos objeto del presente procedimiento. Y tampoco señala que los restantes elementos de prueba reunidos en las actuaciones deriven de una prueba ilícita como efecto directo. En consecuencia, derivar como efecto de la infracción de normas de competencia ordinaria, en definitiva de normas de reparto, aunque lo niegue el órgano de enjuiciamiento, pues achaca al instructor no haber deducido testimonio y remitirlo al Decanato para su reparto, no puede conducir a declarar la nulidad de las pruebas practicadas y, en general, de la totalidad de la instrucción en la que no se advierte vulneración de derechos fundamentales.

SEGUNDO .- El art 851 LECr ., dice que "podrá interponerse el recurso de casación por la misma causa (quebrantamiento de forma): 1º.

Cuando en la *sentencia no se exprese clara y terminantemente cuáles son los hechos que se consideren probados*, o...2º.. Cuando en la sentencia sólo se exprese que los hechos alegados por las partes no se han probado, *sin hacer expresa relación de los que resultaren probados.*"

Pues bien, la sentencia de instancia tras realizar una relación de los antecedentes de hechos correspondientes al devenir procesal de la causa, omite toda referencia a los hechos declarados probados, pasando, sin solución de continuidad, a la fundamentación jurídica.

La jurisprudencia (SSTS 24/2010 de 1 de febrero y 643/2009, de 18 de junio entre otras) ha elaborado algunos parámetros interpretativos sobre tal motivo que son expuestos por la **STS 1-12-2013, nº 1028/2013** :

- a) En las resoluciones judiciales han de constar los hechos que se estimen enlazados con las cuestiones que hayan de resolverse en el fallo, con declaración expresa y terminante de los que se consideren acreditados.
- b) La sala es libre para redactar del modo que estime más acertado los acontecimientos que repute acreditados. Pero nada le exime de esa tarea esencial.
- c) El juzgador no tiene obligación de transcribir en sus fallos la totalidad de los hechos aducidos por las partes o consignados en las respectivas conclusiones; sino solo los acreditados.
- d) El vicio procesal existe no sólo cuando la carencia de hechos sea absoluta sino también cuando la sentencia se limita a declarar genéricamente que no están probados los hechos base de la acusación. Es necesario un relato en positivo. No basta una genérica negativa.

El art. 851.2 LECr sanciona, así pues, que la sentencia omita la *premisa mayor* de la labor de subsunción. Es *componente esencial* de una sentencia una descripción precisa, clara y terminante de los hechos que el Tribunal estima justificados de manera que proporcionen la base de la consiguiente calificación jurídica acerca de la tipicidad o atipicidad de los hechos relatados. La ausencia de toda narración *deja sin soporte fáctico* la decisión *y sin apoyo la capacidad de discutir* por vía de recurso la corrección del juicio jurídico. Cuando en los hechos probados se consignan los contenidos en las conclusiones definitivas de las acusaciones, añadiendo que no consta que los hechos se desarrollasen en esa forma, o precedidos de la fórmula "no ha quedado acreditado que..." la sentencia incurrirá en el defecto procesal analizado. No se pretende que la Sala refleje datos, extremos o acontecimientos cuya probanza no ha alcanzado cotas de acreditación suficiente para convencerla de su realidad. *Pero es preciso* fijar -aunque sean mínimos- los hechos que han sido probados a salvo los casos excepcionales y poco frecuentes (v.gr. nulidad de toda la actividad probatoria) en que nada puede reputarse acreditado. Es exigible y *está en la esencia del derecho a la tutela efectiva*, el deber del órgano judicial de exponer en términos positivos, con claridad y coherencia los hechos que se consideran probados. Constituyen la materia prima de una adecuada calificación jurídica, y en definitiva del pronunciamiento condenatorio o absolutorio.



La finalidad del legislador que introdujo este motivo por ley de 28-6-33 fue evitar que en las sentencias sólo se transcribieran los hechos alegados por las acusaciones y a continuación se añadiera "hechos que no han resultado probados". Por ello, el precepto exige una declaración positiva, que se establezcan los hechos que se declaran probados, sin perjuicio de que en tal caso, pueda añadirse una declaración negativa indicando cuáles no han sido probados".

Y la antes citada STS 643/2009 reitera que limitarse a copiar la narración acusatoria añadiendo "sin que haya sido suficientemente probada" es práctica irregular y censurable: "...consecuentemente como señala en STS 772/2001, de 8-5 ...el vicio casacional denunciado aparece en este caso de forma tan clara que, incluso la argumentación complementaria puede parecer superflua, una vez que es evidente que la sentencia recurrida ha eludido toda consignación de hechos probados. Sin embargo no hemos de renunciar -dado el aspecto pedagógico que la casación conlleva- a reseñar que esta Sala viene manteniendo la exigencia del relato de hechos probados para toda clase de sentencias, *incluidas las absolutorias*, al considerar como inadmisibles corruptelas las resoluciones de tal índole carentes de resultancia probatoria, sin que pueda suplirse esa omisión a través de datos fácticos contenidos en los fundamentos jurídicos.

Ni siquiera acudiendo al asumido expediente de la inadecuada ubicación de los elementos fácticos en la fundamentación jurídica es posible calificar de aceptable, la estructura silogística de la que es primera premisa el "factum" de toda sentencia dado que -según expresan las Sentencias de 19-10 y 4-12- 2000 - la citada irregularidad en la confección de la sentencia desborda el ámbito de la mera deficiencia formal para configurar una resolución judicial en la que por *prescindirse absolutamente de las normas esenciales del procedimiento* establecidas por la Ley que previene el art. 238.3º L.O.P.J., se sanciona con la *nulidad de plenos derecho* del acto judicial viciado de manera tan esencial, pues la radical e insubsanable omisión de los hechos probados que ordena el citado art. 142 LECr, no sólo constituye un quebrantamiento de forma regulado en el art. 851.1 de la Ley Procesal, sino que, además, deja huérfana de contenido la fundamentación jurídica de la sentencia que siempre debe venir referida al relato histórico de los hechos, como presupuesto básico que es de la subsunción y del fallo. De este modo, la redacción de los hechos probados de la combatida permite afirmar la inexistencia de la premisa primera y fundamental sobre la que ha de establecerse el silogismo judicial que la sentencia representa".

Y la **STS 1-12-2013, nº 1028/2013**, como la STS 24/2010 de 1 de febrero, en la línea de la STC 496/2012, de ocho de junio, subraya la conexión existente entre el vicio de casación del art. 851.2 LECr, con los efectos previstos en el art 901 bis a) LECr, y el **derecho a la tutela judicial efectiva** invocado en los motivos de casación que ahora examinamos.

TERCERO.- Como consecuencia de ello, y en contra del criterio expresado por los recurridos para los que la ausencia de hechos probados impide tanto revocar o casar, como anular otra sentencia, dada la única pretensión postulada, procede la *estimación* del motivo, con la declaración de nulidad de la sentencia, retro trayéndose las actuaciones a la fase de deliberación subsiguiente a la celebración del juicio, para que por los mismos magistrados que la dictaron, partiendo de la inexistencia de la violación constitucional declarada y de la consiguiente validez de las pruebas también anuladas, valorándolas racionalmente, se delibere y redacte una nueva sentencia con arreglo a Derecho. Y de modo que el tribunal de instancia, en su momento, deduzca testimonio, a los efectos penales oportunos, dado el empecinamiento del juez instructor en no desglosar actuaciones desconexas, omitiendo su remisión al Decano para su debido reparto.

CUARTO.- Por lo expuesto, procede la estimación del recurso por infracción de precepto constitucional, interpuesto por el Ministerio Fiscal contra la sentencia dictada con fecha 20 de junio de 2014 por la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Lugo, en causa Rollo número 4/14, seguida por delitos de **tráfico de influencias, prevaricación y falsedad documental**, declarando de oficio las **costas** correspondientes, de conformidad con lo dispuesto en el art 901 LECr.

III. FALLO

Debemos declarar y declaramos la **estimación** del recurso de casación interpuesto por el Ministerio Fiscal, por infracción de precepto constitucional, contra la sentencia dictada con fecha 20 de Junio de 2014 por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Lugo, en causa Rollo número 4/14 seguida por delitos de **tráfico de influencias, prevaricación y falsedad documental**, declarando de oficio las **costas** correspondientes.

Y en su virtud, se declara la **nulidad de la sentencia de instancia**, retro trayéndose las actuaciones a la fase de deliberación subsiguiente a la celebración del juicio, para que, por los mismos magistrados que la dictaron, partiendo de la inexistencia de la violación constitucional declarada y de la consiguiente validez de las pruebas también anuladas, valorándolas racionalmente, se delibere y redacte una nueva sentencia con arreglo a Derecho.



Comuníquese esta sentencia a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió, interesando acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos

D. Julián Sánchez Melgar D. José Ramón Soriano Soriano D. Francisco MonterdeFerrer

D. Luciano Varela Castro D^a. Ana María Ferrer García

VOTO PARTICULAR

VOTO PARTICULAR QUE EMITE EL EXCMO. SR. D. Luciano Varela Castro A LA SENTENCIA N^o 237/2015 DICTADA EN EL RECURSO DE CASACIÓN N^o 1811/2014.

PRIMERO.- Aún cuando, con todo el respeto exigible, discrepo del criterio de la mayoría en cuanto a las consecuencias, quiero manifestar, antes de cualquier otra consideración, que comparto la decisión de ordenar a la Audiencia Provincial que " **deduzca testimonio, a los efectos penales oportunos, dado el empecinamiento del juez instructor en no desglosar actuaciones desconexas, omitiendo su remisión al Decano para su debido reparto**".

Para lo uno -eventual actuación delictiva de la instructora- y para lo otro -efectos de ello- es necesario recordar siquiera brevemente, los siguientes antecedentes

1.- La sentencia de instancia parte de la premisa de que no constituye vulneración del derecho a juez legalmente predeterminado la asunción de competencia en el asunto por el Juzgado de instrucción que prescinde de las normas de reparto entre los de igual clase y circunscripción. La eventual ilegalidad restaba en el ámbito de la legislación ordinaria.

Pero se cuida de advertir que, en el caso origen de esta casación, la instructora dictó una resolución -auto de fecha 24 de marzo de 2008-, al ser enterada por los agentes policiales de que, en el curso de la intervención de comunicaciones telefónicas, ordenada en la causa que instruía sobre tráfico de drogas, apenas quince días después de iniciadas, se descubrió, como "hallazgo casual", información que estaría relacionada con la eventual comisión de otros comportamientos delictivos. El nuevo delito, según la sentencia aquí recurrida, *podría ser calificado de Cohecho, presunta infracción, ésta, a la que, desde luego, no se le advierte ni puede serle atribuida conexidad alguna (tal y como se señalaba en tal última resolución), con el delito de Tráfico de Drogas, que se venía investigando.*

Sin embargo en aquella resolución la instructora afirmaba que *"a la vista de que estamos ante un delito distinto, si bien cuya instrucción ha de llevarse a cabo dentro de la de referencia por conexidad, se entiende preciso dictar el presente auto de oficio"*.

La actuación procesal comenzó con las Diligencias Previas 748/2008 originadas por el atestado policial de 27 de febrero de 2008 dirigido al Juzgado de Guardia -el n^o 3- que asumió la competencia, sin remitir a reparto, pese a que los hechos relatados en éste se venían investigando desde años atrás. Tales diligencias se ordenaban a la investigación de un eventual tráfico de drogas por quien desempeñaba funciones de portero en el "Pub Fama".

La recepción, apenas quince días después, de nuevas noticias policiales sobre eventuales evitaciones de pago de multas mediante "procedimientos irregulares" no impidió la persistencia de la misma instructora en el conocimiento de todos los hechos so pretexto de conexidad. Ni que ampliara la intervención de comunicaciones telefónicas, ahora de sujetos diversos.

Y ello no obstante la reclamación del Ministerio Fiscal que instó al Juzgado la deducción de testimonio de particulares relativos al "hallazgo casual". Peticiones formuladas en 28 de mayo de 2008 y 30 de junio de 2008. Nada respondió la instructora.

Posteriormente, en 25 de noviembre de 2008, abrió las diligencias previas 5771/2008, transformadas finalmente, en octubre de 2012, en el abreviado 174/2012, y continuando con la asunción de competencia en las que recayó la sentencia aquí recurrida en casación.

En noviembre de 2011 se dedujo testimonio pero ya en relación a otras personas diversas de los aquí imputados que dio lugar a las diligencias previas 246/2012, luego abreviado 60/2012. Pero sin cejar en el empeño de tramitar la causa que culminó en la sentencia origen de esta casación.

SEGUNDO.- Conviene también recordar cual es la *doctrina constitucional sobre el derecho a la predeterminación, y también a la imparcialidad del juez.*



Es pacífica la que establece, como en la STC núm. 134/2010 de 2 diciembre, que este derecho exige que el órgano judicial haya sido creado por una norma legal invistiéndolo de jurisdicción y competencia con anterioridad al hecho motivador de la actuación o proceso judicial y que su régimen orgánico y procesal no permita calificarlo de órgano especial o excepcional. Habiendo también afirmado este Tribunal que las cuestiones relativas a la interpretación de las normas sobre atribución de competencias a los órganos jurisdiccionales son, en principio, cuestiones de legalidad ordinaria y ajenas, por tanto, al derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley.

Pero esa misma doctrina se cuida de advertir de una importante excepción: Y es aquel caso en el que esa interpretación suponga una **manipulación manifiestamente arbitraria** de las reglas legales sobre atribución de competencias. El contenido constitucional resulta alcanzado, solamente pero siempre, en los supuestos en los que la interpretación y aplicación de las normas competenciales se ha efectuado de un **modo manifiestamente irrazonable o arbitrario**. Como ocurre cuando no se trata de un deslinde y amojonamiento de distintos y colindantes ámbitos de actuación en hipótesis polémicas o en situaciones problemáticas, sino de extraer un asunto del conocimiento a quien le corresponde, atentando así directamente al gobierno de las leyes, que se sustituye por el puro arbitrio.

Por otra parte conviene también añadir, como hace la sentencia del TC 156/2007 de 2 de julio, que esa exigencia de preexistencia de unas pautas generales de atribución competencial, que permitan determinar, en cada supuesto, cuál es el Juzgado o Tribunal que ha de conocer del litigio, tiene como fundamento **salvaguardar así la garantía de independencia e imparcialidad** de los Jueces que conforma el **interés directo preservado por aquel derecho**.

La **imparcialidad** constituye, en efecto, no solamente una disposición constitucional de naturaleza orgánica (art 117 de la Constitución), y base de toda la construcción de la jurisdicción y el proceso, sino un derecho fundamental del sujeto de éste, ínsito en aquella fórmula del juez ordinario y predeterminado (art. 24 de la Constitución).

Como proclama con insistencia el TEDH la jurisprudencia de ese Tribunal permite distinguir dos tipos de situaciones susceptibles de denotar la falta de imparcialidad del Juez. Y, de ellas, el segundo tipo de situaciones es de orden personal y se refiere a la conducta de los jueces en un asunto. Desde un punto de vista objetivo, la misma conducta puede bastar para **fundar temores legítimos y objetivamente justificados**, como en el asunto Buscemi c Italia nº 29569/95, § 67, CEDH 1999-VI) pero también puede plantear problemas desde la perspectiva subjetiva (ver, por ejemplo, el asunto Lavents c. Letonia (58442/00, 28 de noviembre de 2002) al poner de manifiesto prejuicios personales por parte de los jueces. A este respecto, la respuesta a la cuestión de si ha de recurrirse a la vertiente objetiva, a la vertiente subjetiva o a las dos, depende de las circunstancias de la conducta en cuestión.

La imparcialidad, estimo por ello, exige una constatación de su dimensión subjetiva, es decir que quien ha de ejercer jurisdicción carezca de todo prejuicio o predisposición hacia un determinado resultado del proceso. Exige también, y no menos esencialmente, que aquella subjetiva neutralidad sea percibida, por quienes son parte, y por toda la sociedad, como inequívocamente concurrente. O, dicho de otra forma, exige que no existan muestras que legitimen como razonable la duda sobre la actitud de quien detenta la potestad jurisdiccional a favor de una respuesta o resolución diversa de la prevista en el Derecho.

Ciertamente, como recuerda la sentencia del TC 133/2014 22 de julio, *no basta con que las dudas o sospechas sobre la imparcialidad del Juez surjan en la mente de quien recusa, sino que es preciso determinar, caso a caso, si las mismas alcanzan una **consistencia tal que permita afirmar que se hallan objetiva y legítimamente justificadas*** (así, SSTC162/1999, de 27 de septiembre, FJ 5; 140/2004, de 13 de septiembre, FJ 4; 26/2007, de 12 de febrero, FJ 4; 60/2008, de 26 de mayo, FJ 3; y 47/2011, de 12 de abril, FJ 9).

TERCERO.- 1.- Partimos, a estos efectos, de la sentencia recurrida ante nosotros, que proclama que se " *advertierte con suma claridad que no existe conexidad alguna entre ambas presuntas infracciones*", y que de la diversidad, entre el hecho inicial y el que se integró en el objeto, se tuvieron posteriores constataciones en nuevos atestados (en 22 de abril y 8 de agosto de 2008) y que la obstinación en el error fue tal que ni siquiera se dio respuesta a reiteradas advertencias del Ministerio Fiscal.

El Tribunal de instancia concluye que se llevó a cabo una interpretación y aplicación de las normas competenciales **manifiestamente irrazonable** que da lugar, en expresión de aquella sentencia de instancia, a una situación que además de generadora de una clara inseguridad jurídica, *podría definirse de anarquía competencial y procesal*.

Es decir que, por lo que se refiere a la calificación de la decisión de la instructora, la sentencia afirma que resultaba claro que no existía atisbo de conexidad entre el hecho objeto de la causa que instruía y el hecho



descubierto casualmente en la misma, precisamente mediante la limitación de un derecho fundamental de secreto de las comunicaciones. Que la interpretación de la Jueza era manifiestamente irrazonable y que su comportamiento originó una situación de anarquía procesal.

2.- Así pues, cabe añadir ahora, la reiterada resolución de la instructora de la causa (Diligencias Previa 5571/2008 y PA 174/2012) va más allá de la mera infracción de legalidad ordinaria, y en ello discrepo de la consideración que hace la mayoría de este Tribunal al estimar el recurso del Ministerio Fiscal.

A mi entender el comportamiento de la Jueza de instrucción, cualquiera que fuera su rectitud interna, legitimaba la sospecha de que actuaba con parámetros alejados de los exigidos por la constitucional garantía de imparcialidad, a la que se oponen la ostentación de un interés en conocer de un asunto contra toda interpretación razonable y la sospechosa ausencia de respuesta alguna a la multiplicidad de advertencias de ilegalidad en su comportamiento.

Y ello aún prescindiendo de la naturaleza de asunto, que era de una trascendencia mediática sin duda superior a la del hecho objeto del proceso en el que venía entendiendo. Bastaría a esos efectos tener presente las condiciones de relevancia que afectaba a alguno de los investigados o la multiplicidad de sujetos sometidos a la nueva investigación.

CUARTO.- Establecido lo anterior debemos ahora entrar a examinar las consecuencias que debieron, en mi entender, llevar a una decisión distinta, tanto de la adoptada por la Audiencia Provincial -y en ese sentido creo debió estimar el recurso del Ministerio Fiscal- como de la adoptada por este Tribunal Supremo al resolver dicho recurso.

1.- En efecto, conviene recordar aquí la doctrina del TEDH en el denominado caso VERA FERNÁNDEZ-HUIDOBRO c. ESPAÑA (sentencia de 6 de Enero de 2010). En ese asunto se planteó cuales debían ser las consecuencias de la falta de imparcialidad constatada del Juez de Instrucción Central nº 5 que como tal había intervenido en la causa que culminó con la condena de aquel ciudadano.

Nuestro Tribunal Constitucional había establecido, entre otros particulares, que el Juez de Instrucción puede hallarse, al igual que el Juez sentenciador, en una particular **relación** con las partes y **con el objeto del proceso** susceptible de afectar negativamente a su ecuanimidad y rectitud de juicio.

Y es que, en la medida en que la instrucción **n criminal**, pese a su finalidad inquisitiva, **obliga a consignar todas las circunstancias que puedan influir en la calificación n de los hechos investigados, sean favorables o adversas al imputado**, faculta para adoptar medidas cautelares que pueden afectar a derechos fundamentales de la persona y debe respetar algunos principios (derecho de defensa, a conocer la imputación, de contradicción e igualdad entre las partes), se hace obligado que el instructor deba revestir las necesarias condiciones de neutralidad tanto en relación con las partes del proceso como sobre su objeto». (...)

Aunque el contenido de la garantía constitucional de imparcialidad del Juez de Instrucción, dada la configuración de nuestro sistema procesal, no sea idéntica a la que pueda predicarse del órgano de enjuiciamiento (pues habrá de ponerse en conexión con las resoluciones o determinaciones que concretamente haya adoptado en un determinado asunto), es también exigible a aquél en la medida en que en esta fase del proceso penal, tal y como viene diseñado en nuestras leyes procesales, ha de resolver las pretensiones que ante él se formulen sin prejuicios ni motivaciones ajenas a la recta aplicación del Derecho, y ha de tomar determinaciones que pueden afectar a los intereses o derechos fundamentales de las partes (así ocurre con los Autos de prisión o libertad provisional, de procesamiento, de sobreseimiento o de apertura del juicio oral en el procedimiento abreviado por ejemplo), sobre las cuales ha de exigirse la previa condición de que el Juez que las adopte aparezca tanto subjetiva como objetivamente neutral. (...)

Es de recordar que en aquel asunto, una vez que la causa instruida por el Instructor Central nº 5 pasó al Tribunal Supremo, fue designado por éste un Magistrado de su Sala de lo Penal para que realizase una nueva instrucción. El nuevo instructor designado por la Sala, el señor M., continuó la instrucción e **hizo repetir ante él todas las declaraciones** prestadas por las personas que implicaban a los señores Juan Ramón . y Marcelino ., incluida la de este último, en presencia de todas las partes y de los defensores respectivos.

Lo dicho pone en evidencia que la actividad desplegada por el Magistrado instructor de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, no se limitó a dar por reproducida la instrucción anterior, sino que supuso la realización de una nueva instrucción en la cual volvió a practicar la mayor parte de las diligencias sumariales (...)

Por tanto no es posible deducir, una pretensión de nulidad de la instrucción emprendida por el Magistrado mencionado del Tribunal Supremo derivada del hecho de que los actos procesales realizados por el titular del Juzgado Central de Instrucción núm. 5 de la Audiencia Nacional estuviesen, a su juicio, teñidos de parcialidad. (...).



En consecuencia, el Tribunal Constitucional desestimó el motivo de amparo fundado en la falta de imparcialidad, aunque un magistrado del Tribunal Constitucional formuló un voto particular.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos recuerda que, en repetidas ocasiones, ha considerado que las garantías del artículo 6 de la Convención europea se aplicaban al conjunto del proceso, incluidas las fases de investigación preliminar y de instrucción judicial (ver, particularmente, las sentencias 50, 21 006) en la medida en que su incumplimiento inicial tiene el riesgo de **comprometer gravemente el carácter equitativo del proceso**. No hay que olvidar que el Convenio tiene por objeto «proteger derechos no sólo teóricos o ilusorios, sino concretos y efectivos» (Airey c. Irlanda, 9 de octubre de 1979, § 24, serie A n32) y que la jurisprudencia del Tribunal no se desinteresa de las fases que se celebran antes del juicio oral. Así, el artículo 6 –especialmente su párrafo – puede ser relevante antes de que conozca el Juez sentenciador si, y en la medida en que, su incumplimiento en esa fase previa entraña el riesgo de comprometer gravemente la equidad del proceso (Imbrioscia, ya citada, § 36). Tal como ha señalado la jurisprudencia del Tribunal, el derecho enunciado en el párrafo 3 c) del artículo 6 constituye un elemento, entre otros, de la noción de proceso equitativo en materia penal a la que se refiere el párrafo 1 (Imbrioscia, ya citada, § 37, Brennan c. Re O, 27 de noviembre de 2008).

El TEDH insiste en que, en la medida en que **los actos llevados a cabo por el Juez de Instrucción influyen directa e inevitablemente sobre el desarrollo y, por tanto, sobre la equidad del procedimiento posterior incluido el proceso propiamente dicho**, el Tribunal considera que, aunque algunas de las garantías procesales contempladas por el artículo 6 § 1 del Convenio pueden no aplicarse en la fase de instrucción, las exigencias del derecho a un proceso equitativo en su sentido más amplio, implican necesariamente que el Juez de Instrucción sea imparcial (ver, mutatis mutandis, subrayado, por otro lado, la importancia de la fase de la investigación para la preparación del proceso, en la medida en que las pruebas obtenidas durante esta fase determinan el marco en el cual, la infracción imputada será examinada en el proceso e

Al efecto, **el Tribunal Europeo de Derecho Humanos considera que el derecho español exige además, que el Juez de Instrucción encargado de instruir, tanto en contra como en descargo del acusado, responda a criterios de imparcialidad** y resalta a este respecto, que el Tribunal Constitucional reconoció en su sentencia, que el Juez de Instrucción era por una parte el director de la instrucción, y por otra parte, Juez de garantías; la adopción por el Juez de Instrucción de ciertas medidas provisionales que afectan a los derechos fundamentales de la persona sometida a una instrucción penal, requiere que este Juez, como cualquier otro, sea objetiva y subjetivamente imparcial.

Teniendo en cuenta lo anterior, a la luz de las especificidades del derecho español al respecto y, particularmente, en lo que respecta a la exigencia de imparcialidad del Juez de Instrucción, **el Tribunal concluye que el artículo 6 § 1 es aplicable al procedimiento de instrucción**.

2.- Como dejamos expuesto en los anteriores fundamentos jurídicos, cabe tildar el comportamiento de la instructora de la causa, de la que procede este recurso de casación, de posiblemente delictivo, lo que dio lugar a la decisión de todo este Tribunal ordenando que se remita el testimonio de particulares al órgano competente.

Así pues, de acuerdo con la doctrina constitucional y derivada de la Convención europea sobre imparcialidad y derecho al juicio equitativo, aquel comportamiento debe dar lugar, no ya a una nulidad ordinaria, sino a la no utilizabilidad de medios de prueba a que se refiere el art 11 de la LOPJ, por haberse obtenido de fuentes de prueba con vulneración de esos derechos fundamentales.

La pregunta resulta ineludible: ¿puede alguien ser condenado en un juicio en que la instrucción se llevó a cabo con posible, aunque todavía no determinada, vulneración de preceptos penales por la Autoridad judicial que la asumió?

La pregunta produce evidente agobio. Porque mal podría soportarse ver condenado, no solamente al acusado, sino a quien contribuyó a su condena con la actividad investigadora determinante de la misma.

De ahí que, siguiendo la enseñanza del Tribunal Europeo en la causa antes invocada, mi voto fuera en el sentido, en primer lugar, de estimar el recurso del Ministerio Fiscal ya que las consecuencias de la vulneración denunciada no son inexorablemente determinantes de la absolución de los acusados. Y ello porque, como estableció el TEDH, y propongo en segundo lugar, cabía y cabe retrotraer las actuaciones a un momento anterior al de la vulneración de la garantía constitucional, es decir a la de la arbitraria asunción de competencia por la Sra Ilma. Instructora, remitiendo el asunto al debido reparto entre los Juzgados de Instrucción de Lugo, para el comienzo de ésta por juez competente imparcial.

Es pues en este sentido en el que, con pleno respeto a la decisión de la mayoría, emito mi particular voto: anulación de la sentencia de instancia y orden de retrotraer a la incoación el procedimiento para su tramitación por quien resulte competente en el oportuno reparto. Todo ello además de deducir testimonio de particulares



de los autos, que tiene a la vista la Audiencia, y su remisión al órgano competente para enjuiciar a quien actuó como Instructora de la causa

Luciano Varela Castro

PUBLICACION .- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D Francisco Monterde Ferrer, estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ