

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID
SALA DE LO CIVIL Y PENAL
MADRID

Rf.ª- PROCESOS PENALES 9/09
DILIGENCIAS PREVIAS 1/09

AUTO DE SOBRESEIMIENTO

En Madrid, a veinticuatro de enero de dos mil once.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Por D. Joaquín Fanjul de Antonio, Procurador de los Tribunales en nombre y representación de YOLANDA ESTRADA MADRID, debidamente acreditada en autos, se solicita sobreseimiento libre o subsidiariamente provisional.

SEGUNDO.- En el petitum del suplico de sobreseimiento se solicita literalmente:

"SUPLICO AL JUZGADO que teniendo por presentado este escrito, junto con los documentos que lo acompañan, se sirva admitirlo y de conformidad a su contenido acuerde el SOBRESEIMIENTO LIBRE DEL PROCEDIMIENTO respecto de Dª YOLANDA ESTRADA MADRID, o subsidiariamente acuerde el SOBRESEIMIENTO PROVISIONAL respecto de mi representada."

TERCERO.- La parte solicitante invoca que no existe indicio alguno que permita afirmar que se haya cometido o participado en los hechos delictivos que se le imputan y que son objeto de investigación en la presente instrucción.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- En el presente caso se solicita sobreseimiento libre en el encabezamiento del escrito.

Sin embargo, con buen criterio, en el petitum se solicita con carácter subsidiario sobreseimiento provisional.

SEGUNDO.- En el artículo 637 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se dispone:

"Procederá el sobreseimiento libre:

1º Cuando no existan indicios racionales de haberse perpetrado el hecho que hubiere dado motivo a la formación de la causa.

2º Cuando el hecho no sea constitutivo de delito.

3º Cuando aparezcan exentos de responsabilidad criminal los procesados como autores, cómplices o encubridores."

TERCERO. - De acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (STC 54/83 de 6 de mayo) debe diferenciarse el sobreseimiento libre del sobreseimiento provisional.

En efecto, para la jurisprudencia española, el sobreseído libremente ha de ser tenido por inocente a todos los efectos, como si hubiera mediado sentencia absolutoria. Dado su carácter definitivo, en contraste con el sobreseimiento provisional, sólo puede adoptarse tras profunda reflexión y, procediendo con tacto, prudencia y mesura, debiendo el Órgano jurisdiccional fundar, justificar y razonar -motivar- tal decisión (SSTC 297 y 314/94 y STS 17-5-90)(STS 2ª 24/04/2007 - 2122/2006).

En el presente caso, el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo, entienden que la inexistencia de indicios racionales de criminalidad, como situación contraria a la prevista en el art. 384, supone la primera causa de sobreseimiento libre, al haberse evidenciado a lo largo del sumario que no hubo nunca tales indicios (se precisó indebidamente) o bien, que si los hubo, elementos probatorios posteriores los desvirtuaron. Si ni siquiera hay sospechoso, nunca podrá haber culpable, bastando para ello con ausencia de indicios, no precisándose, por tanto, prueba de inexistencia del delito (STC 39/83, de 6-5). (STS 2ª 24/04/2007 - 2122/2006).

CUARTO. - El segundo motivo de sobreseimiento libre se concreta en que el hecho no sea constitutivo de delito. La doctrina jurisprudencial estima que este supuesto concurre cuando la conducta constituye falta o es claramente atípica, al no encajar en ningún precepto de la legislación penal lo que parece incuestionable puede, en cambio, resultar problemático como resolver la procedencia o improcedencia de sobreseimiento libre por esto mismo cuando existan dudas fundadas de atipicidad, si debe resolverse la duda en este momento procesal o abrir el juicio oral y resolverla en sentencia (STS 2ª 24/04/2007 -2122/2006).

QUINTO. - En este asunto no procede aplicar el sobreseimiento libre, sino el sobreseimiento provisional como se observará por la fundamentación que a continuación se recoge.

SEXTO.- Las causas de sobreseimiento libre recogidas en el art. 637 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, no son aplicables en este caso.

La propia representación de YOLANDA ESTRADA MADRID, reconoce, en parte, la improcedencia del sobreseimiento libre cuando, después de haber ejercitado la pretensión de sobreseimiento libre, en el suplico ejercita la pretensión de sobreseimiento provisional.

SÉPTIMO.- En este procedimiento se plantean varias cuestiones, unas dimanantes de la conducta de las partes y, otras, derivadas de la existencia de anónimos.

También incrementa la complejidad del procedimiento otro asunto urbanístico, que en principio no estaba recogido en su integridad en este proceso.

OCTAVO.- Se ha procurado recoger las diferentes imputaciones por separado y resolver sobre las mismas, razonando la motivación y tipificación, así como el hipotético carácter irreprochable, desde una perspectiva penal, de la conducta de la imputada en este procedimiento, sin perjuicio del proceso penal relativo al asunto "Arroyo de las Cárcavas".

NOVENO.- El sobreseimiento no puede ser libre porque, actualmente, no se cumplen los requisitos exigidos por el legislador y la jurisprudencia.

Por el contrario, el sobreseimiento puede ser declarado provisional por las razones apuntadas, ya que se cumplen los requisitos del art. 641 LECrim.

El artículo 641 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, dispone:

"Procederá el sobreseimiento provisional:

1º Cuando no resulte debidamente justificada la perpetración del delito que haya dado motivo a la formación de la causa.

2º Cuando resulte del sumario haberse cometido un delito y no haya motivos suficientes para acusar a determinada o determinadas personas como autores, cómplices o encubridores."

DÉCIMO.- El Auto de sobreseimiento provisional es aplicable cuando resulta haberse cometido un delito y no haya motivo suficiente para acusar a determinada o determinadas personas como autores, cómplices o encubridores.

El Auto firme de sobreseimiento provisional cierra el procedimiento concreto, en relación con la imputada YOLANDA ESTRADA MADRID, aunque puede ser dejado sin efecto, si se cumplen ciertas condiciones. Subsiste, en cambio, el

proceso penal relativo al Arroyo de las Cárcavas, del que conoce el Juzgado de Instrucción nº 3 de Pozuelo de Alarcón.

El sobreseimiento provisional, dictado por el Juez-Instructor, no produce eficacia de cosa juzgada material, de modo que las diligencias correspondientes pueden reabrirse en cualquier momento, por más que haya adquirido firmeza tal resolución al no haberse recurrido (STS Sala Segunda: 12-09-2005)

ÚNDECIMO.- La presunción de inocencia rige a lo largo de todo el proceso, por lo que tiene que ser aplicada siempre que no concurran pruebas suficientes para desvirtuar la misma.

DUODÉCIMO.- Debe tenerse en cuenta que la prevaricación de los funcionarios públicos presenta diferencias respecto a la prevaricación judicial.

La prevaricación de los funcionarios públicos exige que la autoridad o funcionario público, a sabiendas de su injusticia, dicte una resolución arbitraria en un asunto administrativo.

La prevaricación judicial supone diferencias con la prevaricación administrativa.

En el vigente Código Penal se han estructurado de diferente forma que el anterior Código Penal los diversos supuestos de prevaricación.

En el Código Penal de 1973 se encontraban comprendidos, compartiendo el mismo capítulo, el I del Título VII dentro de la rúbrica: "Delitos de los funcionarios en el ejercicio de sus cargos", tantos los supuestos referentes a la prevaricación judicial como a la efectuada por los funcionarios públicos.

En el vigente Código Penal, en el Título XX, se regulan los delitos contra la Administración de Justicia, recogiendo en su capítulo I exclusivamente los supuestos de prevaricación judicial, en los arts. 446 a 449.

El cambio no tiene un calado y alcance meramente sistemático y responde al reconocimiento constitucional del Poder Judicial como un poder del Estado.

De todo ello se deducen importantes consecuencias: a) La mayor gravedad de la prevaricación judicial sobre la del resto de los funcionarios, lo que se comprueba con la mayor severidad de las penas; b) Es preciso proceder cuidadosamente en el traslado de las exigencias que debe cumplir el hecho prevaricador, dado que los adjetivos

utilizados por la jurisprudencia han sido esencialmente forjados en relación con prevaricaciones de funcionarios.

Resulta necesario el recordatorio de no trasladar, "sic et simpliciter", aquellas exigencias de la prevaricación del funcionario a los casos de prevaricación judicial y a la inversa.

En materia de Derecho Penal Administrativo no pueden penalizarse todas las actuaciones administrativas convirtiéndose las infracciones administrativas, con generalidad, en delitos penales.

DECIOTERCERO.- Efectivamente, hasta este momento, no existen indicios de la comisión del delito de prevaricación administrativa, que exige dolo y no tiene configuración culposa.

La declaración de la coimputada FELISA ISABEL JORDÁN GONCET, referente a que, PABLO CRESPO SABARIS, le dijo en Pozuelo de Alarcón que contactara con YOLANDA ESTRADA MADRID porque la iba a atender, no constituye, por sí sola, un delito.

El hecho de asistir a una reunión para la presentación de un proyecto postulado por FELISA ISABEL JORDÁN GONCET, no realizándose por YOLANDA ESTRADA MADRID ningún encargo, ni ningún contrato en su condición de Concejal, no conduce a tipificar una conducta de YOLANDA ESTRADA MADRID como delictiva.

DECIMOCUARTO.- Tampoco la suscripción de tres facturas correspondientes a actos de comunicación relacionados con el plan de asfaltado del año 2004 como para la compra de mobiliario, son constitutivos, por sí solos, de delito de prevaricación.

La representación de la imputada argumenta que:

"Las tres facturas, al igual que todas las demás suscritas por otros concejales del Municipio, se emitían por encargos que realizaba el Gabinete de Comunicación de la Alcaldía, nunca por el concejal que firma la factura, aunque, por motivos contables, dado que cada concejalía tenía asignada una partida para gastos en publicidad y comunicación la factura, debía ser suscrita por el Concejal responsable del área para la que se realizaba el trabajo de publicidad o comunicación.

Esto significa que los encargos siempre eran realizados por el Gabinete de Comunicación, pues esa era su función, sin que el Concejal, en el caso que nos ocupa D^a Yolanda Estrada, decidiese la empresa a la que se realizaba el encargo, ni tuviese contacto alguno con la misma. Los concejales NO ADOPTABAN LA RESOLUCION DE ADJUDICAR A ESTA U OTRA EMPRESA EL CONCRETO ENCARGO, POR LO QUE NO ES POSIBLE HABLAR DE UNA RESOLUCION ARBITRARIA A SABIENDAS. En ausencia de su elemento típico central, es imposible hablar de un delito de prevaricación."

Es cierto que la prevaricación exige, en la mayoría de los supuestos, la resolución expresa.

Aunque puede producirse prevaricación por vía de informe, sobre todo en materia urbanística, por lo que no puede excluirse que se cometa prevaricación a través de informes.

El mero hecho de participar en una Mesa de contratación del Ayuntamiento, presidida por el Concejal de Hacienda, siendo mera vocal en la misma, tampoco puede conducir, prima facie, a un comportamiento punible.

La Administración pública constituye un complejo orgánico, integrado en el Poder Ejecutivo, que está sometido a los principios de legalidad administrativa, de responsabilidad, así como al imperio del Derecho, sin que resulte lícito, ni ajustado a Derecho, convertir el procedimiento administrativo en proceso penal cada vez que se cometen infracciones meramente administrativas.

La defensa de la imputada argumenta a este respecto:

"Resulta, por tanto, evidente que D^a Yolanda Estrada no cometió ilícito alguno, pues:

- Se limitó a seguir el procedimiento legalmente establecido,
- Adoptando siempre el criterio basado en valoraciones objetivas y técnicas que manifestaban los arquitectos e ingenieros municipales.
- Carecía, desde un punto de vista fáctico, de dominio o capacidad de decisión en el proceso de adjudicación, pues
 - Ni fijaba los criterios técnicos ni requisitos que debían reunir los licitadores para concurrir.
 - Ni presidía la Mesa de Contratación,
 - Ni informaba sobre cuál era el mejor proyecto técnicamente,
 - Ni suscribía el contrato con el adjudicatario final.

En resumen: la conducta de mi representada es idéntica a la de todos los concejales que participaban en la Mesa y la Junta. No existe indicio adicional que lleve a valorar el comportamiento de mi representada de un modo distinto que el de todos sus compañeros, por lo que si ellos no deben ser imputados, tampoco debe serlo mi representada.

La función de D^a Yolanda Estrada como Concejal de Obras se circunscribía a la tramitación de los expedientes y a la coordinación y supervisión de las obras que se llevaban a cabo en el Municipio una vez iniciadas, no teniendo capacidad decisoria en la adjudicación de las obras.

En cuanto a las modificaciones del proyecto de obras a del contrato que pudieran producirse en una obra ya iniciada, su resolución correspondía a los Concejales de Urbanismo y Hacienda, respectivamente (quienes, además, lo hacían únicamente a petición de los Técnicos Municipales mediante

informe motivado, y tras la tramitación de un estricto procedimiento administrativo fijado en la Ley controlado, supervisado y sancionado por la Intervención Municipal); todo ello lo prueban los expedientes administrativos."

DECIMOQUINTO.- En lo tocante a la imputación relativa con la empresa Constructora Hispánica, la defensa de D^a Yolanda Estrada Madrid, hace constar literalmente:

"... Supuestamente, y según la versión que se investiga, la constructora "Hispánica" habría pagado a Francisco Correa para que, utilizando su influencia y relación con cargos Públicos del Ayuntamiento de Pozuelo de Alarcón, le concediesen ilícitamente obras. Y lo cierto es que, precisamente en la operación asfalto 2004, por la que se preguntó a mi mandante, además de ser convocada y adjudicada siguiendo escrupulosamente las totalidad de la normativa vigente -debe destacarse que concurrieron casi una veintena de licitadores, lo que es muy superior a un concurso normal, prueba de la absoluta transparencia con la que se realizó el concurso-, la citada Constructora "Hispánica" concurrió como licitadora pero NO OBTUVO LA CONCESION"

Si bien no puede reducirse el delito de prevaricación a la resolución administrativa expresa y pueden cometerse delitos de prevaricación en supuestos urbanísticos y contra el medio ambiente -aunque los informes o dictámenes no constituyan, en sentido estricto, resoluciones expresas- de los antecedentes obrantes en autos no se deduce la comisión de delito de prevaricación dolosa.

DECIMOSEXTA.- También argumenta la imputada D^a Yolanda Estrada Madrid la ausencia total de indicios de la comisión de un delito de cohecho, invocando absoluta intrascendencia penal de su conducta.

La defensa de la imputada argumenta:

"Los únicos regalos percibidos por D^a Yolanda Estrada de las empresas objeto de investigación, tal y como exhibió ante el Ilmo. Instructor al que me dirijo, fueron detalles recibidos en tres navidades distintas: unos turrónes, un albornoz y una ensaladera metálica (de metal no precioso). Regalos que fueron realizados a docenas de personas del Ayuntamiento, incluyendo personal administrativo, y cuyo valor económico es absolutamente irrelevante.

No consta en la causa, a diferencia de otros imputados, ni una sola prueba ni indicio de que la trama empresarial que está siendo investigada realizase ningún regalo a D^a Yolanda Estrada Madrid (aparte de los meros regalos socialmente adecuados de Navidad, de ínfimo valor económico ya referidos), pues:

- ningún imputado ni testigo ha afirmado que se le hicieran otros regalos (las declaraciones de Felisa Isabel Jordán no afirman otra cosa, sólo habla en genérico de que se le hicieron regalos de empresa que se remitían a multitud de personas),

- ni el nombre de Yolanda Estrada aparece en la, aparentemente minuciosa, relación de pagos que las empresas investigadas realizaron a terceras personas, incluidos cargos públicos.

Este último extremo es de la máxima importancia. Sin entrar a discutir el valor probatorio que puedan tener las citadas contabilidades "B" aprehendidas en la investigación de la causa, es obvio que si figurar en las mismas sirve como indicio para la imputación delictiva a terceras personas, el hecho de que mi representada no figure en ninguna parte en la citada contabilidad, evidencia la no percepción de cantidad o bien alguno en ningún concepto, ni lícito ni ilícito: sencillamente D^a Yolanda Estrada no ha recibido nunca nada de las empresas ni personas objeto de investigación. ES INVEROSÍMIL SOSTENER QUE LA TRAMA RECOGÍA CONTABLEMENTE TODOS LOS PAGOS ILÍCITOS REALIZADOS A POLÍTICOS Y FUNCIONARIOS... SALVO LOS HECHOS A D' YOLANDA ESTRADA. La conclusión natural es afirmar que no está incluida entre esos pagos ilícitos.

Y, aunque sea obvio, debe insistirse en que recibir en Navidad dulces navideños(!), un albornoz o una ensaladera metálica (uno de esos regalos cada navidad) NO PUEDE SER CONSTITUTIVO DE COHECHO PASIVO BAJO NINGÚN CONCEPTO.

- Se trata de CORTESÍAS SOCIALES LEGALES, expresamente recogidas en el art. 54.6 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público. Este precepto ordena rechazar cualquier "regalo, favor o servicio en condiciones ventajosas que vaya más allá de los usos habituales, sociales y de cortesía". Sólo ignorando los usos sociales en los países occidentales puede sostenerse que admitir en Navidad el obsequio de dulces navideños o una ensaladera metálica vaya más allá de los usos habituales, sociales y de cortesía. Siendo la aceptación de esa cortesía lícita por expresa disposición legal, no puede ser considerada una conducta ni formal ni materialmente antijurídica."

En relación con la compra del vehículo BMW X3 la imputada sostiene su presunción de inocencia, y la ausencia de indicios, en los siguientes términos:

"Finalmente, debemos referirnos, y aunque ello suponga una inversión de la carga probatoria en un procedimiento penal, al vehículo BMW X3 propiedad de mi representada, adquirido en octubre de 2006. Y afirmamos que estamos ante una inaceptable inversión de la carga probatoria que vulnera a todas luces el principio de presunción de inocencia, porque el Ministerio Fiscal, sin que exista no ya ninguna prueba de ningún tipo, sino ni siquiera un indicio remoto o indirecto, pretende vincular la adquisición de dicho vehículo a los hechos objeto de investigación. Basándose sólo en que mi representada es propietaria de un coche, y sin que se le impute ningún delito de blanqueo u otros similares (consistentes en disfrazar el origen de unos bienes), la Fiscalía pretende que demuestre cuál es el origen de su patrimonio.

No es aceptable, por ser más propio de procesos kafkianos que de un procedimiento garantista, como el que establece nuestro ordenamiento, el que sin existir ni una sola conexión con los hechos que se investigan, se exija a una persona que justifique la procedencia de todo o parte de su patrimonio. Sin embargo, y por la dolorosa situación en la que se encuentra, imputada sin haber cometido delito alguno,

mi representada se ha sometido a esta situación fáctica y ha explicado cumplidamente el origen de este patrimonio.

- D^a Yolanda Estrada ya explicó la total licitud de la procedencia del vehículo que fue adquirido por su difunto padre y puesto a su nombre.
- También hubo de explicar mi mandante, en un ejercicio de revelación de detalles de su vida íntima y familiar que nada tienen que ver con este proceso, que tras su separación su padre D. Eduardo Estrada Sanchís, que convivía con ella, retiró en efectivo el dinero que restaba a mi mandante en sus cuentas tras el acuerdo patrimonial con su hoy ex-marido, (unos 60.000 euros), y desde entonces le administró el dinero, siendo su padre quien se encargaba de los pagos y gestión del hogar.
- Fue su padre quien con ese dinero decidió comprar el coche a D^a Yolanda Estrada, pasando el vehículo Toyota Yaris que hasta entonces utilizaba la Sra. Estrada a uso y disfrute de su hermana. No hay ni una sola prueba en el procedimiento que permita pensar, si quiera de forma indiciaria, que el vehículo pudo ser un pago o un presente ilícito realizado por la trama empresarial investigada.

Se acompaña como documento nº 1 copia del recibo de fecha 6 de octubre de 2006 expedido por D. Agustín Ramos Álvarez, en nombre de la sociedad vendedora Activa Desarrollo, S.L. por importe de 38.000 euros.

Don Juan Manuel Morentes, por entonces comercial de Activa Desarrollo S.L., recuerda perfectamente que fue quien negoció y gestionó la venta con el difunto D. Eduardo Estrada Sanchís en octubre de 2006. También recuerda perfectamente que la Policía Judicial ya acudió en su día a Activa Desarrollo S.L. a preguntar todos estos datos, que le confirmó D. Agustín Ramos Álvarez, por lo que necesariamente tienen que constar en la Instrucción, ya que no es imaginable que alguien haya impedido que se reflejen en ella.

A mayor abundamiento, debernos referirnos a que los indicios que maneja la acusación en relación contra otros imputados, o más bien la ausencia de indicios respecto a D^a Yolanda Estrada, prueban que no hay relación alguna entre el grupo empresarial investigado y la adquisición del vehículo:

- no hay (ni puede haber) facturas ni recibos en poder del grupo del Sr. Correa,
- ni hay -ni puede haber- ningún testimonio que permita inferir, ni siquiera sospechar, que el vehículo pudo ser un regalo realizado a mi mandante en atención a su cargo.
- ni anotación alguna en la contabilidad 'B' de un pago a mi mandante que pudiera corresponderse con la adquisición de dicho vehículo.

De nuevo: sostener lo contrario significa entender que dicho grupo empresarial registraba todos los regalos que hacía... SALVO ESTE. Incluir a D^a Yolanda Estrada en el grupo de los imputados por cohecho, cuando sobre ella no pesan ningún indicio como los que sí pesan sobre los demás por figurar en estas listas, facturas por cantidades recibidas, grabaciones, contabilidades "B", etc., es un auténtico despropósito jurídico."

DECIMOSEPTIMO.- El Ministerio Fiscal emite informe del tenor literal siguiente:

"El Fiscal, despachando el trámite conferido por Providencia de 22 de enero de 2010 por la que se da traslado del escrito de la representación de Yolanda Estrada Madrid en el que se interesa el sobreseimiento y archivo de las actuaciones respecto de la misma, comparece por el presente escrito y SE OPONE al mismo con base en los siguientes MOTIVOS:

PRIMERO-. Se solicita el sobreseimiento de las actuaciones por entender que no concurren en la causa indicios de la comisión de los delitos que se imputan a Yolanda Estrada Madrid. En particular, respecto del delito de prevaricación se niega que la imputada dictara resolución alguna y en relación con el delito de cohecho se afirma haber acreditado el origen de los fondos con los que se abonó el vehículo adquirido en el año 2006.

Sin embargo, consta en las diligencias previas la intervención de la imputada en el expediente 3712004 referido a la operación Asfalto 2004 del Ayuntamiento de Pozuelo de Alarcón no sólo emitiendo informes o formulando propuestas sino, asimismo, participando en la adopción de distintos acuerdos. En cuanto a la regularidad del citado expediente, se ha elaborado informe por la unidad de auxilio judicial de la IGAE en el que se ponen de manifiesto distintas incorrecciones en el procedimiento.

Tampoco comparte el Fiscal la afirmación relativa a la acreditación de la procedencia del efectivo con el que se pagó el BMW adquirido por Yolanda Estrada en el año 2006. Únicamente se han aportado extractos bancarios que acreditan que en el año 2004 se ingresó una determinada cantidad de dinero en la cuenta de Yolanda Estrada y que fue retirada en el mismo ejercicio de la citada cuenta. Ninguna explicación coherente ni documentación se ha aportado sobre el destino o localización de esos fondos desde el año 2004 hasta la fecha de adquisición del vehículo (octubre de 2006)."

DECIMOCTAVO.- En cuanto al caso de las supuestas irregularidades en las obras del Arroyo de las Cárcavas y al expediente de contratación de unas obras de acondicionamiento, constituye una cuestión cuya competencia, en principio, corresponde al Juzgado nº 3 de Pozuelo de Alarcón.

El asunto no puede ser objeto de conocimiento simultáneo por el Juzgado nº 3 de Pozuelo de Alarcón y por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, por lo que corresponde conocer la competencia del Juzgado nº 3 de Pozuelo de Alarcón, ya que rige el principio de "non bis in idem", recogido por la jurisprudencia constitucional, así como la regla normativa de la prohibición de dividir la contienda de la causa.

DECIMONOVENO.- Por el Ministerio Fiscal se emite informe, de 30 de noviembre de 2010, que evidencia que por el Juzgado de Instrucción nº 3 de Pozuelo de

Alarcón se conoce de supuesta actuación delictiva en relación con la contratación de las obras de Arroyo de las Cárcavas de Pozuelo de Alarcón.

El informe del Ministerio Fiscal, de 30 de noviembre de 2010, con fecha de registro de 3 de diciembre de 2010, dice literalmente:

"La citada providencia da traslado de escrito de la representación de Yolanda Estrada Madrid solicitando el sobreseimiento de las actuaciones. Se basa en la existencia de otro procedimiento penal por los hechos relativos al expediente de Arroyo de las Cárcavas, lo que deja vacía de contenido la imputación de Yolanda Estrada. Al mismo tiempo censura la actuación de las acusaciones populares que interrogaron sobre el citado expediente a la imputada, toda vez que conocían que es objeto de otro proceso penal.

El Fiscal reproduce cuanto expuso con ocasión de anterior trámite con la misma solicitud, en informe remitido el 18 de febrero de 2010, toda vez que los hechos que se investigan en el presente proceso y que afectan a Yolanda Estrada son otros, incluidos en el conjunto de información que está examinando la Intervención General del Estado.

Esto no obstante, en la declaración que invoca la solicitante, de 16/9/10, se pusieron de manifiesto determinados acontecimientos respecto del expediente de Arroyo de las Cárcavas, así como el nº de Diligencias. Ello motivo la petición de exhorto a los Juzgado de Pozuelo, al objeto de comprobar la existencia del invocado proceso penal anterior. El escrito de la Fiscalía, de 17/9/10, dio lugar a un exhorto que ha sido recientemente contestado. El Juzgado de Instrucción nº 3 de Pozuelo ha contestado al exhorto que existen unas Diligencias Previas (2400/2008) por delitos relativos a la contratación de las obras de Arroyo de las Cárcavas en Pozuelo de Alarcón (Diligencia de 7/10/10).

En las actuales Diligencias DP 1/09 existen determinados informes y actuaciones que podrían ser relevantes a los efectos de la investigación que se está llevando a cabo en el Juzgado de Instrucción nº 3 de Pozuelo de Alarcón.

Por lo expuesto, procede remitir al Juzgado de Instrucción nº 3 de Pozuelo, para su unión a las Diligencias Previas nº 2400/2008, testimonio de los siguientes particulares de las presentes Diligencias:

- Oficio 1.757/10 con informe de 11 de enero de 2010.
- Oficio 22.506/09 UDEF.
- Oficio UDEF 71.256/09 de 17 de julio de 2009
- Oficio UDEF 70749/10 de 14 de julio.
- Declaración prestada por Yolanda Estrada Madrid el 16 de septiembre de 2010."

VIGESIMO.- La Sentencia del Tribunal Supremo 1881/2000, de 7 de diciembre, niega la condición de prueba de cargo a una denuncia anónima, declarando que "es cierto que en el

caso actual la Sala Sentenciadora se refiere adicionalmente a una denuncia anónima que identificaba al acusado como coautor del robo, señalando que "el anónimo denunciante no se equivocó" al asegurar el lugar dónde se encontraban los robados, como tampoco al afirmar quiénes habían sido sus autores"; pero lo cierto es que una denuncia "anónima", sin perjuicio de que pueda servir de base lícita para iniciar las investigaciones necesarias para constatar la eventual veracidad de lo denunciado.

No puede tener, por su propia naturaleza, efectividad alguna como prueba de cargo (Sentencia del Tribunal Supremo 26 de septiembre de 1997, número 1149/1997)".

En el Derecho Histórico las denuncias anónimas o secretas en otra forma (fuentes de calumnia y otras falsedades) se admitía generalmente en la práctica con la ilusión de facilitar así el descubrimiento de los delitos y de los culpables. Surgió muy pronto por ello la costumbre de aprontar medios a propósito para recibir tales denuncias, estableciendo en determinados lugares gavetas o buzones idóneos (bocas de león, bocas de la verdad). Ya en 1284, en Pistoia, el Breve de la Comunidad de los panaderos (II, 125) habla "de una casa lignea fienda et tenenda pro denuntiationibus et querelis in secreto mittendis". En el Palacio Ducal de Venecia pueden verse aún las bocas de la verdad destinadas a aquel oficio. También en Florencia estuvo esto en vigor desde el siglo XIV (tamburazione, tamburación o acción de meter la denuncia en el tambor). Pero no se ha de creer que el uso admitido en la práctica, y a veces aprobado también en las leyes, no fuera reprobado por jurisconsultos y hasta por alguna que otra magistratura, aun en la época más despreocupada políticamente, y que la reprobación, que ya se encuentra en el Derecho romano, sea una novedad debida a los filósofos y a los políticos del siglo XVIII.

El historiador Tácito (Vida de Trajano LXII), ponía de relieve que "sin actor del libelo propuesto, ningún crimen debe ser juzgado, pues resulta de pésimo ejemplo y no propio de nuestro siglo.

Farinaccio en el siglo XVI, en su obra *Consiliorum Criminalium* (Cons. LXXXVI, n 54), escribía de conformidad con la más acreditada doctrina de su tiempo el proceso secreto del denunciante está reprobado por el Derecho y hacen mal los jueces en recibir denuncias anónimas de las que se siguen mil indebidas y calumniosas vejaciones.

En el Reino de Nápoles, el rey Carlos de Borbón prohibió por rescripto de 9 de enero de 1745 recibir denuncias anónimas.

También el precitado Rey acordó por rescriptos de 31 de octubre y 5 de diciembre de 1750, la confirmación solemne ante el Magistrado.

El Rey Fernando dictó disposiciones análogas. El decreto de 28 de septiembre de 1822, dispuso en su art. 7:

"Esta expresamente prohibido a todas las autoridades judiciales y administrativas recibir y dar curso a las denuncias anónimas, excepto únicamente los casos de flagrancia y de hecho permanente en los términos del art. 28 de nuestras leyes de procedimiento en los juicios penales". Este artículo 28 disponía: "No se puede recibir ninguna relación o denuncia anónima sino en el caso de flagrancia actual, aunque de hecho

transitorio, o en el caso de hecho permanente. En los casos antedichos, verificada primeramente la flagrancia o el hecho permanente, se puede descender a la instrucción ulterior”.

En Italia las denuncias anónimas subsistieron coincidiendo el procedimiento inquisitivo con un fortalecimiento de las denuncias secretas, aunque recibiendo importantes críticas en este sentido por parte de la doctrina. Así, D. Riva con estilo retórico aunque directo pone de relieve en su obra:

“Analisi ragionata del proceso penale (secondo il código di procedura penale per il Regno Italico del 1807), Bologna, 1812, vol.I, pag. 271 y sigtes). Un voto me queda aún por ver satisfecho. En no pocas ciudades de Italia, pero especialmente en los antiguos Estados Vénetos y en los antiguos Estado Pontificios existen aún monumentos que recuerdan el tiránico abuso de las acusaciones secretas y se ven todavía junto a los tribunales, etc. Son éstos bocas abiertas de par en par sobre las que aparece grabado en grandes caracteres: Aquí se reciben las denuncias secretas. ¡Oh, cuánto aplaudiría la humanidad si ..., se condenara a estos monumentos a ser triturados, machacados y esparcidos al viento! Todo lo que he dicho sobre las acusaciones anónimas, las cuales incluso presentan caracteres más negros y más fatales. Pensando que Italia toleró hasta ahora esta práctica, no puedo menos que convencerme de que, por desgracia, las naciones por nosotros llamadas bárbaras, dan a veces lecciones de moralidad a las naciones civilizadas: Los tártaros aborrecen tanto la traición, que graban sus nombres en las flechas, para que sepa el ofendido, cuál fue la mano que las lanzó”.

La Ilustración se enfrentó contra las denuncias anónimas. Precisamente, la batalla de la Ilustración contra el proceso inquisitivo se nutría en el secreto en el que se recogía y reservaba la prueba, en la ceguera impuesta al acusado frente al material de cargo, que, a su vez, en muchos casos, hallaba su punto de inicio en una denuncia anónima. Esta conjunción entre denuncia anónima (delación) y material probatorio aparece manifiesta en el capítulo X de “De los delitos y de las penas” de Beccaria. Y el repudio que la legislación del despotismo ilustrado mostraba contra la delación y su anonimato.

Ni siquiera en la odiosa Inquisición de Estado de Venecia la denuncia anónima desataba por sí sola un proceso, sino que era necesaria una investigación previa “mediante espías” (hoy diríamos encubierta) para comprobar su seriedad (v. Giuseppe Maranini, La Contituzione di Venecia, Nuova Italia Editrice, vol. II, pág. 486).

Resulta sintomático que Montesquieu mencione el tema de las bocas o buzones de la verdad para explicar su utilidad en los regímenes aristocráticos, como el veneciano (El Espíritu de las Leyes, Libro V, cap. VIII) y que considere que la institución del Ministerio Público elimina la necesidad de la delación (ibid, Libro VII, cap. VIII).

La delación formaba parte de la información oculta que, en el sistema inquisitorial, era el primer paso del procedimiento llevado a cabo ante la obligada ignorancia del imputado (v. Esmein, Historie de la Procedure Criminelle en France, Paris, 1882, pág. 136).

Los Ordenamientos Procesales modernos incorporaron varias figuras jurídicas derivadas de las denuncias anónimas como el agente encubierto, la denuncia con reserva de identidad y el testigo de identidad reservada.

Los legisladores modernos tratan de evitar el temor de denunciar, al tiempo que propician la delación de los ilícitos, estableciendo la posibilidad y la denuncia con reserva de identidad.

El Derecho al proceso debido, legalmente establecido, constituye una exigencia de nuestros tiempos.

Concitan nuestro especial interés, aunque con las diferencias de su naturaleza que destacaremos, además de la denuncia anónima, el testimonio de identidad reservada y la denuncia con reserva de identidad, en cuanto a la constitucionalidad de su utilización como prueba en el proceso penal.

Un adecuado análisis de estas instituciones con tal objeto, nos impone la necesidad de partir del prisma constitucional (Constitución y Tratados incorporados a esta), descendiendo a los conceptos de defensa en juicio y debido a proceso, de allí derivados, y a las particulares características de la prueba testimonial, para, finalmente, introducirnos en la consideración de las referidas figuras a la luz de estas garantías constitucionales y procesales.

Así, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en un todo conteste con lo anterior, en su art. 14, ap. 3, inc. e), prescribe que "Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: ...A interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo".-

No resulta preciso abundar, por la contundencia propia de las previsiones normativas señaladas, que el derecho de defensa en juicio, la garantía del debido proceso, la plena igualdad de las partes (especialmente del imputado), la controversia probatoria y su control por parte del imputado y su defensa, tienen notorio e indiscutible rango constitucional.-

De estas garantías fundamentales, esenciales e inalienables se derivan todos los principios y derechos con que cuenta una persona sometida a proceso.-

Las garantías constitucionales aparecen recogidas en las modernas constituciones. Cada vez se presentan mayores garantías en el Derecho Procesal Moderno.

Debido proceso es aquel que se adecua plenamente a la idea lógica de proceso: Los sujetos que actúan como antagonistas en pie de perfecta igualdad ante una autoridad

que es un tercero en la relación litigiosa. De este concepto jurídico elemental y esencial del "debido proceso", podemos resaltar algunos principios que lo rigen.

Igualdad de las partes: Esencialmente todo proceso supone la presencia de dos sujetos que mantienen posiciones antagónicas.

En el campo del proceso, igualdad significa paridad de oportunidades y de audiencia; de tal modo, las normas que regulan la actividad de una de las partes antagónicas, no pueden constituir, respecto de la otra, una situación de ventaja o de privilegio, ni el juez puede dejar de dar un tratamiento absolutamente similar a ambos contendientes.

La consecuencia natural de este principio es la regla de la bilateralidad o contradicción: cada parte tiene derecho inalienable e irrenunciable de ser oída respecto de lo afirmado y confirmado por la otra.

El testimonio "es la declaración de una persona física, recibida en el curso del proceso penal, acerca de lo que pueda conocer por percepción de sus sentidos, sobre los hechos investigados, con el propósito de contribuir a la reconstrucción conceptual de estos".

En tal sentido, resulta imprescindible distinguir entre la declaración en sí misma (se deje o no constancia por escrito de la misma, según el sistema) y la persona que la emite. Distinción que resulta trascendente a los fines del tema en análisis y que hace a la aptitud del testimonio y su valoración como prueba.

En la realidad, el dictum testimonial es "mirado" en su vinculación con el sujeto del cual proviene; y el juez acaba por aceptar, no cualquier dictum (en cuanto), emitido por determinado testis. Tanto vale el dictum cuanto vale el testis (testigo).

Los descalabros sufridos por la prueba testimonial en el curso de los siglos se explican solo con la desesperación de la confianza en el dictum del hombre-testigo siempre que una especie de laxity moral ha terminado por acabar con la bona fides en las relaciones humanas.

La única forma para que la parte pueda contralar y advertir en las circunstancias, y garantizar así el derecho de defensa, es mediante el conocimiento de la identidad del testigo y la participación directa e inmediata en la recepción o practica de esta prueba.

No es posible otorgarle ninguna validez probatoria a las declaraciones de un testigo, cuya identidad se mantiene en reserva o secreto para el imputado y su defensor, ya que se los coloca en una clara situación de indefensión ante esa pretendida prueba, violándose de manera flagrante el principio de igualdad y la regla de contradicción, que hacen a la esencia lógica y fundante del debido proceso.

Estos dislates legislativos, no solo son criticables por justificar cualquier medio en relación con el fin, ponen de relieve el error conceptual en que se incurre al confundir investigación con prueba.

En cuanto a la denuncia anónima es una simple "notitia criminis", que sólo posee la virtualidad de poner en marcha la investigación, pero de ningún modo puede ser considerada como prueba. Además, porque siendo un acto secreto dentro del sumario o instrucción penal preparatoria, lisa y llanamente no tiene valor probatorio.

Tampoco es admisible que se incorpore la denuncia con reserva de identidad por lectura como documental, ni por su carácter de irreproducible, porque, como hemos dicho, no es prueba. Lo contrario significaría tergiversar su naturaleza de mero detonador de la investigación y, fundamentalmente, legitimar la incorporación al proceso de un elemento secreto, circunstancia intolerable, que de repugnar a los ojos y las convicciones de quienes conceptúan al proceso como un sistema que asegure el irrestricto respecto de las garantías consagradas en nuestra Constitución.

El simple cotejo de las instituciones en análisis con los principios constitucionales y procesales que hemos señalado, es suficiente para afirmar, sin dubitación alguna, que, con su admisión como prueba, se quebranta de manera flagrante el derecho que toda persona posee de ser juzgado con sujeción al debido proceso, dentro del cual se encuentran abarcados el derecho de defensa, el principio de igualdad y las reglas de publicidad y bilateralidad o contradicción.

También el sistema inquisitivo presenta límites y garantías frente al poder punitivo del Estado, para erradicar la violencia entre los particulares, y debe respetar unos principios y reglas que aseguren un derecho al proceso debido, imparcial e independiente, con igualdad de derechos y de armas para las partes (sistema dispositivo acusatorio).

Frente a la postura maniqueísta de quienes pretenden hipervalorar los conceptos jurídicos dogmáticos, se encuentra la posición que defiende un sistema dispositivo acusatorio respetuoso con los principios de derecho al

proceso debido, legalidad, igualdad de partes, igualdad de armas, etc...

El valor y eficacia de las denuncias anónimas en el Derecho moderno no debe ser potenciado, ni en ningún caso debe atribuírsele eficacia de prueba de cargo.

La denuncia anónima se encuentra en contradicción con principios inalienables e irrenunciables del Derecho procesal moderno y de las Constituciones democráticas.

Se conculca el derecho a la presunción de inocencia y el derecho al proceso debido, al igual que los principios de contradicción, de legalidad, seguridad jurídica, non bis in idem y el principio de igualdad de armas y de igualdad de partes.

La doctrina jurídica procesal moderna mayoritariamente estima que, si bien en los casos de acción pública, perseguible de oficio, los órganos penales deben iniciarla tan pronto tenga noticia, por cualquier medio, de la posible existencia de delito, esto no quiere decir que el medio o la noticia, que el medio contiene, no pueda ser ilegal. Aprovechar la ilegalidad para iniciar la persecución del delito es tan inadmisibile como aprovechar la ilegalidad para probar su comisión.

En realidad, la denuncia anónima no constituye ni entraña un modo de iniciación del proceso penal. Si se produce una sobrevaloración de las denuncias anónimas no se conocerá si el denunciante es incapaz, desde una perspectiva jurídica, ni si se ha conculcado el secreto profesional, etc., en fin, no se le podrá contradecir con inmediación, publicidad y demás garantías del art. 24.1 y 2 CE.

La doctrina más autorizada en Derecho procesal penal comparado estima que: "Las delaciones de personas que no quieren revelar sus circunstancias generales pueden tener valor informativo para la autoridad de policía, pero no para la autoridad judicial, por prohibirlo el principio general que excluye del proceso penal los anónimos".

Un sector doctrinal estima que las denuncias anónimas constituyen una herramienta para conocer los hechos punibles. Aunque esta doctrina no es mayoritaria, la doctrina procesalista admite que la denuncia, o aviso anónimo, no es jurídicamente procesal, democrático y garantista, pues conculcaría el derecho de todo indiciado, sospechoso o, en general, encausado a interrogar, tachar o contradecir al testigo de cargo (arts. 6.3.d) Convenio Europeo de Derechos Humanos, de 1950; 14.3.e) del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York, de 1966,

aplicables en España y, más latamente, 8.2.f) del Pacto de San José de Costa Rica de 1969, todos ellos en relación con el art. 24-1 CE, derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión y art. 24-2 CE, derecho a un proceso debido, público y contradictorio con todas las garantías.

El propio Derecho Positivo procesal penal español codificado, desde 1882, en la LECrim, no abona la admisión incondicionada de la denuncia anónima, y, así, los arts. 266, 267 y 268 exigen la identificación del denunciante.

La Ley 30/1992 (LRJPAC) tampoco parece postular la tramitación incondicionada de la denuncia anónima en el ámbito administrativo (arts. 69.1 in fine y 70.1 a).

La Ley 42/1997 de 14 de noviembre, Ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, en materia socialmente tan sensible, establece, terminantemente, en su art. 13.2: "No se tramitarán las denuncias anónimas". Se respetan, así, los derechos a la tutela judicial, efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE) y al proceso debido con todas las garantías (art. 24.2 CE)

En conclusión, no puede atribuirse eficacia a los anónimos obrantes en autos, ya que no enervan la presunción de inocencia, ni tampoco pueden atribuírsele eficacia procesal suficiente para que D^a Yolanda Estrada Madrid continúe como imputada en este procedimiento, sin perjuicio del asunto del Arroyo de las Cárcavas para el que es competente el Juzgado de Instrucción n^o 3 de Pozuelo de Alarcón.

El principio "non bis in idem", reconocido por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, impide que una persona sea juzgada dos veces por un mismo delito.

Vistos los preceptos legales y los demás de general aplicación, el Magistrado-Instructor,

DISPONE

Declarar el sobreseimiento provisional de YOLANDA ESTRADA MADRID, **desestimando** la pretensión de sobreseimiento libre.

Notifíquese el presente auto al Ministerio Fiscal y demás partes personadas.

Contra la presente resolución cabe Recurso de Reforma en el plazo de 3 días ante este Instructor o Recurso de Apelación en el plazo de 5 días ante este Instructor para ante la Sala de lo Civil y Penal de este Tribunal o Recurso de Reforma y subsidiario de Apelación en el plazo de 3 días

ante este Instructor, con la advertencia para la acusación popular de la necesidad de constituir deposito de 25 euros para recurrir, en la Cuenta de Consignaciones de esta Secretaría, de conformidad con lo establecido en la Disposición Adicional Decimoquinta de la LOPJ (redacción LO 1/09 de 3 de noviembre).

Así lo manda y firma el Ilmo. Sr. D. Antonio Pedreira Andrade, Magistrado instructor de esta causa. Doy fe.

DILIGENCIA.- Seguidamente se cumple lo mandado. Doy fe.