

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Penal

AUTO

CAUSA ESPECIAL

Nº: 20339/2009

Fallo/Acuerdo: Auto Archivo Querella o Denuncia

Procedencia: QUERELLA

Fecha Auto: 13/02/2012

Magistrado Instructor Excmo. Sr. D.: Manuel Marchena Gómez

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

Escrito por: FGR

Causa Especial

Causa Especial Nº: 20339/2009

Magistrado Instructor Excmo. Sr. D.: Manuel Marchena Gómez

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

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Penal

AUTO

Magistrado Instructor Excmo. Sr. D.:

D. Manuel Marchena Gómez

En la Villa de Madrid, a trece de Febrero de dos mil doce.

I. ANTECEDENTES DE HECHO

1.- Con fecha 6 de febrero de 2012, por la representación legal de la acusación popular ejercida por D. Antonio Panea Yeste y D. José Luis Mazón Costa, se presentó escrito de acusación en los términos que constan en la causa. Mediante escrito complementario y dentro del término concedido, se presentaron nuevas alegaciones con el objeto de complementar las anteriores y aclarar algunos aspectos de la calificación jurídica, con rectificación del carácter principal y subsidiario de las inicialmente propuestas.

2.- Por el Ministerio Fiscal, en cumplimiento del traslado conferido a los efectos previstos en el art. 780.1 de la LECrim, presentó escrito fechado el día 7 de febrero de 2012, en el que negaba la existencia del delito de cohecho impropio del art. 426 del CP y alegaba la prescripción de los hechos imputados, al haber transcurrido el plazo de 3 años previsto en el art. 131.1 del CP, en la redacción anterior a la LO 5/2010, 22 de junio.

II. RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

1.- Por la acusación popular se ha formalizado escrito de acusación en el que se califican los hechos como constitutivos de dos delitos continuados de cohecho propio de los arts. 419 y 421 y un delito de prevaricación del art. 446.3, todos ellos del CP. Con carácter alternativo, se tipifican los hechos como integrantes de un delito continuado de cohecho impropio del art. 426 del CP, un delito de extorsión del art. 243 y otro delito de asociación ilícita del art. 515.1 del CP.

En la descripción de los hechos punibles se incluyen algunas adiciones fácticas referidas a posibles patrocinios de *La Caixa* que, en la medida en que no han sido objeto de investigación, son inhábiles para fundamentar el escrito de acusación. Se deslizan también juicios de valor referidos a las conductas de personas que no han sido imputadas a lo largo del proceso y que, por tanto, tampoco pueden servir de base a la acusación.

Como ya fue expuesto en el auto de fecha 10 de febrero de 2012, en respuesta al recurso de reforma entablado por la acusación popular, los hechos sobre los que se apoya la imputación -delimitados en nuestra resolución de fecha 26 de enero de 2012, asumidos y completados por la acusación popular en los términos que refleja su escrito-, no pueden ser calificados como constitutivos de un delito de prevaricación, cohecho propio o extorsión.

a) No existe el delito de prevaricación, pues no todo quebranto de las normas de competencia, sin más, permite afirmar la concurrencia de un delito de tal naturaleza. Cuando el querellado asumió la investigación de los hechos imputados en la querrela presentada por D. Rafael Pérez Escolar contra D. Emilio Botín y otros directivos del BSCH, nadie cuestionó que la competencia

para la investigación correspondía a los Juzgados Centrales de instrucción de la Audiencia Nacional, a la vista de los hechos que se imputaban y de las normas previstas para su investigación y enjuiciamiento en los arts. 89 bis 3 y 65 de la LOPJ.

Tampoco basta para entender cometido un delito de prevaricación constatar el incumplimiento del deber de abstención.

Es cierto que D. Baltasar Garzón no se abstuvo del conocimiento de aquella querrela. Ese hecho tiene un significado jurídico incuestionable. Es la mejor muestra de que el deber de abstención que le incumbía fue concientemente infringido en gratitud por la generosa respuesta que el BSCH había realizado a su petición de ayuda económica. Cuando el imputado, debiendo abstenerse del conocimiento de esa querrela, consideró oportuno ocultar al Fiscal y a las partes la concurrencia de una causa que podría perturbar su imparcialidad, estaba demostrando que el deber de agradecimiento generado por la dádiva interfería ya el ejercicio íntegro de su función jurisdiccional.

Pese a todo, para la comisión del delito de prevaricación no basta vulnerar los deberes orgánicos de abstención previstos en los arts. 217 y ss de la LOPJ. Es preciso, como hemos apuntado *supra*, que se dicte una resolución injusta. Y esta injusticia tiene que ser patente, clamorosa, ajena a cualquier método de razonamiento jurídico, expresiva de un voluntario apartamiento de lo que es propio de la función judicial (cfr, por todas, STS 2/1999, 15 de octubre). En el presente caso, sin embargo, nada de esto puede afirmarse del auto de fecha 27 de noviembre de 2006, dictado por el querrelado y luego confirmado por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional mediante resolución de 25 de abril de 2007.

En consecuencia, la calificación de los hechos como constitutivos de un delito de prevaricación no puede ser compartida.

b) No existe tampoco un delito de cohecho propio, sino impropio (art. 426 CP). En efecto, de lo investigado ha quedado suficientemente acreditado – siempre en el plano indiciario- que el dinero entregado a petición del querrelado e ingresado en las cuentas de la Universidad de Nueva York, lo fue en consideración al cargo jurisdiccional de D. Baltasar Garzón. No existen datos que avalen la idea de que esa aportación económica fuera más allá del propósito

de generar un estado de agradecimiento en el receptor. En eso consiste el cohecho impropio y en eso se diferencia del resto de figuras penales contempladas en los arts. 419 y ss del CP.

c) No puede afirmarse la concurrencia de un delito de extorsión (art. 243 CP). Considera la acusación popular que la obtención de los patrocinios fue el resultado de una “...coerción-intimidación” ejercida por D. Baltasar Garzón, en su condición de Juez Central de instrucción, sobre todos y cada uno de los solicitados. En apoyo de esta idea menciona el valor probatorio del sobre con membrete del juzgado del imputado (folio 702, tomo II), que sirvió para desbloquear el pago de uno de los plazos comprometidos por ENDESA como empresa patrocinadora.

El delito de extorsión castiga a quien, con ánimo de lucro, obligue a otro, con violencia o intimidación a realizar u omitir un acto o negocio jurídico, en perjuicio de su patrimonio o el de un tercero.

En el presente caso no puede afirmarse la concurrencia de intimidación como elemento del tipo objetivo. Es evidente que la utilización de un sobre con membrete oficial proporcionado por el querellado encaja perfectamente en la metodología recaudatoria puesta en marcha por D. Baltasar Garzón. Ese sobre habla por sí solo de *quién* pedía el dinero y *en atención a quién* se concedían los fondos. Pero no basta con esa censurable estrategia de persuasión para afirmar que el pago efectuado por ENDESA fue efectuado bajo intimidación. El abono de lo reclamado es, también ahora, la mejor prueba de la concurrencia del delito de cohecho impropio, pero no del delito de extorsión. El dinero fue entregado en atención al cargo del querellado, pero no como respuesta a una acción intimidatoria.

d) En el escrito de acusación se amplía la calificación jurídica a la concurrencia de un posible delito de asociación ilícita. Sin embargo, ni de los hechos tal y como fueron delimitados en la resolución de 26 de enero de 2012, ni de los añadidos fácticos con los que la acusación popular completa aquéllos, puede deducirse la existencia de un delito de asociación ilícita del art. 515.1 del CP. Basta un análisis de la literalidad de este precepto y de la doctrina jurisprudencial que lo interpreta, para descartar la calificación jurídica propuesta (cfr. SSTs 745/2008, 25 de noviembre, 503/2008, 17 de julio, entre otras).

2.- Por la acusación popular se aduce que, respetándose el hecho delimitado por el instructor, la calificación jurídica es siempre de exclusiva incumbencia de las partes acusadoras. De ahí que la resolución por la que se acuerda la apertura del juicio oral habría de limitarse a fijar el hecho justiciable, reservando para el plenario la calificación definitiva del objeto del proceso.

Esta afirmación exige importantes matices, tanto referidos al auto por el que se define el hecho punible como aquel mediante el que se acuerda la apertura del juicio oral. En efecto, el auto de determinación del hecho punible no agota su funcionalidad con una exposición puramente fáctica de lo que ha quedado indiciariamente acreditado a lo largo de la instrucción. La calificación jurídica de los hechos, por más que su provisionalidad resulte incuestionable, constituye un presupuesto para resolver acerca de cuestiones relacionadas con el derecho a ser informado de la acusación, la modalidad del procedimiento, la competencia para el enjuiciamiento y, en fin, la prescripción.

Así se desprende de lo previsto en el art. 783.1 de la LECrim, cuando exige del Juez de instrucción, una vez solicitada la apertura del juicio oral por el Ministerio Fiscal o por la acusación particular, un juicio negativo de control, en los términos a que se refiere la STC 186/1990 y que abarca el examen de los presupuestos indispensables para la viabilidad de la acción penal.

3.- En la fase procesal en que nos encontramos, los hechos acreditados en la instrucción y por los que se formula acusación constituyen un delito de cohecho impropio del art. 426 del CP.

El querellado contactó con responsables de distintas empresas españolas reclamando ayuda económica para la celebración de cursos en los que él aparecía como director. Todas tenían en común -BSCH, BBVA, TELEFÓNICA y CEPESA- el haber sido objeto de investigación por hechos imputados a sus directivos en el propio juzgado del que era titular el acusado o en otros de la Audiencia Nacional. Además de estas empresas, también contactó con los responsables de ENDESA, llegando a solicitar a todas ellas un total de 2.595.375 dólares. Mediante esas gestiones D. Baltasar Garzón obtuvo para la Universidad que le abonaba sus honorarios, que pagaba a su asistente personal, que cubría los gastos de escolarización de su hija y que, además, ponía a su disposición una elevada retribución en especie, la cantidad definitiva de 1.237.000 dólares. Todas las empresas que fueron requeridas rebajaron la

cuantía reclamada, algunas, por el carácter injustificado de los presupuestos económicos aportados por el querellado, otras por la falta de seriedad en la descripción de los proyectos de convenio.

El Ministerio Fiscal cuestiona la existencia de este delito. Considera que el hecho punible ha sido delimitado por el instructor “...*contra el resultado apreciable de (una) valoración lógica*”, alegando que la relación entre los elementos del delitos de cohecho del art. 426 del CP “...*debe ser armónica, no caprichosa*”, pues “...*no pueden soportarse en la especulación*”. Califica de “...*llamativa la insistencia*” y estima que “...*en verdad no se percibe esa deliberada intención de la Universidad americana y de los patrocinadores en camuflar artificialmente el importe de los honorarios del aforado*”, llegando a ofrecer una explicación para cuadrar el desfase apreciado por el instructor en las distintas certificaciones proporcionadas por la Universidad de Nueva York: “...*tampoco es cierto que la UNY hubiese dicho cosas distintas en cuanto a las cantidades remuneradas al aforado*”.

El problema, sin embargo, es que la Universidad de Nueva York sí dijo “*cosas distintas*” y además las certificó por escrito. Baste ahora la cita del documento obrante al folio 259, de la causa especial núm. 3/20296, año 2008. En él se precisaba que “...*ha llegado a nuestro conocimiento que nuestra respuesta original a la parte 5 de su consulta relativa al Juez Magistrado Baltasar Garzón contenía un error. Escribimos la presente para rectificar este error. Las cifras correctas son las siguientes: (...) salarios, 74.442 dólares –año 2005- y 57.710 dólares –año 2006- (...). Rogamos disculpen el error*”.

En el escrito de solicitud de sobreseimiento, además de enfatizar el significado exculpatario de las declaraciones del querellado, se pregunta el Fiscal: “...*¿quién puede expresar mejor que los patrocinadores cuál fue el propósito que les guió al conceder la ayuda económica a la Universidad? ¿Quién puede explicar con más exacta precisión que el patrocinador si la subvención se otorgó en consideración a la función de juez del aforado o no?*”.

La respuesta es bien sencilla: las cartas, documentos y certificaciones incorporados a la causa hablan por sí solos cuando se trata de explicar el propósito de los patrocinadores y del querellado. D. Baltasar Garzón no tiene el deber jurídico de decir la verdad, pues está amparado por el derecho constitucional a no confesarse culpable. En cuanto a los testigos, todo sugiere

que la afirmación por su parte de que el dinero había sido entregado en atención al cargo de quien se lo solicitaba o para la consecución de algún acto justo o injusto, habría acarreado unas consecuencias jurídicas inmediatas y, con toda seguridad, un desenlace bien distinto al que va a tener el presente procedimiento.

Los hechos –pese a la negativa del querellado y el apoyo del Ministerio Fiscal a sus tesis- son constitutivos, siempre con carácter indiciario, de un delito de cohecho impropio del art. 426 del CP.

4.- Por el Fiscal se suscita la extinción de la responsabilidad penal por el transcurso de los plazos de prescripción previstos en el art. 131.1 del CP.

El auto de 28 de enero de 2010, dictado por esta Sala y que admitió a trámite la querrela de 12 de junio de 2009, en el plano hipotético característico de una resolución de esta naturaleza, admitió la existencia de sendos delitos de prevaricación y cohecho. (cfr. FJ 3º, apartado 4). De haber confirmado la investigación la concurrencia de un delito de prevaricación, el plazo prescriptivo se habría extendido hasta los 15 años, en aplicación de los arts. 446.3 y 131.1 del CP. Ello hace explicable que ni el Ministerio Fiscal ni la defensa del imputado hayan interesado, hasta ahora, la prescripción de los hechos denunciados.

Sin embargo, delimitado el objeto del proceso, excluida la concurrencia de un posible delito de prevaricación y calificados los hechos como constitutivos de un delito de cohecho impropio del art. 426, el transcurso del plazo de 3 años es innegable, con el consiguiente efecto extintivo en la responsabilidad criminal en que hubiera podido incurrir D. Baltasar Garzón.

El delito previsto en el art. 426 del CP, en la redacción anterior a la reforma operada por la LO 5/2010, 22 de junio, castigaba a los autores con la pena de 3 a 6 meses, pena menos grave que prescribiría a los tres años, con arreglo al art. 131.1 del CP. Este plazo ha sido ampliado a 5 años en la ya mencionada reforma de la LO 5/2010 que, sin embargo, no resulta aplicable por ser menos favorable al imputado. El último de los pagos efectuados por el BBVA se realizó con fecha 17 de mayo de 2006. La querrela entablada por la acusación popular y que dio origen al presente procedimiento fue presentada con fecha 12 de junio de 2009, es decir habiendo transcurrido 3 años y 25 días desde la comisión de los hechos, por tanto, rebasando ya el plazo prescriptivo.

Es cierto que, con anterioridad había sido formulada querrela con fecha 10 de julio de 2008 por los mismos hechos. Pero esta pretensión no tuvo virtualidad interruptiva, conforme a lo previsto en el art. 132.2 del CP, pues no llegó a ser admitida a trámite. La prescripción se interrumpe, señalaba aquel precepto, “...cuando el procedimiento se dirija contra el culpable”. La determinación de cuándo puede afirmarse que un procedimiento se dirige contra el imputado ha sido durante años cuestión controvertida. No faltan en la jurisprudencia del Tribunal Supremo precedentes que reconocen la aptitud del acto formal de presentación de la querrela para interrumpir la prescripción. Pero se trata, claro es, de querrelas a las que ha seguido una resolución de admisión a trámite, con la consiguiente incoación de un procedimiento penal para el esclarecimiento de los hechos imputados. En el presente caso no sucedió así. La querrela entablada con fecha 12 de julio –que dio lugar a la causa especial 3/20296/2008 y a la reclamación de una serie de antecedentes al amparo del art. 410 de la LOPJ-, fue inadmitida a trámite por resolución de esta Sala de fecha 2 de febrero de 2009.

Por cuanto antecede, procede declarar prescritos los hechos denunciados y que han sido calificados como constitutivos de un delito de cohecho impropio del art. 426 del CP.

III. PARTE DISPOSITIVA

DISPONGO: No ha lugar a la apertura del juicio oral. Se acuerda el archivo por prescripción de los hechos imputados a D. BALTASAR GARZÓN REAL.

Así lo acuerda, manda y firma el Excmo. Sr. Magistrado Instructor, de lo que como Secretario, certifico.