

22/12/2011.



ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

**AUDIENCIA PROVINCIAL SECCION 1**

Avda Pedro San Martín S/N  
Santander  
Teléfono: 942346969  
Fax.: 942322491  
Modelo: C1920

Proc.: **APELACIÓN SENTENCIAS  
PROCEDIMIENTO ABREVIADO**

Nº: **0000677/2011**  
NIG: 3907551220110000198

Procedimiento Abreviado 0000044/2011 - 00  
JUZGADO DE LO PENAL Nº 2 de Santander

Intervención:	Interviniente:	Procurador:
Fiscal	FISCAL	
Apelante	CONCEPCION CARRANZA ORTIZ	FERNANDO GARCÍA VIÑUELA
Apelante	SANTIAGO VELEZ VITORIA	DIEGO FRANCISCO DIEGO LAVID
Apelante	FERNANDO MUGURUZA GALAN	DIONISIO MANTILLA RODRÍGUEZ
Apelante	JESUS JAIME DIEZ MURO	SILVIA ESPIGA PÉREZ
Apelante	SALVADOR JESUS HIERRO SANTURDE	JAIME GONZÁLEZ FUENTES
Apelante	CESAR SAINZ ALONSO	MARÍA BELEN DE LA LASTRA OLANO
Apelante	JOSE MIGUEL RODRIGUEZ LOPEZ	FERNANDO GARCÍA VIÑUELA
Apelante	JUAN IGNACIO DIEZ MURO	FERNANDO GARCÍA VIÑUELA
Acusado	GREGORIO ALCEDO ALCEDO	TERESA COS RODRIGUEZ

**SENTENCIA Nº 000479/2011**

Ilmo. Sr. Presidente

Don José Luis López del Moral Echeverría

Ilmos. Sres. Magistrados

Doña María Rivas Díaz de Antoñana

Don Ernesto Sagüillo Tejerina

=====

En la Ciudad de Santander, a Dieciseis de Diciembre del año dos mil once.

Este Tribunal de la Sección Primera de la Ilma. Audiencia Provincial de Cantabria, ha visto en grado de apelación la causa P.A. núm. 44 de 2011 del Juzgado de lo Penal núm. 2 de Santander, Rollo de Sala núm. 677 de 2011, seguida por delito de de Tráfico de influencias y prevaricación, contra Salvador Hierro



Santiurde, Jaime Diez Muro, Fernando Muguraza Galan, Concepción Carranza Ortiz, Jose Miguel Rodriguez López, Juan Ignacio Diez Muro, Santiago Vélez Vitoria y Cesar Saiz Alonso, e interviene el Ministerio Fiscal, cuyas circunstancias personales ya constan en la recurrida, representados por los Procuradores Sres. González Fuentes, Sra. Espiga Perez, Sr. Mantilla Rodriguez, Sr. Garcia Viñuela, Sr. De Diego Lavid y Sr. De la Lastra Olano y defendidos por los Letrados Sres. Monteoliva Robles, Sr. Lopez-Rendo Rodriguez, Sr. Revenga Sánchez, Sra. Revenga Nieto, Sr. Ortiz Riega y Sra. López Lago.

Han sido parte apelante en este recurso los acusados.

Es ponente de esta resolución el Ilmo. Sr. Ernesto Sagüillo Tejerina.

#### ANTECEDENTES DE HECHO

Se aceptan los de la Sentencia de instancia; y

PRIMERO: En la causa de que este Rollo dimana, por el Juzgado de lo Penal indicado se dictó con fecha Sentencia cuyo relato de Hechos Probados y Fallo son del tenor literal siguiente: **Primero.-** Que en el mes de septiembre de 2.004, y ante la necesidad de efectuar obras de limpieza y acondicionamiento en el trazado del túnel del antiguo ferrocarril minero ubicado en el término municipal de Mioño, Partido Judicial de Castro Urdiales, Juan Ignacio Díez Muro como gerente de la empresa IZETA, Ingeniería, S.L., y prevaliéndose de su condición de hermano del Concejal de Industria de dicha corporación, Jesús Jaime Díez Muro, mantuvo contactos personales y directos con Salvador Jesús Hierro Santurde quien ostentaba el cargo de Concejal de Obras y Servicios del Ayuntamiento de Castro Urdiales para que fuera adjudicada a la sociedad que regentaba la ejecución de tales obras.

**Segundo.-** Como consecuencia de estas negociaciones entre el Concejal de Obras y Juan Ignacio Díez Muro, el 2 de octubre de 2.004 el gerente de IZETA elaboró una oferta para la realización de trabajos de acondicionamiento del túnel y, días después, beneficiándose de la relación



familiar que le unía con el Concejal de Industria, la entregó personalmente a Salvador Hierro junto y exclusivamente con un presupuesto desglosado de mediciones por importe de 58.765,14 euros.

**Tercero.-** Salvador Hierro Santurde no dió traslado de la oferta entregada al Servicio de Contratación del Ayuntamiento para la incoación del oportuno expediente administrativo de contratación, eludiendo, de este modo, con pleno conocimiento y en beneficio del hermano del Concejal de Industria el procedimiento administrativo de contratación que, por razón de la materia, es el procedimiento negociado sin publicidad. Salvador Hierro tampoco sometió dicha oferta a revisión por parte de la Comisión Informativa de Obras y Servicios celebrada el día **6 de octubre de 2.004**, y el **21 de octubre de 2.004** propuso fuera del orden del día a la Junta de Gobierno Local celebrada en el Ayuntamiento de Castro Urdiales la oferta presentada por IZETA para su adjudicación.

**Cuarto.-** La Junta de Gobierno Local del **21 de octubre de 2004** estaba compuesta por el Alcalde, Fernando Muguruza Galán y los Concejales, Jesús Jaime Díez Muro, José Miguel Rodríguez López, Santiago Vélez Vitoria, Concepción Carranza Ortiz, y Juan Tomás Molinero Arroyabe, quienes a propuesta del Concejal de Obras, con pleno conocimiento de la ausencia total de expediente administrativo de contratación y de que la oferta de IZETA era la única presentada, acuerdan de forma unánime aprobar la oferta y la adjudicación a dicha sociedad de los trabajos de acondicionamiento del Túnel de Mioño por 13 importe de 58.765,14 euros, recogándose el acuerdo en Resolución de Alcaldía de fecha 5 de noviembre de 2.004.

**Quinto.-** Que el acusado Jesús Jaime Díez Muro, a sabiendas de que su hermano Juan Ignacio era el gerente de la empresa adjudicataria y con intención de beneficiarle, no se abstuvo de la votación emitiendo su voto a favor de la adjudicación.

**Sexto.-** Que el acusado César Sainz Alonso en su condición de Secretario en la Junta de 21 de octubre 2.004 incumplió con la obligación legalmente atribuida y no advirtió expresamente a los miembros de la Junta que la oferta presentada por el Concejal de Obras estaba fuera del orden del día ni de la ausencia total de expediente administrativo de contratación.

**Séptimo.-** La Junta de Gobierno acordó dar traslado al Servicio de Contratación para su adjudicación en legal forma. No obstante, no se dio tal traslado ni se formalizó por escrito el contrato administrativo entre el Ayuntamiento de Castro Urdiales e IZETA.

**Octavo.-** Que los días 15 de abril y 15 de junio de 2.005 la entidad IZETA presentó al Ayuntamiento de Castro Urdiales por los trabajos efectuados sendas facturas nº 23/05 y 42/05 por importe, respectivamente, de 41.517,20 euros y 17.247,94 euros. El **9 de diciembre de 2.005** el Interventor del Ayuntamiento D. Fernando Martínez de Arriba emitió Reparó nº 5/05 de Disconformidad del Gasto de las facturas presentadas al cobro por IZETA ante la inobservancia del procedimiento negociado sin publicidad para la adjudicación de la obra. El **12 de diciembre de 2.005** el Alcalde, Fernando Muguruza Galán, dictó el Decreto nº 905/05 en el que acuerda levantar el reparo de intervención y ordena se proceda al pago y reconocimiento de la



ADMINISTRACIÓN  
DE JUSTICIA

obligación y pago a la empresa IZETA de las facturas presentadas, que fueron efectivamente abonadas a la sociedad ese mismo día.

**Noveno.-** Que las obras de limpieza y acondicionamiento del Túnel de Mioño se efectuaron sin proyecto previo entre los meses de octubre de 2.004 y mayo de 2.005 para cuya ejecución la entidad IZETA subcontrató a Norgas Servicios y Canalizaciones, S.L.. El 30 de diciembre de 2.005 Norgas presentó a IZETA la factura nº 148/05 por importe de 51.177,34 euros.

**Décimo.-** El beneficio industrial obtenido por la entidad IZETA por la ejecución de las obras es de 3.525,91 euros, correspondiente al 6% sobre la cantidad total abonada por el Ayuntamiento de 58.765,14 euros.

**Undécimo.-** Que en el mes de **noviembre de 2.004** la Ingeniero Municipal D<sup>a</sup>. M<sup>a</sup> del Carmen Villanueva Helguera elaboró un Proyecto de Eliminación de Barreras Arquitectónicas en el Mercado Municipal de Castro Urdiales con un presupuesto de ejecución por importe de 55.901,84 euros. 14

**Duodécimo.-** Que el día **9 de diciembre 2.004** la Junta de Gobierno Local acuerda solicitar tres presupuestos para llevar a cabo el Proyecto de Eliminación de Barreras Arquitectónicas en el Mercado Municipal, recogándose el acuerdo en Resolución de Alcaldía de 17 de diciembre de 2.004 y 15 de enero de 2.005

que fueron notificadas, respectivamente, a Salvador Hierro el día 20 diciembre de 2.004, y al Departamento de Contratación, de Intervención y de Tesorería el día 21 de enero de 2.005.

**Decimotercero.-** No obstante, Juan Ignacio Díez Muro aprovechándose del vínculo familiar con el Concejal de Industria y de las relaciones que ya venía manteniendo con el Ayuntamiento de Castro Urdiales por la adjudicación dos meses antes a la entidad IZETA de las obras de acondicionamiento del túnel de Mioño, tuvo conocimiento de la necesidad de efectuar las obras de eliminación de barreras arquitectónicas en el Mercado Municipal, y el **16 de diciembre de 2.004** elaboró una oferta para la ejecución de dichos trabajos por importe de 54.520 euros que entregó en la Concejalía de Obras y Servicios sin pasar por el registro de entrada.

**Decimocuarto.-** Recibida la oferta, Salvador Hierro Santurde, en la misma forma de actuación, no dio traslado de la oferta presentada al Servicio de Contratación, no habiéndose podido acreditar si de la misma dio traslado a la Concejalía correspondiente (Servicios Sociales), mas habiéndose acreditado que por el medio utilizado se eludió nuevamente el procedimiento administrativo negociado sin publicidad, y el **21 de diciembre de 2.004** se propuso fuera del orden del día y por persona que no ha podido ser identificada pues al concejala de Servicios Sociales no formaba parte de la citada Junta y negando el resto de los componentes de la misma su presentación a la misma a la Junta de Gobierno Local celebrada en el Ayuntamiento de Castro Urdiales en la que ciertamente la oferta de IZETA fue presentada para su adjudicación conforme se desprende del acta de la citada Junta en la que se omite el presentante de la misma.

**Decimoquinto.-** Que la Junta de Gobierno Local de **21 de octubre de 2004** estaba compuesta por el Alcalde, Fernando Muguruza Galán y los Concejales, Jesús Jaime Díez Muro, José Miguel Rodríguez López, Santiago Vélez Vitoria, y Concepción Carranza Ortiz, desconociéndose quién de ellos



ADMINISTRACIÓN  
DE JUSTICIA

la presentó a la Junta con pleno conocimiento de la ausencia total de expediente administrativo, acordando la Junta de igual forma unánime que la anteriormente relatada aprobar la oferta presentada por IZETA y la adjudicación a dicha sociedad de los trabajos de eliminación de las barreras arquitectónicas del Mercado Municipal por importe de 54.520 euros, recogándose el acuerdo en Resolución de Alcaldía de enero de 2.005.

**Decimosexto.-** Que Jesús Jaime Díez Muro un vez más y a sabiendas de que su hermano Juan Ignacio era el gerente de la empresa adjudicataria y con intención de beneficiarle, no se abstuvo de la votación emitiendo un voto a favor 15 de la adjudicación.

**Decimoséptimo.-** Que el acuerdo adoptado por la Junta Local se recogió en Resolución de Alcaldía de 27 de enero de 2.005 que fue notificada al Departamento de Intervención el 3 de febrero de 2.005. Si bien, el 21 de diciembre de 2.004 la Secretaría del Ayuntamiento comunicó extraoficialmente a Gregorio Alcedo Alcedo, en su condición de Interventor, el acuerdo adoptado por la Junta de Gobierno, quien, con conocimiento de que la adjudicación se había realizado con ausencia total de expediente administrativo de contratación, no formuló reparo de disconformidad ni suspendió la tramitación del expediente pese a estar legalmente obligado, y ese mismo día 21 de diciembre realizó el autorizado y dispuesto de la contabilidad municipal del 20% a cuenta de la formalización del contrato con la empresa suministradora del aparato elevador para el Mercado Municipal por importe de 10.904 euros. El 31 de diciembre de 2.004 el Interventor realizó reconocimiento de obligación del 20 % a cuenta por el mismo concepto, y el 1 de enero de 2.005 efectuó el autorizado y dispuesto de la contabilidad municipal del 80% restante.

**Decimooctavo.-** Las obras de eliminación de las barreras arquitectónicas del Mercado Municipal fueron ejecutadas en julio de 2.005, aprobándose durante su ejecución un Proyecto Modificado por importe de 5.160,69 euros que supone un incremento sobre el gasto adjudicado inicialmente de 54. 250 euros, resultando el importe final de 59.680,69 euros.

**Decimonoveno.-** Para la ejecución de las obras la entidad IZETA subcontrató a varias empresas por importe total de 43.040,59 euros.

**Vigésimo.-** El beneficio industrial obtenido por la entidad IZETA por la ejecución de las obras es de 3.564,64 euros, correspondiente al 6% sobre la cantidad total abonada por el Ayuntamiento de 59.680,69 euros. FALLO:

**DEBO CONDENAR Y CONDENO a:**

**Primero.- Juan IGNACIO DIEZ MURO** como autor penalmente responsable de un delito continuado de **TRAFICO DE INFLUENCIAS** previsto y penado en el artículo 429 del Código Penal concurriendo la atenuante analógica del Art. 21.6ª del Código Penal de Dilaciones Indebidas a la pena de **Dieciséis meses de prisión** e Inhabilitación para el derecho de Sufragio Pasivo durante el tiempo de la condena y **Multa de siete mil noventa euros con cincuenta y cinco euros** con arresto legal sustitutorio en caso de impago de **Tres meses** e imponiéndole expresamente una decimosexta parte de las costas causadas.

**Segundo.- Fernando MUGURUZA GALÁN** como autor penalmente



responsable de un delito de **PREVARICACIÓN** previsto y penado en el artículo 404 del Código Penal concurriendo la atenuante analógica del art. 21.6ª del Código Penal de Dilaciones Indevidas a la pena de **SIETE AÑOS Y SEIS MESES DE INHABILITACIÓN PARA EMPLEO O CARGO PUBLICO** e imponiéndole expresamente una decimosexta parte de las costas causadas.

**Tercero.- Salvador Jesús HIERRO SANTURDE** como autor penalmente responsable de un delito de **PREVARICACIÓN** previsto y penado en el artículo 404 del Código Penal concurriendo la atenuante analógica del Art. 21.6ª del Código Penal de Dilaciones Indevidas a la pena de **SIETE AÑOS Y 78 SEIS MESES DE INHABILITACIÓN PARA EMPLEO O CARGO PUBLICO** e imponiéndole expresamente una decimosexta parte de las costas causadas.

**Cuarto.- Jesús Jaime DIEZ MURO** como autor penalmente responsable de un delito de **PREVARICACIÓN** previsto y penado en el artículo 404 del Código Penal concurriendo la atenuante analógica del Art. 21.6ª del Código Penal de Dilaciones Indevidas a la pena de **SIETE AÑOS Y SEIS MESES DE INHABILITACIÓN PARA EMPLEO O CARGO PUBLICO** e imponiéndole expresamente una decimosexta parte de las costas causadas.

**Quinto.- José Miguel RODRÍGUEZ LÓPEZ** como autor penalmente responsable de un delito de **PREVARICACIÓN** previsto y penado en el artículo 404 del Código Penal concurriendo la atenuante analógica del Art. 21.6ª del Código Penal de Dilaciones Indevidas a la pena de **SIETE AÑOS Y SEIS MESES DE INHABILITACIÓN PARA EMPLEO O CARGO PUBLICO** e imponiéndole expresamente una decimosexta parte de las costas causadas.

**Sexto.- Santiago VÉLEZ VITORIA** como autor penalmente responsable de un delito de **PREVARICACIÓN** previsto y penado en el artículo 404 del Código Penal concurriendo la atenuante analógica del Art. 21.6ª del Código Penal de Dilaciones Indevidas a la pena de **SIETE AÑOS Y SEIS MESES DE INHABILITACIÓN PARA EMPLEO O CARGO PUBLICO** e imponiéndole expresamente una decimosexta parte de las costas causadas.

**Séptimo.- Concepción CARRANZA ORTIZ** como autora penalmente responsable de un delito de **PREVARICACIÓN** previsto y penado en el artículo 404 del Código Penal concurriendo la atenuante analógica del Art. 21.6ª del Código Penal de Dilaciones Indevidas a la pena de **SIETE AÑOS Y SEIS MESES DE INHABILITACIÓN PARA EMPLEO O CARGO PUBLICO** e imponiéndola expresamente una decimosexta parte de las costas causadas.

**Octavo.- Cesar SAINZ ALONSO** como autor penalmente responsable de un delito de **PREVARICACIÓN** previsto y penado en el artículo 404 del Código Penal concurriendo la atenuante analógica del Art. 21.6ª del Código Penal de Dilaciones Indevidas a la pena de **SIETE AÑOS Y SEIS MESES DE INHABILITACIÓN PARA EMPLEO O CARGO PUBLICO** e imponiéndola expresamente una decimosexta parte de las costas causadas.

**DEBO ABSOLVER Y ABSUELVO a Fernando MUGURUZA GALÁN José Miguel RODRÍGUEZ LÓPEZ, Jaime DÍEZ MURO, Santiago VÉLEZ VITORIA, Salvador HIERRO SANTURDE, Concepción**



**CARRANZA ORTIZ** y **José Antonio GUTIÉRREZ OLIVARES** del delito de **PREVARICACIÓN ADMINISTRATIVA** por los hechos referentes a la supresión de las Barreras arquitectónicas de que venían siendo acusados por el Ministerio Fiscal con 79 declaración de oficio de una octava parte de las costas procesales causada”.

SEGUNDO: Por los acusados, con la representación y defensa aludidas, se interpuso en tiempo y forma recurso de apelación, admitido a trámite por providencia del Juzgado; una vez dado traslado del recurso a las demás partes conforme ordena la Ley, se elevó la causa a esta Sección Primera de la Ilma. Audiencia Provincial de Cantabria, y tras su examen se ha deliberado y Fallado el recurso conforme a continuación se expone.

#### **HECHOS PROBADOS**

Se anulan y dejan sin efecto los de la resolución recurrida y

#### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

PRIMERO.- La sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal número Dos de Santander es recurrida en apelación por varias de las partes intervinientes. Así han formulado recurso el Ministerio Fiscal, la representación de Santiago Vélez Vitoria, la de César Sainz Alonso, la de Jesús Jaime Díez Muro, la que asiste conjuntamente a Fernando Muguruza Galán, José Miguel Rodríguez López y Concepción Carranza Ortiz, la de Juan Ignacio Díez Muro y la de Salvador Jesús Hierro Santurde.



La extensión y variedad de los motivos obliga a una primera clasificación de los mismos, distinguiendo los que atacan los aspectos fácticos y jurídicos de la sentencia recurrida de aquellos que solicitan nulidad de actuaciones procesales que, obviamente, deben ser examinados con carácter previo puesto que su estimación daría lugar bien a que se declarase una nulidad total con retroacción de la causa bien a que se afectase la validez de determinadas actuaciones que no podrían ser tenidas en cuenta para resolver sobre el fondo.

SEGUNDO.- CUESTIONES PROCESALES. VICIOS GENÉRICOS PADECIDOS EN FASE DE INSTRUCCIÓN.

El recurso de la representación de SANTIAGO VÉLEZ VITORIA contiene referencias a lo que entiende que constituyen errores procesales cometidos en fase de instrucción que llevarían a decretar la nulidad de lo actuado. Junto a motivos también planteados por otras defensas y que se analizarán a continuación, hace mención a la forma de iniciarse la causa (dice que no se sabe si fue querrela, denuncia o de qué manera), a la unión en una única causa de dos materias sin conexión, a la intervención del Ministerio Fiscal en fase de instrucción, a la práctica o no de determinadas diligencias en dicha fase, a actuaciones del instructor que entiende arbitrarias o a la forma o el contenido





ADMINISTRACIÓN  
DE JUSTICIA

determinadas declaraciones prestadas en fase de instrucción.

La representación de JESÚS JAIME DÍEZ MURO entiende que se ha producido una prohibida investigación prospectiva. Que las Diligencias se iniciaron única y exclusivamente por las presuntas irregularidades en la investigación de las obras del túnel de Mioño y luego fueron ampliadas indebidamente o que el interventor en funciones del Ayuntamiento aportó diversa documentación en fase de instrucción referida a notas de reparo e informe de contabilidad -hechos y contratos ajenos a la investigación judicial predefinida- y ello viciaría como nulas las testificales de citada persona así como los documentos aportados por el mismo.

La representación de SALVADOR JESÚS HIERRO SANTIURDE se refiere a un cúmulo de irregularidades en la fase de instrucción, como la pérdida de dos anexos de un informe del interventor del Ayuntamiento o la existencia de varios autos sin notificar y cita hasta catorce resoluciones o escritos de la fase de instrucción o intermedia que no fueron notificados a dicha parte.

Respecto de los motivos alegados por las representaciones de Santiago Vélez y Jesús Jaime Díez, deben ser rechazados partiendo de la extemporaneidad del



planteamiento en este momento procesal de defectos padecidos en la fases de instrucción -a salvo de aquellos que hayan supuesto vulneración de derechos fundamentales que hayan incidido en la obtención de aquellas pruebas en que se funde la condena, algo que no se alega ni se desprende de las alegaciones efectuadas por los recurrentes-. La supuesta acumulación indebida de pretensiones, presuntamente derivada de una investigación prospectiva, no fue atacada en el momento en que se produjo. El auto de continuación de Diligencias por los trámites del procedimiento abreviado es el momento procesal previsto para la determinación de aquellos hechos que podrán ser objeto de posterior enjuiciamiento y cuáles no; a partir de ese momento quedan fijados tales hechos y no cabe en el trámite procesal previsto para cuestiones previas resucitar esa cuestión cuando aquel auto ha podido ser recurrido -y, de hecho, fue recurrido por lo que la cuestión quedó fijada en aquel momento-. Sobre la forma en que se tomaron las declaraciones en fase de instrucción, las diligencias que se practicaron o que no se practicaron en ese periodo, la intervención que tuvieran entonces el Ministerio Fiscal o el Juez de Instrucción, sólo podría tener relevancia en el presente momento procesal en cuanto cada una de esas actuaciones concretas hubiera servido como prueba o fuente de prueba de las tenidas en cuenta en la sentencia recurrida o hubiera dado lugar a una indefensión real y efectiva con



incidencia en las pruebas valoradas en la sentencia recurrida, conexión que no se pone de manifiesto en los recursos. En cuanto a la posible nulidad de las declaraciones del interventor por haber aportado determinada documentación, debe señalarse el mismo argumento; sólo en la medida en que su declaración sirva para fundar la sentencia que se recurre, cabría en este momento entrar a valorar la validez o no de la misma pero eso lógicamente forma parte de la tarea de revisión de la sentencia de instancia. En suma, la acumulación no ha supuesto alteración de la competencia para su enjuiciamiento por cuanto los hechos aisladamente considerados eran constitutivos de delitos competencia del órgano judicial que los ha enjuiciado, no ha supuesto una alteración de las normas del procedimiento, al ser adecuado el Procedimiento Abreviado seguido, conforme a lo prevenido en el artículo 757 de la LECriminal; en segundo término, porque no se ha acreditado, y ni siquiera alegado, que como consecuencia de ello se hubiera ocasionado algún tipo de indefensión a los acusados que la alegan; en tercer lugar, porque no se denunció en el momento procesal oportuno tal irregularidad a efectos de que, en su caso, pudiera proveerse a su subsanación y, por último, porque lo cierto es que existía un vínculo de conexión, que se trataba de adjudicaciones efectuadas a



ADMINISTRACIÓN  
DE JUSTICIA

la misma empresa por lo que coincidían varias de las personas acusadas.

Las alegaciones de la defensa de Salvador Hierro se analizarán en el siguiente Fundamento de Derecho.

TERCERO.- SOLICITUD DE NULIDAD DE ACTUACIONES POR VULNERACIÓN DEL DERECHO DE DEFENSA en fase intermedia, principalmente por la FALTA DE TRASLADO DE ACTUACIONES PARA FORMULAR ESCRITO DE DEFENSA.

A) La cuestión ha sido planteada por la defensa de SALVADOR JESÚS HIERRO SANTURDE. Para la resolución de esa cuestión, se consideran relevantes los siguientes hechos:

1. Al f. 4528, figura el auto de apertura de juicio oral de 9 de febrero de 2010, que, entre otras cosas dispone: "entregándoles [a las defensas] copia literal de los escritos de acusación. Una vez designados entreguéseles las actuaciones originales o fotocopia de las mismas, haciéndoles saber que deben formular escrito de conformidad o disconformidad con la acusación en el plazo de diez días, proponiendo en su caso las pruebas de que intenten valerse".

2. Al f. 4552, obra un escrito con fecha de entrada 12 de febrero de 2010 en el cual la representación de Salvador

Hierro pide la entrega de las actuaciones para poder presentar escrito de defensa. En el folio anterior, f. 4551, figura una providencia de 1 de marzo, que contesta a dicho escrito: las actuaciones "han estado en todo momento a su disposición en la Secretaría de este Juzgado, donde siguen estando para que pueda formular el escrito de defensa por lo que transcurrido el plazo conferido se continuará conforme a derecho". El 3 de marzo de 2010 se pone en conocimiento personal de Salvador Hierro que las actuaciones están a su disposición en el Juzgado (f. 5274). En f. 5292, la representación de Salvador presenta nuevo escrito con entrada el 16 de marzo de 2010 en que pide la entrega de las actuaciones. Esa solicitud se reitera en escritos con entrada el 29 de septiembre de 2010 (f. 5413), el 20 de octubre de 2010 (f. 5414) y el 23 de diciembre de 2010 (f. 5422).

3. En escrito con entrada el 18 de febrero de 2010, la representación del también imputado Juan Ignacio Díez Muro solicitó la entrega de las actuaciones (f. 4558); posteriormente, tras haber presentado escrito de defensa y haberle sido exhibidas las actuaciones, pidió nuevamente la entrega de actuaciones (f. 5292).

4. En providencia de 24 de marzo de 2010 (f. 5275 y repetida en f. 5341), el instructor, ante la solicitud de



entrega de las actuaciones por parte de la representación de Juan Ignacio Díez Muro y de Salvador Hierro, acuerda que por la Secretaria Judicial se certifique si las actuaciones originales han estado a disposición de las defensas "a los efectos de resolver sobre lo solicitado". Al f. 5368, obra providencia de 19 de agosto -tras escrito presentado por la defensa de Gregorio Alcedo- que dice que por la Sra. Secretaria se levante diligencia de constancia sobre la realidad de las notificaciones y la disposición de los originales por las partes a efectos de resolver sobre lo solicitado y se reitera lo acordado en la providencia de 24 de marzo.

En f. 5369, obra una diligencia de constancia de la Secretario de 19 de agosto de 2010 que dice que las actuaciones originales han sido puestas a disposición de las partes a través de sus procuradores y siempre han estado a disposición de las partes por lo que las manifestaciones de algunos imputados no se ajustan a la realidad pues otros con la misma representación sí han presentado escrito. Al f. 5423, obra nueva diligencia de ordenación de 7 de diciembre de 2010 que dice que las actuaciones originales han estado a su disposición en secretaría pudiendo retirar las mismas o solicitar su fotocopia, acceso que ha tenido la procuradora Ibáñez Bezanilla como demuestra la presentación de escritos de defensa de otros imputados. Dicha Diligencia de



Ordenación fue recurrida por la representación de Juan Ignacio Díez Muro (f. 5435) en reforma y subsidiariamente en apelación; el Juez de Instrucción inadmitió a trámite el recurso (f. 5439). Recurrida en queja la inadmisión del recurso (f. 5713); la Sección Tercera de la Audiencia Provincial desestimó el recurso (f. 5957) diciendo, entre otras cosas, que es "en el debate preliminar o turno de intervenciones previsto en el artículo 786.2 de la LECriminal" cuando las partes pueden exponer lo que estimen oportuno acerca de la presunta vulneración de algún derecho fundamental o la nulidad de actuaciones.

5. Llegadas las actuaciones al Juzgado de lo Penal, al f. 5584, Juan Ignacio Díez Muro recurrió en reforma la fecha de señalamiento del juicio alegando que se había infringido el traslado de las actuaciones a las defensas; el Juzgado contestó, en providencia de 25 de febrero de 2011, que la cuestión estaba resuelta en instrucción en folios 5341, 5345, 5368 por medio de providencia firme y no recurrida (f. 5601). La representación de Salvador Hierro solicitó nulidad por la misma razón (f. 5603); se resolvió por providencia de igual fecha y contenido que la anterior (f. 5605), recurrida en reforma (f. 5801), recurso desestimado por auto de 25 de marzo en el cual el Juzgado señala que ha obtenido copia íntegra en el Juzgado de lo Penal (f.



5937). Juan Ignacio Díez Muro instó incidente de nulidad de actuaciones (f. 5757) y el Juzgado de lo Penal dictó providencia en que no la admitía a trámite.

6. Los procuradores Sres. García Viñuela, Mantilla y González Fuentes -este último era el que actuaba en representación de Salvador Hierro Santurde- efectuaron comparecencia en la que solicitaron copia de las actuaciones (f. 5694). Por medio de Diligencia de ordenación de 9 de marzo de 2011, se accedió a lo solicitado.

7. Planteada como cuestión previa al inicio del juicio oral, el auto resolutorio de las mismas, de fecha 15 de abril de 2011, entiende que es una mera irregularidad procesal; que la defensa de Juan Ignacio Muro tuvo a su disposición la totalidad de los tomos solicitados y se dieron a las partes las copias íntegras que solicitaron en el Juzgado de lo Penal y, remitiéndose a la previsión del 754.1 LECriminal, debe considerarse que, en ausencia de formulación de escrito de defensa, la petición es absolutoria, y que, a mayor abundamiento, en el presente la parte puede proponer la prueba que tenga por conveniente.

B) La posición de esta Sala sobre la cuestión que se plantea ya fue expuesta en anterior Auto de fecha 22 de





junio de 2011 dictado en el Rollo nº 40/2011, referido a un asunto del mismo Juzgado de Instrucción y en la que coincidían algunos de los imputados y lo hizo con ocasión del planteamiento efectuado en las cuestiones previas del juicio oral en el procedimiento abreviado, que en aquel caso era competencia de esta Sala en única instancia: *"El artículo 784.1 de la L.E.Criminal respalda la pretensión de la acusada pues ordena para el trámite de calificación la entrega de la causa, sin que un escrito de defensa presentado "ad cautelam", sin tomar conocimiento de la causa ni mediante entrega de los catorce tomos originales ni por fotocopia, salve la indefensión producida, que fue efectiva y real. Ya hemos dicho que el propio contenido de la diligencia, que se dictó nueve meses después de solicitar el traslado de las actuaciones, confirma que se vulneró el artículo 784.1 de la L.E.Criminal y se limitó el derecho de defensa de la acusada, máxime en un procedimiento complejo y voluminoso como el que nos ocupa"*.

Dicha doctrina es trasladable al presente caso; se ha afectado el derecho de defensa de la parte que recurre puesto que no se le ha hecho entrega de las actuaciones por medio de original o fotocopia en el momento que la ley prevé dicho trámite. Tal traslado no es opcional o potestativo; es preceptivo en los



ADMINISTRACIÓN  
DE JUSTICIA

términos legalmente previstos y ello se explica sencillamente por ser el medio necesario para asegurar que la defensa tenga conocimiento pleno y total de las actuaciones, en los mismos términos que el resto de partes, singularmente que las partes acusadoras. Difícilmente se puede articular correctamente la defensa frente a una grave acusación penal cuando ello ha de hacerse sin poder examinar, con la debida tranquilidad y comodidad, sin las limitaciones de espacio y tiempo derivadas de un examen en sede judicial, el contenido completo de la causa penal. No se plantea, quizá porque no se concibe en las resoluciones que se han dictado por el Juzgado de Instrucción o el Juzgado de lo Penal, que el Ministerio Fiscal califique sin el traslado de las actuaciones, con el único acceso a las mismas producido tras la visita desde el lugar de su destino a aquella localidad en que se encuentra el Juzgado de Instrucción mediante su consulta o que el juez dicte sus resoluciones con el único conocimiento de la causa producido de esta manera. Sin perjuicio de que el escrito de defensa pueda, en ocasiones, adoptar una forma aparentemente simple -limitándose a la negación de los correlativos de la acusación-, no por ello el traslado de las actuaciones deja de ser una diligencia relevante para el ejercicio del derecho de defensa, singularmente en casos de causas complejas y voluminosas, pues el acceso



ADMINISTRACIÓN  
DE JUSTICIA

a las actuaciones no sólo permite a la parte presentar tal escrito sino analizar con detalle las distintas declaraciones prestadas en instrucción, la forma en que se han practicado las actuaciones en que hayan podido limitarse los derechos fundamentales de los imputados, las incidencias producidas en fase de instrucción, ... de manera que luego pueda desarrollarse con eficacia la tarea de defensa del imputado, tarea que no es el desarrollo de una mera posición procesal sino el ejercicio de un derecho fundamental, el derecho de defensa del imputado en un proceso penal. Y es que es sustancial la diferencia entre el traslado de las actuaciones -que impone una carga al órgano judicial para permitir un contacto directo de la parte con el total material de la causa, sin limitación ni cortapisa- y su puesta a disposición -prevista para determinados recursos, como el de apelación contra las sentencias dictadas por el Juzgado de lo Penal y que precisamente tiene sentido porque la parte ya ha recibido previamente el traslado de todo lo actuado de manera que puede, mediante el examen en la sede del órgano judicial, completar el conocimiento de las diligencias o resolver eventuales dudas que le pudieran surgir en relación con alguna concreta actuación procesal posterior al traslado-.

C) A partir de lo anterior, la cuestión que se plantea es si el defecto procesal examinado ha incidido en el derecho de defensa hasta el punto de causar indefensión que afecte al contenido del derecho constitucional de las partes que lo alegan y que ello haga que tenga que decretarse la nulidad de las actuaciones y retrotraer la causa al momento en que se cometió el error, dejando sin efecto todo lo actuado posteriormente, tal como solicitan los recurrentes.

Siguiendo, por ejemplo, la STS 61/2011 de 17-2, la noción de indefensión, junto con la de finalidad de los actos procesales que se menciona también en el art. 240.1 LOPJ, se convierte en elemento decisivo y trascendental, que cobra singular relieve por su naturaleza y alcance constitucional a los efectos de valorar una posible nulidad de actuaciones. Es indudable que el concepto de indefensión comprendido en los artículos 238.3 y 240 LOPJ ha de integrarse con el mandato del artículo 24.1 CE sobre la obligación de proporcionar la tutela judicial efectiva sin que en ningún caso pueda producirse indefensión, aunque ello no signifique en la doctrina constitucional que sean conceptos idénticos o coincidentes.

a) El primer rasgo es que se trate de una efectiva y real privación del derecho de defensa; no basta con

la realidad de una infracción procesal para apreciar una situación de indefensión, ni es bastante tampoco con invocarla para que se dé la necesidad de reconocer su existencia: no existe indefensión con relevancia constitucional, ni tampoco con incidencia procesal cuando, aun concurriendo alguna irregularidad, no se llega a producir efectivo y real menoscabo del derecho de defensa con el consiguiente perjuicio real y efectivo para los intereses de la parte afectada, bien porque no existe relación entre los hechos que se quieran probar y las pruebas rechazadas, o bien porque resulte acreditado que el interesado, pese al defecto, pudo proceder a la defensa de sus derechos e intereses legítimos.

La indefensión consiste en un impedimento del derecho a alegar y demostrar en el proceso los propios derechos y, en su manifestación más trascendente, es la situación de que el órgano judicial impide a una parte en el proceso el ejercicio del derecho de defensa, privándola de su potestad de alegar y justificar sus derechos e intereses para que le sean reconocidos o para replicar dialécticamente las posiciones contrarias en el ejercicio del indispensable principio de contradicción (SSTC 106/83, 48/84, 149/87, 163/90, 8/91, 33/92, 270/94, 15/95, 91/2000, 109/2002). No basta con la realidad y presencia de un defecto



procesal si no implica una limitación o menoscabo del derecho de defensa en relación con algún interés de quien lo invoca, sin que le sean equiparables las meras situaciones de expectativa del peligro o riesgo (SSTC 90/88, 181/94 y 316/94). Así, la STS 31.5.1994 recuerda que el Tribunal Constitucional tiene declarado, de un lado, que no toda vulneración o infracción de normas procesales produce "indefensión" en sentido constitucional, pues ésta solo se causa cuando se priva al justiciable de alguno de los instrumentos que el ordenamiento pone a su alcance para la defensa de sus derechos con el consiguiente perjuicio (SSTC 145/90, 106/93, 366/93), y de otra, que para que pueda estimarse una indefensión con relevancia constitucional que sitúe al interesado al margen de alegar y defender en el proceso sus derechos, no basta con una vulneración puramente formal sino que es necesario que con esa infracción forma se produzca ese efecto material de indefensión, un menoscabo real y efectivo del derecho de defensa (SSTC 153/88, 290/93).

Pues bien, el ataque al derecho de defensa del imputado, en las circunstancias en que se ha producido en la presente causa, permite configurar el incumplimiento del trámite del artículo 784.1 de la LECriminal no como un mero incumplimiento procesal sino como la infracción del derecho fundamental de defensa



del artículo 24.2 de la Constitución e incluso del principio de igualdad del artículo 14. Para ello se tiene en cuenta:

en primer lugar, que la falta de traslado para evacuar el escrito de defensa se suma a otras actuaciones defectuosas del Juzgado de Instrucción y que comienzan por la falta de notificación de algunas diligencias; si bien no son las catorce que se narran durante la fase de instrucción e intermedia en el escrito de defensa del recurrente pues varias de ellas sí están notificadas a la parte, hay otras que no aparece que lo estén -las de f. 1292 y ss., f. 4902 o las de f. 5260, 5261, 5262 que, si bien figuran notificados al f. 5314, hay una nota a mano que dice "no están los autos para hacer copia de los escritos"-;

en segundo término, el distinto tratamiento otorgado a las acusaciones y defensas durante la fase intermedia, en perjuicio de éstas, cuando el Juzgado no sólo da traslado de la causa al Ministerio Fiscal (y a la acusación popular, aunque luego esta desistiera) sino que le amplía el plazo para acusar mientras que a las defensas les niega el mero traslado de las actuaciones para evacuar el escrito de defensa. Ello configura una intolerable e injustificable desigualdad procesal ante la cual no puede afirmarse que la defensa



ha llegado al acto del juicio con las posibilidades de desarrollar su cometido de manera correcta;

en tercer lugar, que se trata de una causa compleja, extensa, compuesta de varios volúmenes y anexos, con la práctica durante la fase de instrucción de numerosa prueba testifical, unión de abundante documentación y estando singularmente afectado el interés público al estar implicados varios servidores públicos en el desarrollo de las funciones propias de su cargo y personas vinculadas a ellos.

b) Como segunda característica, la privación o limitación del derecho de defensa ha de ser directamente atribuible al órgano judicial y no a la omisión voluntaria, pasividad, negligencia, impericia o error pues la ausencia de contradicción y defensa de alguna de las partes en el proceso que resulta de su actuación negligente no puede encontrar protección en el artículo 24.1 CE; así ocurre cuando la parte que pudo defender sus derechos e intereses legítimos a través de los medios que el ordenamiento jurídico le ofrece no usó de ellos con la pericia técnica suficiente, o cuando la parte que invoca la indefensión coopere con la conducta a su producción (STC 167/88, 101/89, 50/91, 64/92, 91/94, 280/94, 11/95). Así la STC 50/1991 de 11 de marzo dice que la indefensión





derivada de la ausencia de contradicción y defensa de alguna de las partes en el proceso que contradiga la actuación diligente exigible a las mismas no puede encontrar protección en el art. 24.1 CE cuando la parte que pudo defender sus derechos e intereses legítimos, a través de los medios que le ofrece el ordenamiento jurídico, no usó de ellos con la pericia técnica suficiente, o cuando la parte que invoca la indefensión coopera con su conducta a su producción, ya que si la indefensión se debe a la inactividad o negligencia, por falta de la diligencia exigible al lesionado, o se crea por la voluntaria actuación desacertada, equívoca o errónea de dicha parte, la indefensión resulta absolutamente irrelevante a efectos constitucionales porque al causante de ella le es imputable su presencia. La STC 23-3-2009, que se refiere a irregularidades procesales materializadas en ausencia de trámites esenciales del procedimiento, dice "sin embargo, la recurrente no interpuso recurso de súplica contra ninguna de las providencias, aquietándose frente a dichas actuaciones procesales" de manera que "el recurrente no ha cumplido con la exigencia de agotar la vía judicial previa antes de acudir al recurso de amparo y que, como hemos recordado, responde a la finalidad de preservar el carácter subsidiario del amparo, evitando que el acceso a esta jurisdicción constitucional se produzca per saltum, como pretende la



recurrente" y es que "la falta de una temprana reacción de la parte frente a una decisión judicial, siempre que ello suponga la omisión de una exigencia legal para posibilitar el restablecimiento del derecho a través del sistema de recursos ordinarios en la vía judicial, conduce a apreciar la ya señalada causa de inadmisión de falta de un correcto agotamiento de la vía judicial previa" (SSTC 271/2006, 297/2000). Y ello porque la situación de indefensión exige examinar el comportamiento procesal de la parte a lo largo del procedimiento y en sus diversas fases pues tal constatación es determinante para la aplicación de la buena o mala fe procesal y, sobre todo, para valorar en toda su intensidad la real presencia de una situación de indefensión que anule de manera efectiva las posibilidades de defensa o haya impedido la rectificación de comportamientos procedimentales irregulares en momentos especialmente previstos para su denuncia y corrección con merma mínima de otros derechos de igual rango como pudiera ser, entre otros, el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas.

Una vez se ha afirmado la vulneración de derechos de la defensa y la relevancia inicialmente anulatoria de los mismos, queda, por tanto, plantearse si cabe afirmar que la parte que recurre ha consentido o tolerado tales infracciones sin evacuar protesta o recurso y las



consecuencias que ello pueda tener o si la actuación posterior del Juzgado de lo Penal ha subsanado los defectos padecidos previamente. Respecto de la primera parte, es cierto que el Juzgado dictó varias providencias (de 1 y 24 de marzo y 19 de agosto) y Diligencias de Ordenación de 19 de agosto y 7 de diciembre y que sólo frente a la segunda de las Diligencias fue interpuesto recurso de reforma y subsidiario de apelación por Juan Ignacio Díez Muro, inadmitido a trámite por auto del Juzgado de 10 de febrero de 2011, que fue recurrido en queja, desestimada por la Audiencia Provincial. Ante ello, debe razonarse:

1º, que tratándose de la infracción de derechos fundamentales de contenido constitucional la doctrina del máximo intérprete de la misma, el Tribunal Constitucional, lo que exige es que la infracción procesal se alegue en las distintas instancias que recorra el asunto en vía judicial; así, se dice que el requisito previsto en el art. 44.1 c) LOTC (agotamiento de la vía judicial), como señala la STC 153/1999, de 14 de septiembre, son dos los elementos que determinan la concurrencia de este requisito: la invocación formal del derecho vulnerado y la exigencia temporal de que esa invocación se produzca "tan pronto como, una vez conocida la violación, hubiere lugar para ello"; de modo que "el momento procesal oportuno para efectuar la



invocación en el previo procedimiento judicial es el inmediatamente posterior a aquél en que se produzca la pretendida lesión, sin perjuicio de reiterarla en la posterior cadena de recursos" (entre otras, SSTC 171/1992, de 26 de octubre; 107/1995, de 3 de julio; 143/1996, de 16 de septiembre). En definitiva, se ha poner en conocimiento del órgano judicial el "hecho fundamentador de la vulneración" (STC 29/2004, de 4 de marzo), de modo que la pretensión deducida en amparo no tenga un contenido distinto a la que se hizo valer ante los órganos judiciales y evitar así que el recurso de amparo se convierta en un remedio alternativo e independiente de protección de los derechos fundamentales (STC 201/2000, 132/2006);

2º, al analizar detalladamente lo sucedido y ya previamente relatado, resulta que la defensa que suscita la cuestión en apelación ha mostrado de manera reiterada y continua su voluntad contraria a la decisión adoptada por el Juzgado de Instrucción poniéndolo de manifiesto a través de diversos escritos tanto en el propio Juzgado de Instrucción como en el Juzgado de lo Penal y ahora en la fase de apelación; así, hasta en cinco ocasiones en el Juzgado de Instrucción la representación de Salvador Hierro pidió la entrega de las actuaciones;



3º, aunque se admita que, dado que el recurso de reforma frente a las providencias debe resolverse por auto y este auto está sujeto a las normas generales de apelación de los autos previstos en el artículo 766 de la LECriminal, lo que hubiera permitido a la Audiencia Provincial pronunciarse en aquel momento procesal sobre la pertinencia de lo solicitado por las partes disconformes con la resolución del Juzgado, ello no supone que la falta de recurso contra las providencias citadas implique la admisión de su contenido y la imposibilidad de reproducir tal cuestión ante el Juzgado de lo Penal por cuanto deba entenderse que la parte se haya conformado con su contenido. Tal cuestión no impedía plantear y estimar la cuestión en el trámite de cuestiones previas del juicio oral: en primer lugar, porque las providencias no daban respuesta expresa a la petición de Salvador Hierro, no señalaban que no hubiera lugar a lo solicitado, no denegaban su petición sino que la primera se limitaba a indicarle la posibilidad que le ofrecía el Juzgado y las de 24 de marzo y 19 de agosto pedían que la secretaria diera constancia de la situación "a los efectos de resolver sobre lo solicitado y determinar si procede o no un nuevo plazo", sin que posteriormente el juez instructor resolviera expresamente en sentido estimatorio o desestimatorio; en segundo término, las resoluciones dictadas por el Juzgado infringían el artículo 141 de la LECriminal que ordena a



las resoluciones judiciales del ámbito penal incluir el régimen de recursos que cabe frente a las mismas, algo que se omitía en tal providencia (*"Todas las resoluciones incluirán la mención del lugar y fecha en que se adopten, y si la misma es firme o si cabe algún recurso contra ella, con expresión, en este último caso, del recurso que proceda, del órgano ante el que debe interponerse y del plazo para recurrir"*); en tercer lugar, cuando la parte presenta nuevo escrito el 16 de marzo de 2010 en el cual mostraba su discrepancia con la resolución del Juzgado de 1 de marzo de 2010, estaba dentro del plazo para recurrir por lo que bien pudo ser interpretado por el Juzgado como un recurso frente a aquella resolución puesto que exteriorizaba de manera abierta la discrepancia respecto del contenido que le había sido notificado;

4º, además, es que la Sección Tercera de la Audiencia Provincial sí se pronunció sobre este extremo con carácter previo al juicio. Dado que finalmente se recurrió en queja la inadmisión de recurso contra la Diligencia de ordenación de 7 de diciembre de 2010, la Audiencia Provincial, Sección Tercera, en auto de 23 de marzo de 2011, dijo que, dado que la nulidad se impetraba respecto de cuestiones sucedidas tras el auto de apertura de juicio oral, *"las manifestaciones que expone en su recurso donde deben plantearse no es en esta fase*



procesal, sino en el debate preliminar o turno de intervenciones previsto en el artículo 786.2 de la LECriminal" y añadía "siendo improcedente la alegación en esta fase del proceso de presuntos motivos de nulidad, procede desestimar el recurso". Es decir, que dicho auto expresamente remitía la solución de esta cuestión procesal al momento inicial del juicio por lo que no se considera correcta la argumentación del Juzgado de lo Penal al señalar que ya estaba resuelta en firme por el Juzgado de Instrucción.

La interpretación del citado auto de la Audiencia Provincial de 23 de marzo de 2011 encuentra acomodo en el artículo 784.1.párrafo tercero de la LECriminal: en relación con el supuesto en que precluya el trámite para presentar el escrito de defensa sin haberlo hecho, se añade "sin perjuicio de que si los afectados consideran que se ha producido indefensión puedan aducirlo de acuerdo con lo previsto en el apartado 2 del artículo 786", precepto que es el que regula el trámite de cuestiones previas del juicio oral; se permite, por tanto, plantear en el momento inicial del juicio las cuestiones que afecten al derecho de defensa y que se hayan producido una vez abierto el juicio oral. Y ello encuentra su lógica precisamente en que, en ese momento procesal, ya se ha dictado el auto de apertura de juicio oral -que es irrecurrible-, esto es, el juicio habrá de



celebrarse y será en él donde se resolverán los eventuales problemas procesales que surjan en esa fase del procedimiento, evitándose así recursos interlocutorios que puedan dilatar la celebración del juicio.

c) Respecto de la posibilidad de considerar remediada la infracción procesal por la entrega de fotocopia de actuaciones en el Juzgado de lo Penal, si bien debe ponderarse el voluntarioso esfuerzo de este órgano en realizar un trámite que tenía que haber efectuado el Juzgado de Instrucción, se considera que ni por su objeto ni por el momento en que se realiza puede subsanar la indefensión padecida en la causa por las defensas que recurren. Se trata de un trámite cuyo objeto, a falta de resolución judicial expresiva de ello, debe entenderse como una forma de garantizar a las defensas afectadas que podrían actuar con igualdad de armas durante el juicio cuya fecha de celebración ya estaba señalada; pero no preveía ni se permitía a la defensa que presentase escrito de conclusiones provisionales ni que solicitase la práctica de prueba ni que impugnase las pruebas propuestas de contrario. En cuanto al momento en que se hace, se produce un retraso de trece meses desde que debió ser dado el traslado hasta que se acordó la entrega de fotocopias y ello se hizo apenas un mes antes del juicio. Aunque se entendiera





salvada la indefensión en el acto mismo del juicio, no se subsanaba la indefensión ya consumada en el Juzgado de Instrucción y que tenía necesariamente reflejo en el juicio al haber privado a dicha parte de la posibilidad de presentar alegaciones, proponer pruebas e impugnar otras pruebas que precisamente debían surtir efectos en dicho juicio.

En suma, debe prosperar el recurso de Salvador Hierro Santurde y decretarse la nulidad de las actuaciones desde el momento en que se dictó auto de apertura de juicio oral a fin de que se retrotraigan a dicho momento con traslado de las actuaciones por original o fotocopia a todas las defensas.

CUARTO.- Se declaran de oficio tanto las costas de esta alzada como las de la instancia.

Así, en ejercicio de la potestad jurisdiccional que nos ha conferido la Constitución Española, y en nombre de Su Majestad El Rey,

#### **F A L L A M O S**

Que estimando el recurso de apelación interpuesto por la representación de SALVADOR HIERRO SANTURDE así como desestimando los motivos por infracción procesal alegados por las defensas de SANTIAGO VELEZ



VITORIA y JESÚS JAIME DIEZ MURO y sin entrar en el resto de alegaciones de los recursos formulados, y contra la Sentencia del Juzgado de lo Penal número Dos de Santander de 18 de mayo de 2011, debemos declarar y declaramos la nulidad de lo actuado desde el momento posterior a dictarse auto de apertura de juicio oral debiendo retrotraerse las actuaciones a dicho momento procesal y entregarse las actuaciones por original o fotocopia a todas las defensas. Se declaran de oficio las costas de la instancia y las de esta alzada.

Siendo firme esta Sentencia desde esta fecha, por no caber contra ella recurso alguno, devuélvase la causa original junto con su testimonio al Juzgado de procedencia para su ejecución y cumplimiento.

Así por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.