



Roj: **ATS 8692/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:8692A**

Id Cendoj: **28079120012018201385**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **25/07/2018**

Nº de Recurso: **20907/2017**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Causa especial**

Ponente: **FRANCISCO MONTERDE FERRER**

Tipo de Resolución: **Auto**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Auto núm. /

Fecha del auto: 25/07/2018

Tipo de procedimiento: CAUSA ESPECIAL

Número del procedimiento: **20907/2017**

Fallo/Acuerdo:

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Monterde Ferrer

Procedencia: FISCALÍA GENERAL

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Antonia Cao Barredo

Transcrito por: OVR

Nota:

CAUSA ESPECIAL núm.: **20907/2017**

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Monterde Ferrer

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Antonia Cao Barredo

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Auto núm. /

Excmos. Sres.

D. Miguel Colmenero Menendez de Luarca

D. Francisco Monterde Ferrer

D. Alberto Jorge Barreiro

En Madrid, a 25 de julio de 2018.

Esta sala ha visto

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Francisco Monterde Ferrer.

ANTECEDENTES DE HECHO



PRIMERO.- En fecha **6 de julio de 2018**, el procurador D. Emilio Martínez Benítez, en nombre y representación de Dña. Ariadna, presentó escrito formulando recurso de **queja**, contra el **Auto de 20 de junio de 2018**, del Excmo Sr. Juez Instructor de la Causa especial 20907/17, que a su vez desestima el recurso de **reforma** contra la **providencia** de fecha **8 de mayo de 2018**, solicitando que, tras los trámites oportunos, se estimara el recurso y se declarara la nulidad de la resolución recurrida, dejándola sin efecto, así como todo lo que se ha derivado de la misma; y que se dejara sin efecto la resolución respecto a la formación de la pieza separada que se ordenó formar.

SEGUNDO.- Por providencia de esta Sala de Recursos frente a las resoluciones del Instructor, de fecha dieciséis de julio de 2018, se tuvo por presentado el anterior escrito, por interpuesto el recurso de queja, por designado ponente, ordenándose dar traslado por diez días al Instructor para evacuación de informe. Y por proveído de esta misma Sala de dieciocho de julio de 2018, se tuvo por evacuado el traslado, dando por recibido el testimonio de actuaciones remitido, a la vez que se acordaba dar traslado al Ministerio Fiscal, para informe en término de tres días, el cual se tuvo por tal por providencia de 20 de julio de 2018, en la que además se señaló para **deliberación y resolución** del presente recurso el día **25 de julio**, en el que ha tenido lugar, con el resultado que se expresa a continuación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Efectivamente, con fecha **8 de mayo de 2018**, el Excmo. Sr. Magistrado Instructor dictó **providencia** en la que, entre otros particulares acordó la práctica de las siguientes diligencias interesadas en escrito del Ministerio Fiscal:

« **Reclámese** del Juzgado Central de Instrucción núm. 3 (diligencias previas 82/17), testimonio del informe original emitido por la Unidad de Policía Judicial de la VII Zona de la Guardia Civil con el no NUM000 y sus anexos referidos a correos electrónicos de Mandos de los Mossos d'Esquadra, y relación de llamadas telefónicas entre los investigados, en relación con los incidentes acaecidos el 20 de septiembre y el 1 de octubre de 2017.

Reclámese igualmente del referido Juzgado testimonios del auto acordando la apertura y volcado de tales correos electrónicos, así como la obtención del listado de llamadas telefónicas, y del informe policial previo en el que la Unidad Policial encargada de la investigación solicitó la adopción de tales medidas restrictivas de derechos.

Reclámese del Juzgado de Instrucción núm. 13 de Barcelona (diligencias previas 118/2017) testimonio de las siguientes diligencias, actuaciones y particulares (en su caso, copias de los DVD) obrantes en las referidas diligencias y que tienen una relación directa con el espacio objetivo y subjetivo (hechos y sujetos investigados) acotado por el Instructor en resoluciones dictadas con anterioridad:

Tomo XV

5252.- Providencia de 14-11-2017 autorizando la apertura y volcado de la información del teléfono móvil Apple 1688 de Jose Carlos en el laboratorio de informática forense de la CG.

5256-63.- DVD con escuchas telefónicas del 18-9-2017 al 9-10-2017.

Tomo XVI:

5459-5575.- Informe de la Guardia Civil no NUM001 sobre malversación de fondos públicos en los preparativos y ejecución del referéndum del 1 de Octubre con facturas y evidencias

- Publicidad del referéndum->10.829,50 euros pagados a Estudi Sadá por el Departamento de Exteriores 12.700 euros a Paula por diseño de la web pactepelreferendum.cat/80.440,19 euros a Hipolito por difusión anuncio en internet/130.865 euros a FOCUS MEDIA SL por difusión en prensa escrita pagadas estas dos últimas por el Departamento de Presidencia/ 93.179 euros y 184.624 euros por publicidad en medios audiovisuales (TV3 y radio) a la CCMA (facturas de 14-9-17 y 5-10-17).

5481-84.- Declaración testigo Virginia (FOCUS MEDIA SL).

5506-07.- Declaración testigo Carlos (Director de la Vanguardia).

5508-09.- Declaración testigo Cesareo (CATRMEDIA SL): se niega a declarar.

5513-16.- Declaración testigo Darío (El Punt Avui); aporta dos facturas por publicación de anuncios relacionados con el referéndum por importe de 22.737,34 euros (folio 5518) y 9.094,93 euros (folio 5519).



5521-22.- Declaración testigo Angustia (preside la CCMA): aporta certificación de facturas emitidas por Presidencia (folios 5525 y 6) con IVA por importe de 4.356 euros, 223,396 euros y 112.747 euros (folios 5529 a 5531), estas dos últimas se corresponden con las mencionadas anteriormente pero con el IVA.

5532-35.- Declaración testigo Fructuoso (responsable de Difusión de Presidencia).

5538-41.- Declaración testigo Gines (Departamento de Difusión de Presidencia).

5544-45.- Declaración testigo Hipolito (de NOTHINGAD COMUNICACIÓN aporta factura por 97.332,62 euros (folio 5553).

5559-60.- Declaración testigo Millán (de CARAT ESPAÑA)

5568-69.- Declaración testigo Octavio (El Pais).

5581-5642.- Informe de la Guardia Civil sobre el contenido de la agenda Moleskine intervenida a Jose Carlos .

Tomo XVII:

5817-18.-Informe de la Interventora General de la Generalitat Mercedes , certificando que los encargos de UNIPOST no son ilegales ni son gastos derivados de la financiación de actuaciones ilegales.

5821-5916.- facturas cobradas por UNIPOST a la Generalitat: a los folios 5821 y 5822 figura certificación de 108 FINANCE E.F.C. señalando que UNIPOST le ha entregado facturas para su cobro relacionadas con la prestación de servicios a organismos de la Comunidad Autónoma de Cataluña, son 33 facturas por importe de 233.024,60 euros fechadas en junio y julio de 2017 (por servicios prestados entre el 3-4-2017 y 30-6-2017).

5958-6182.- diligencias de investigación 67/2017 de la Fiscalía de Área de Sabadell sobre hallazgo de material relacionado con el referéndum ilegal en la empresa BUZONEO DIRECTO SL ubicada en Moncada y Reixach.

Tomo XVIII:

6246-47.- Informe de Secretaría de Estado de Hacienda sobre entregas a cuenta en virtud del sistema de financiación autonómica y sobre recursos asignados a Cataluña en el 2017 con cargo al FLA: 14.046,48 millones de euros y 7.757,2 millones de euros respectivamente.

6269-70.- Solicitud de GC para el traslado del móvil Iphone GS de Jose Carlos al laboratorio Cellebrite de Munich para el desbloqueo del teléfono.

6336-6435.- fotocopia íntegra de la agenda Moleskine de Jose Carlos con DVD

6458-62.- requerimiento de Secretaría de Estado de Hacienda a la Interventora General de la Generalitat pidiendo información sobre determinados pagos (de fecha 15-1-2018)

6417-6574.- Informe de la GC de 17-1-2018 sobre correos electrónicos de Dionisio en DVD

6603-04.- auto de 19-1-2018 accediendo a solicitud de GC respecto al móvil de Jose Carlos

6629-30.- acta de desprecinto y volcados de los efectos incautados en la sede de UNIPOST y domicilio de Pedro Francisco

Tomo XIX:

6803-6826.- informe técnico policial de GC (NUM002) con análisis de la documentación intervenida a Jose Carlos en su despacho

6912-13.- auto de 1-2-2018 dirigido a la Agencia Tributaria para averiguar cuentas de DIPLOCAT

6941.- Certificación del Parlamento de Cataluña haciendo constar que Desiderio , Dionisio y Jose Carlos son Diputados.

7007.- Declaración testigo Eduardo (grabada en el sistema Arconte 2)

7008.- Declaración testigo Epifanio (grabada en el sistema Arconte 2).

Tomo XX:

7111-7119.- Oficio del Juez Instructor del Supremo solicitando testimonio de los particulares pedidos por el Fiscal (18-1-2018)

7180-82.- Auto de 8-2-2018 autorizando a la GC para el acceso a los ficheros de SEPBLAC en relación con los investigados por los preparativos del 1 de Octubre.



7287-89.- Oficios de la Delegación del Gobierno en Cataluña adjuntando documentación sobre los requerimientos de información en relación con los gastos

del 1 de Octubre.

7290-97.- Documentación que se adjunta a los oficios anteriores (informes de la Directora de Servicios del Departamento de Vicepresidencia y de Economía y

Hacienda, y de la Interventora General de la Generalitat de Cataluña)

7350.- Declaración judicial del investigado Hilario (se graba en el sistema Arconte 2)

7353.- Declaración judicial del investigado Joaquín (se graba en el sistema Arconte 2)

7356.- Declaración judicial del investigado Justiniano (se graba en el sistema Arconte 2)

7359.- Declaración judicial del investigado Leopoldo (se graba en el sistema Arconte 2)

7362.- Declaración judicial del investigado Marcial (se graba en el sistema Arconte 2)

7367-68.- Información de la Agencia Tributaria sobre cuenta bancaria de DIPLOCAT en Caixabank SA: transacción por 54.030 euros en fecha 610-2017 al Reino Unido.

7369-70.- Auto de 10-2-2018 solicitando de Caixabank los movimientos de la cuenta entre 1-8 y 30-11-2017

7409.- Declaración judicial del investigado Sergio (se graba en el sistema Arconte 2)

7412.- Declaración judicial del investigado Teodosio (se graba en el sistema Arconte 2)

Tomo XXI:

7729.- oficio remisión a la Sala Penal del TS de DVD con archivos audiovisuales que contienen: referéndum.cat del Tomo 3 de intervenciones telefónicas (cautelares) y atestado GC NUM003 sobre hechos de Tarrasa del 19-9-2017

Tomo XXII:

7826-27.- Auto de 28-2-2018 por el que declara compleja la causa hasta los 18 meses

8169.- Declaración judicial del investigado Luis Alberto (se graba en el sistema Arconte 2)

8171.- Declaración judicial del investigado Jesús María (se graba en el sistema Arconte 2)

8173.- Declaración judicial del investigado Juan María (se graba en el sistema Arconte 2)

8175.- Declaración judicial del investigado Juan Miguel (se graba en el sistema Arconte 2).

PIEZA SEPARADA DE MALVERSACIÓN DE FONDOS PÚBLICOS (contiene todas las actuaciones practicadas y derivadas de los atestados realizados por la Unidad de Policía Judicial de la VII Zona de la Guardia Civil números NUM004 , NUM003 , NUM005 , NUM006 y NUM007).

Los folios que deben ser testimoniados son los siguientes:

Folios 1 a 52 atestado Guardia Civil no NUM004 sobre gastos en la preparación y ejecución del referéndum

Folios 56 a 59 informe Guardia Civil complementario del anterior y sobre la identidad de un investigado

Folios 60 a 66 auto de entrada y registro en oficinas de UNIPOST en Hospitalet de Llobregat y Barcelona, y domicilio de Pedro Francisco

Folios 68 a 70 diligencia de entrada y registro en domicilio de Pedro Francisco

Folio 71 diligencia de entrada y registro en sede de UNIPOST en Barcelona

Folios 73 a 102 atestado Guardia Civil nº NUM003 ampliatorio del 108 sobre gastos en la preparación y ejecución del referéndum.

Folios 110 a 119 diligencia de entrada y registro en sede de UNIPOST en Hospitalet de Llobregat

Folios 173 a 174 informe Guardia Civil sobre existencia de material electoral en almacén de UNIPOST en Tarrasa

Folios 175 a 179 Auto de intervención y apertura de sobres localizados en la sede de UNIPOST en Tarrasa

Folios 184 a 187 Auto de no autorización de entrada y registro en la sede de UNIPOST en Tarrasa

Folios 190 y 191 Acta de intervención de efectos en la sede de UNIPOST en Tarrasa

Folio 192 diligencia de apertura de un sobre intervenido

Folios 212 a 230 Atestado Guardia Civil sobre aprehensión de 43.429 sobres postales de la Generalitat en la sede de UNIPOST de Tarrasa

Folios 234 y 235 Acta de constancia y aprehensión de efectos

Folio 237 fotografía de uno de los sobres y carta intervenidos en UNIPOST

Folios 239 a 242 reportaje fotográfico del material hallado en sede de UNIPOST

Folio 253 DVD con imágenes de lo acontecido el 19-9-2017

Folios 254 a 256 Declaración del testigo Feliciano Delegado de UNIPOST y responsable de las sucursales de Manresa y Tarrasa

Folios 276 a 282 Informe de Mossos sobre hechos ocurridos en la sede de UNIPOST en Tarrasa

Folios 293 a 311 Informe de Guardia Civil y declaraciones de Gervasio , Gustavo y Hugo (los tres empleados de UNIPOST)

Folio 326 Auto de prórroga del secreto de las actuaciones (10-1-2018)

Folios 328 a 333 Acta de apertura del material postal intervenido

Folios 384 a 421 Atestado Guardia Civil no NUM005 ampliatorio del NUM004 y NUM003 sobre gastos en la preparación y ejecución del referéndum

Folios 441 a 454 facturas y albaranes de UNIPOST con cargo al Departamento de Presidencia de la Generalitat

Folios 455 a 457 Declaración del testigo Jose Antonio

Folios 460 a 462 Declaración del testigo Juan Ramón

Folios 463 a 464 Declaración del testigo Pedro Miguel

Folios 465 a 466 Declaración del testigo Abilio

Folios 467 a 469 Declaración del testigo Alonso

Folio 485 Declaración como investigado de Antonio : no desea declarar

Folio 488 diligencia Guardia Civil solicitando mandato judicial para averiguar pagos realizados en cuenta de UNIPOST por la Generalitat

Folio 89 Diligencia Guardia Civil solicitando mandato judicial para que la Interventora General de la Generalitat aporte información sobre pagos a UNIPOST.

Folios 513 a 515 Auto judicial autorizando las solicitudes de Guardia Civil

Folio 521 y 522 Auto levantamiento del secreto de las actuaciones (9-22018)

Folios 577 a 586 informe económico y, fiscal presentado por la Intervención General de la Generalitat sobre los servicios postales y de mensajería relacionados con el referéndum

Folios 621 a 641 Atestado Guardia Civil nº NUM007 ampliatorio del NUM005 sobre gastos en la preparación y ejecución del referéndum (pagos a UNIPOST), incluye declaración del testigo Cirilo (folios 637 y 638).

En cuanto a la solicitud de formación de **Pieza Separada** , tal y como permite el art. 762.6 de la LECr teniendo en cuenta la situación procesal de los procesados Eleuterio , Enrique , Eulalio , Eva María , Adolfinia , Aida Y Amparo , declarados en rebeldía, y considerando que existen elementos suficientes para ser juzgados de forma independiente, **procede** la formación de Pieza Separada respecto a los mismos.»

Y el Excmo Sr. Magistrado Instructor, con **fecha 20-6-2018** dictó **Auto** en cuya parte dispositiva acordó:

« **Desestimar** los recursos de **reforma** interpuestos por las representaciones procesales de D. Jose Enrique y D. Carlos Jesús ; Dña Amparo ; D. Eleuterio ; Dña Adolfinia y D. Eulalio ; Dña Aida ; D. Celestino ; D. Íñigo ; D. Leonardo y D. Melchor ; Dña Raimunda ; y Dña Ariadna , contra la providencia de 8 de mayo de 2018, la cual se confirma en todos sus extremos.»

SEGUNDO.- La recurrente pone su énfasis sobre tres cuestiones: La aplicación del criterio de oportunidad respecto a la gestión de las **órdenes de detención europeas** que, con su **retirada** , perjudica y vulnera los derechos de las defensas; la legalidad de abrir una **pieza separada** donde se incluya a los procesados que no se encuentran a disposición del Tribunal; y la legalidad de la decisión de admisión de las **diligencias** de



investigación solicitadas por la Fiscalía, referentes a la incorporación de **documentos** provenientes de la causa que se instruye ante el Juzgado de Instrucción nº 13 de Barcelona, donde se reflejan declaraciones testificales habidas en aquél Juzgado de Instrucción.

TERCERO .- Sobre la **tercera cuestión** , la recurrente entiende que constituye una manifiesta conculcación del derecho a la tutela judicial efectiva, a la defensa y a un procedimiento con todas las garantías, ex art. 24.1 y 2 CE, y al juicio justo, ex art. 6CEDH, porque se está produciendo una instrucción basada en el acopio de material probatorio que se remite periódicamente al Instructor, sin que las defensas tengan oportunidad de participar en dichas diligencias de prueba de cargo y ocasionando, por tanto, una importante indefensión material, estando personado el Ministerio Fiscal en las actuaciones del juzgado de Instrucción nº 13 de Barcelona, a diferencia de las defensas de este procedimiento que no lo están.

Ello, no obstante, por lo que se refiere a la pretendida indefensión que pueda haber producido a los recurrentes la incorporación a la presente causa de diligencias procedentes de otros procedimientos y en concreto, de las practicadas ante el Juzgado de Instrucción nº 13 de Barcelona, como ya ha dicho en otro momento esta Sala de apelación, no puede compartirse la crítica a la reclamación de testimonios de las DP. 118/2017 del Juzgado de Instrucción nº 13 de Barcelona, que realiza el Instructor.

Por un lado, ello no viene a suponer una delegación del Instructor de esta causa en el criterio del juzgado de Barcelona para la delimitación del contenido objetivo del procedimiento. Se trata simplemente del reconocimiento de la existencia de un procedimiento temporalmente anterior, seguido contra personas distintas, pero por unos mismos o análogos hechos, y cuyo estadio más avanzado de la instrucción pueda resultar útil para la averiguación en esta causa de esos mismos hechos -indiciaria y provisionalmente encuadrables en rebelión, sedición, prevaricación o malversación de fondos públicos- y de la participación de los en ésta sospechosos, imputados o implicados, sin acudir a una ulterior y eventualmente poco útil o contraproducente investigación por la Policía de los mismos hechos. Nada impide, pareciendo incluso aconsejable, la incorporación de tales testimonios a la presente causa por la vía de testimonios que se han solicitado, sin perjuicio de que su valoración corresponda al Instructor. En cualquier caso, las partes, tanto acusadoras como acusadas, tienen la *oportunidad de conocer y contradecir dicho material*, una vez incorporado a la causa, con las alegaciones, precisiones y aportaciones que tengan por conveniente, preparando la efectividad de la contradicción que, en su momento, tendrá pleno efecto en el acto del juicio oral. Y ello, tanto si se trata de elementos documentales, como testificales, a los que en concreto se refieren en esta ocasión la recurrente.

El hecho de que la recurrente, o alguno de ellos, *no haya sido parte en la causa* seguida en Barcelona y no hubieran intervenido o podido contradecir la práctica de las diligencias allí desplegadas, no impide en esta causa el ejercicio de sus derechos de defensa, pues quedan sometidas a la contradicción de las partes, una vez que se incorporen a la causa, ponderándose entonces por el Instructor la trascendencia que tengan para el éxito de la investigación. E iguales *posibilidades de defensa y contradicción* van estando al alcance de las Defensas de la recurrente y demás investigados en esta causa, conforme se van incorporando a ésta; no correspondiéndoles la concurrencia en la tarea de investigación, sino la posibilidad de "contradecir, rebatir e impugnar" el resultado de esa tarea. Por tanto, *no cabe hablar de un supuesto acopio probatorio de espaldas* a los investigados, ni vulneración del derecho de contradicción, ni del derecho de defensa, ni a la tutela judicial efectiva, o a un juicio justo, como se sugiere.

Las objeciones opuestas vienen a suponer limitar las posibilidades de investigación de los delitos objeto de la querrela y de la causa en trámite. Como bien expone el Instructor, más allá de que éste se integra en el proceso como el garante básico de los derechos de quienes se ven afectados por la investigación, su responsabilidad se completa definiendo los objetivos técnico-jurídicos de esta fase investigatoria; esto es identificando el juez cuáles son los elementos cuya concurrencia o inexistencia determina que pueda afirmarse o excluirse un pronóstico de tipicidad respecto de los hechos denunciados, además de evaluar qué circunstancias puedan haber eventualmente influido en la culpabilidad de los responsables, conduciendo el acopio de las diferentes fuentes de prueba, conforme a las normas de procedimiento que regulan su obtención. Así, el art. 299 LECr ., expresa que "constituyen el sumario las actuaciones encaminadas a averiguar y hacer constar la perpetración de los delitos con todas las circunstancias que puedan influir en su calificación, así como la culpabilidad de los delincuentes, asegurando sus personas, y las responsabilidades pecuniarias de los mismos". Por tanto, desde una consideración positiva se muestra el criterio desde el que ha de medirse la oportunidad y pertinencia de cada una de las diligencias de investigación que se reclamen o que practique el instructor. Y en su vertiente, tanto positiva como negativa, el art 312 LECr , prevé que "Cuando se presentare la querrela, el Juez de instrucción después de admitirla si fuere procedente, mandará practicar las diligencias de investigación que se peticionen, con exclusión de aquellas que considere contrarias a las leyes, o innecesarias



o perjudiciales para el objeto de la querrela, las cuales denegará en resolución motivada". Completando el art 314, que: "Las diligencias pedidas y denegadas en el sumario podrán ser propuestas de nuevo en el juicio oral."

Y en cualquier caso, no puede olvidarse que el valor probatorio de las pruebas personales precisa siempre de la intervención judicial y de que los elementos justificativos recogidos en el atestado -o en cualesquiera otras actuaciones llevadas a cabo en sede judicial propia o ajena- deban venir revestidos de las garantías exigidas por la doctrina constitucional y jurisprudencial, si se pretende que operen como prueba preconstituida, con estricta observancia de los arts 292 y 293 LECr y llevados a contradicción mediante su lectura en el acto del plenario, y no constituyan el objeto mismo del procedimiento. Siendo destacable que las indagaciones policiales no constituyen fuentes de prueba, sino mero objeto de la misma, por tener la mera consideración de denuncia a efectos legales (art. 297 LECr y SSTC 182 y 217/89 ; 31/81 y 9/84).

Igualmente, debe tenerse presente que en el sistema procesal penal vigente, la dirección técnico jurídica de las investigaciones penales se atribuye a un órgano judicial que ha de ser en todo caso, distinto de aquél a quien se encomienda el enjuiciamiento. Reserva ésta que se ha reputado garantía suficiente de la imparcialidad que se predica del Juez o del Tribunal encargado de la sentencia (SSTC 145/1988, de 12 de julio, recogiendo la doctrina del TEDH (casos Piersack y De Cubber) que no podría acceder a su función "contaminado", por un previo conocimiento del objeto del proceso y por un real o supuesto interés en el éxito de la investigación.

Tal sistema, sin perjuicio de su deseable homologación con los vigentes en los países de nuestro entorno, a través de sucesivas reformas ha superado exitosamente el control de adecuación a las exigencias del CEDH y ha sido reiteradamente declarado conforme con la CE (Cfr. SSTC 41/98, de 24 de febrero ; 174/01, de 26 de julio) por mucho que el Juez de instrucción se comprometa con el éxito de la investigación, puesto que no es órgano de enjuiciamiento.

Además, debe observarse que no corresponde a las partes valorar la pertinencia de las diligencias que se decida practicar, sino la eficacia o ineficacia de su resultado, teniendo en cuenta el derecho constitucional a la presunción de inocencia que informa todo el sistema procesal español. Es más que obvio que el juego del principio constitucional (art 24.2) de presunción de inocencia que inspira todo el proceso penal, aunque no impide al acusado aportar los elementos de descargo de que pueda disponer, le exime de la obligación de hacerlo, en tanto todo debate ha de partir de la inocencia del sospechoso, investigado procesado o acusado, que se presume, mientras lo contrario no sea fehacientemente acreditado.

Así, no puede reprocharse al Instructor que pretenda aclarar, investigar y acreditar lo que precisamente viene obligado a investigar y aclarar, preparando, en su caso, los elementos que puedan integrar la prueba en el juicio oral.

CUARTO .- En cuanto, al *Ministerio Fiscal*, y su intervención, demandando diligencias de investigación, ninguna duda cabe que es pieza clave en tal actividad, debiendo desde su condición de "Magistratura postulante", no permanecer pasivo, sino activo, debiendo el juez acceder a la práctica de aquéllas, salvo que las considere inútiles o perjudiciales, conforme a las previsiones del art. 311 LECr .

Por otra parte, el Auto de esta Sala Segunda, de fecha 23-3-2015 (Caso de los ERES. Causa Especial. Recurso de Reforma 20619/2014) señaló que la lógica relación entre las causas que se tramitan por órganos judiciales diferentes, obliga a " *importar pruebas* de unas a otras, señalando que:

«Además, la propia Sala de Admisión de este Tribunal ya decidió en la parte dispositiva del auto dictado el 13 de noviembre de 2014 que el Juzgado de Instrucción de Sevilla ha de remitir a esta Sala todo aquello que tenga relación con las personas que aquí figuran como aforadas, decisión que obedece a razones obvias de auxilio y cooperación judicial. Razones que también han de tenerse en consideración lógicamente en sentido inverso, de modo que cuando consten en el presente procedimiento datos que afecten a la investigación de los hechos atribuibles a los no aforados, este instructor deberá remitir al Juzgado de Sevilla el testimonio de lo actuado. Frente a ello expone la parte recurrente una serie de objeciones todas ellas orientadas a cuestionar las diligencias que se van a practicar en el Juzgado de Sevilla en las que podría acabar operando la contrapericia aportada en el Tribunal Supremo, arguyendo como punto destacable que la parte va a quedar indefensa en la tramitación de esas diligencias por no hallarse personada ante el referido juzgado.

Sobre ese particular ya advirtió este instructor en su momento que la propia Sala de Admisión impide que las personas que se encuentran imputadas en el Juzgado de Sevilla puedan personarse en la causa del Tribunal Supremo. Por lo cual, en reciprocidad, ha de estimarse que tampoco pueden intervenir ante el Juzgado de Sevilla como partes personadas los sujetos que en esta Sala figuran como aforados.

Se está ante uno de los muchos inconvenientes que suscita la fragmentación artificiosa del proceso penal que genera el sistema de aforamientos. A este condicionamiento han de sumarse en el presente caso los que arrastra consigo un macroproceso como el que nos ocupa, por cuanto a la división de la causa en piezas a que



suele tenderse como solución paliativa de los graves perjuicios derivados de la extensión de una macrocausa, se le añade en este caso el problema de la fragmentación impuesta en el ámbito de los sujetos procesales debido al sistema de los aforamientos.

Sin embargo, todo ello *no* significa que la parte recurrente quede realmente *indefens*a, sino que el ejercicio de su derecho se ha de centrar en el proceso *en que está personada*, en el que tiene la posibilidad de rebatir las diligencias de instrucción que pudieran incriminarle, ya sean de carácter pericial o de otra índole.»

QUINTO .- La **segunda cuestión**, versa sobre que la **formación de la pieza** responde a un principio de oportunidad, que no de legalidad, que implica una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, a la de defensa y a un procedimiento con todas las garantías (art. 24.2 CE). Se sostiene que la *decisión limita los medios de prueba* del momento actual y del futuro, sin una *motivación* suficiente, supone una limitación de los derechos fundamentales, habida cuenta de que todas las órdenes de detención europeas están siendo ya tramitadas en los respectivos estados por lo que su resolución no afectará a la tramitación de la presente causa en términos temporales, sin que, en su caso *la mínima demora* pueda justificar la conculcación efectiva de los derechos de defensa de las partes.

Pues bien, dejando aparte por su evidente desfase temporal, -puesto que el **aut** o del Instructor de fecha **19 de julio de 2018**, rechazó la entrega de Eleuterio, como mero responsable de un eventual delito de malversación de caudales públicos, acordada por la Sala Primera de lo Penal del Tribunal Superior Regional de lo Civil y Penal de Schleswig-Holstein el 12 de julio de 2018, y decretó dejar sin efecto las órdenes europeas e internacionales de detención de los encausados Eleuterio, Enrique, Eulalio, Eva María, Adolfinia y Aida -, la afirmación de la recurrente de que todas las órdenes de detención europeas están siendo tramitadas, y que no supondrían sino una mínima demora en el procedimiento, hay que tener presente que la decisión del Magistrado Instructor pretende - como dice en su auto desestimatorio de los recursos de reforma- únicamente ordenar el procedimiento a fin de poder seguir tramitando la causa para los procesados que se encuentran a disposición del Tribunal, sin que la huida o sustracción de la acción de la Justicia española de otros impida dicha tramitación.

Como el propio auto recurrido precisa. «Contrariamente a lo que las impugnaciones sostienen, la resolución no ha acordado la tramitación separada del procedimiento respecto de ninguno de los procesados ausentes. La resolución, contemplando que siete de los procesados no se encuentran a disposición del sumario y que la causa se muestra en una situación que presagia que pueda continuar en ese mismo estado cuando culmine la instrucción, se limita a acordar una ordenación material de los autos que facilite que en su día pueda abordarse el enjuiciamiento separado que impone el artículo 842 LECr. El precepto dispone que "si fueren dos o más los procesados y no a todos se les hubiese declarado en rebeldía, se suspenderá el curso de la causa respecto de los rebeldes hasta que sean hallados, y se continuará respecto de los demás"; y puesto que la previsión normativa no identifica la manera cómo debe materializarse la duplicación de un procedimiento que ha sido común hasta ese momento, la resolución acude a lo previsto en el art. 762.6 LECr para el procedimiento abreviado e impulsa una disposición material de los autos que facilite poder acordar la dualidad procesal cuando sea precisa.

Dispone el artículo 762.6 de la LECr que «para enjuiciar los delitos conexos comprendidos en este Título, cuando existan elementos para hacerlo con independencia, y para juzgar a cada uno de los encausados, cuando sean varios, podrá acordar el Juez la formación de las piezas separadas que resulten convenientes para simplificar y activar el procedimiento.»

Más tarde el auto explica que dos son los supuestos en los que el art. 762.6 LECr permite la formación de piezas separadas.

El primero de ellos, en los casos de delitos conexos. Con ello se viene a reconocer «que hay casos en los que la regla del enjuiciamiento conjunto de los delitos conexos, no es una norma imperativa y de orden público o de *ius cogens*, sino que debe ceder ante razones de simplificación o rapidez del proceso» (Cfr. STS 867/2002, de 29 de julio). Mucho más tras la reforma de la Ley 41/2015, que ha derogado la norma de conexidad del art. 17-5 LECr -la interconexidad subjetiva, para establecer en tales casos, la posibilidad de formar piezas separadas cuando así lo interese el Ministerio Fiscal y la conformación de una sola suponga excesiva complejidad o dilación-.

Pero el segundo de los supuestos -que precisamente ha sido el utilizado por el magistrado- en los que el legislador contempla la formación de piezas separadas para el procedimiento abreviado, viene referido a aquellos casos en los que la separación se muestra conveniente *para simplificar o activar el procedimiento* y poder juzgar a cada uno de los encausados si son varios. Se trata, dice el auto, de una previsión normativa que los recursos interpuestos no contemplan en sus alegatos y que resulta aplicable a diferentes coyunturas, entre las que, sin duda, se encuentra la que aquí se preconiza.



Como bien dice el magistrado Instructor, salvo que se quiera eternizar el procedimiento o se pretenda que nunca concluya, incentivando situaciones de dilación procesal extrema, «la única manera de activar un procedimiento sin dilaciones para los procesados presentes, enervando al tiempo cualquier indefensión en el enjuiciamiento de aquellos encausados que no han sido oídos en la fase de instrucción y que no se encuentran a disposición del órgano judicial que lleva el proceso(en los términos expresados en el art. 842 de la LECr , pasa por la división de la causa para su prosecución separada.»

SEXTO. - Así, no se vislumbra ningún quebranto de los derechos constitucionales de los sometidos al ejercicio de la acción penal, yéndose más allá de cualquier conveniencia acusatoria. La formación de las piezas separadas se ajusta plenamente a la eventual aplicación del art. 842 LECr ., abordando una ordenación material del procedimiento que resulta objetivamente precisa para su aplicación y que, *por no estar regulada* por el procedimiento ordinario, busca soporte normativo en la previsión legal contemplada para el procedimiento abreviado en el art. 762.6 LECr , dado que la doctrina de esta Sala admite la posibilidad de *integrar las reglas* del procedimiento ordinario con los principios u observancias establecidos para el procedimiento abreviado, siempre que esta importación normativa facilite unas garantías que subsistan y que no disminuyan, dado que, en atención de la gravedad de los delitos a los que resulta aplicable, deben ser mayores en el procedimiento ordinario (Cfr. STS 881/2012, de 28 de septiembre).

En definitiva, son razones de simplificación y agilización del procedimiento, y de posibilidad de enjuiciamiento separado, y no de conexidad, los que han motivado la decisión del Instructor. Esta opción -nos recuerda la Sentencia de esta Sala 753/2015, de 25 de noviembre - «es puramente instrumental y se encuentra legalmente condicionada a que pueda resultar efectivamente funcional a ese objetivo. Es a lo que se debe que la propia ley sea particularmente flexible en su regulación al respecto, y que en el precepto citado hable, de un lado, de "piezas separadas" que puedan ser objeto, no solo de instrucción, sino también de un enjuiciamiento diferenciado, y no dice que necesariamente por el mismo tribunal; refiriéndose al propio tiempo a tal distribución como una forma de activar "el procedimiento".»

Este carácter flexible de la previsión normativa impide que pueda absolutizarse en cualquiera de sus vertientes; y todo lo que exige es que las decisiones que se adopten en este marco se orienten realmente a agilizar la dinámica del proceso sin forzar ni alterar los elementos constitutivos de su objeto ni la disciplina constitucional y legal en tema de garantías.

La STS 277/2015, de 3 de junio , precisa que: «El Supremo recomienda formar piezas separadas en procesos con múltiples objetos como vía para acelerar, agilizar y simplificar el enjuiciamiento. Y La Sala subraya que adoptar esta práctica legalmente autorizada no exige una motivación reforzada, que analice todos los matices y vertientes que se ven concernidos. Los magistrados hacen una referencia a las modificaciones legales proyectadas sobre esta cuestión.»

Y no puede dejar de extrañar que la recurrente en este caso, y otros recurrentes en otros recursos, se quejen de que se trate de evitar dilaciones indebidas y que se invoquen derechos fundamentales en este sentido de los huidos o sustraídos a la acción de la Justicia española. Así es obvio que la forma sencilla de conseguir estos procesados una causa conjunta, pasa por venir a España, ponerse verdaderamente a disposición del Tribunal competente, y defender sus derechos en esta sede. Como apunta el Ministerio Fiscal, no es el Instructor el que formando pieza separada aísla el abordaje de la participación de los procesados fugados .Es la propia voluntad de éstos de situarse fuera del alcance de la instrucción y de las decisiones que pudieran adoptarse en esta causa, lo que impide la participación procesal conjunta y coetánea de todos los procesados

Igualmente, se evidencia que las alegaciones de indefensión son puramente formales, sin que se aprecie la invocación -y, mucho menos la prueba, ni siquiera indiciaria- de una verdadera indefensión material. Las afirmaciones de que los ausentes verán en su día cercenados sus derechos, a consecuencia de la primera sentencia, no dejan de ser simples hipótesis o meras conjeturas o especulaciones.

SÉPTIMO .- En cuanto a la alegación sobre la falta de *motivación* de la resolución recurrida, los anteriores razonamientos comportan la contestación a la cuestión sobre si la decisión reviste correctamente la forma de providencia o debería revestir la de auto, sobre lo cual con mayor énfasis se ha insistido en otros recursos parecidos, hay que decir que se trata de una decisión procesal de ordenación del proceso con la finalidad de que la conducta incumplidora de los huidos no repercuta en el normal enjuiciamiento de los que se hallan presentes, y que como tal puede revestir forma procesal no compleja. Adoptar esta práctica legalmente autorizada no exige una motivación reforzada, que analice todos los matices y vertientes que se ven concernidos. Y como en alguna otra resolución ya hemos dicho, la resolución tiene un carácter positivo en cuanto que ordena la práctica de una diligencia y no niega algo que haya sido solicitado, ni deniega prueba, ni afecta a un derecho fundamental, en los términos en que el art. 141 LECr , exige una resolución fundada, como es un auto.



Cabe añadir que ninguna indefensión parece haberse causado a la quejante y a otros recurrentes por el hecho de que la forma de la resolución sea una u otra, cuando han podido recurrirla, y lo han hecho, en todo su contenido de fondo.

Por otra parte, como ya vimos en otro momento, ninguna objeción sería cabe efectuar a que los huidos estén o no formalmente declarados rebeldes. No es requisito exigido por la LECr. el que haya recaído declaración de rebeldía para que se acuerde ordenar el proceso en piezas separadas. El aseguramiento del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas para todas las partes, una vez que se han respetado todos los derechos constitucionales y garantías procesales de las defensas, es lo que pretende la decisión aquí recurrida.

OCTAVO .- La **primera cuestión** , referente a que la aplicación del criterio de oportunidad respecto a la gestión de las **órdenes de detención** europeas, con su **retirada**, perjudica y vulnera los derechos de las defensas de los restantes procesados, en cuanto que se les ha *impedido poder interrogar* , en sede de la *presente instrucción* a los investigados afectados por dicha decisión, entre los que se encuentran, por ejemplo, la persona que ocupaba el cargo de M.H. President de la Generalitat, igualmente ha de ser rechazada.

Hay que recordar, en primer lugar, lo que señalamos más arriba: "que es obvio que la forma sencilla de conseguir estos procesados una causa conjunta, pasa por venir a España, ponerse verdaderamente a disposición del Tribunal competente, y defender sus derechos en esta sede. Como apunta el Ministerio Fiscal, no es el Instructor el que formando pieza separada aísla el abordaje de la participación de los procesados fugado. Es la propia voluntad de éstos de situarse fuera del alcance de la instrucción y de las decisiones que pudieran adoptarse en esta causa, lo que impide la participación procesal conjunta y coetánea de todos los procesados".

En segundo lugar, la participación en la instrucción, hay que entenderla finiquitada, tras el auto de conclusión de la presente causa especial **20907/2017**, recaído **en 9 de julio de 2018**, por lo que el reproche carece de objeto actualmente.

Y, en tercer lugar, la presente alegación, hay que entender que se produce *ex novo* en esta alzada, ya que el Instructor no alude a ella resolviendo el recurso de reforma, y la hoy quejante tampoco señala que la cuestión hubiere quedado sin respuesta en sede del juez unipersonal, y ni siquiera se percibe que tales diligencias hubieren sido solicitadas al Instructor, cuando resolvió al respecto en su auto de conclusión de la causa.

No hay por tanto gravamen para la recurrente como presupuesto procesal para la prosperabilidad del motivo del recurso.

En consecuencia, el recurso en todos sus aspectos ha de ser desestimado.

PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA : **Desestimar** el recurso de **queja** , interpuesto por el procurador D. Emilio Martínez Benítez, en nombre de D^{ÑA}. Ariadna , contra el Auto del Instructor de fecha 20 de junio de 2018.

Así lo acuerdan, mandan y firman los Excmos. Sres. Magistrados indicados al margen.

D. Miguel Colmenero Menendez de Luarca D. Francisco Monterde Ferrer D. Alberto Jorge Barreiro