



**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA
DE CANARIAS
SALA DE LO CIVIL Y PENAL**

Rollo de Procedimiento Abreviado nº 1/2008

Secretaria: D^a ISABEL MORALES MIRAT

Ilmos. Sres:

D. IGNACIO DUCE SÁNCHEZ de MOYA (Presidente)
D. JAVIER VARONA GÓMEZ-ACEDO
D. EDUARDO RAMOS REAL (Ponente)

En Las Palmas de Gran Canaria, a 15 de Abril de 2009.

La Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, compuesta por los Ilmos. Sres. citados al margen.

EN NOMBRE DEL REY

ha dictado la siguiente

SENTENCIA 1/2009

Visto en juicio oral ante esta Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Canarias la causa de Procedimiento Abreviado nº 1/2008, dimanante de las Diligencias Previas nº 1/2006 de la propia Sala, seguidas por los presuntos delitos de prevaricación, tráfico de influencias, negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios y cohecho contra el Ilmo. Sr. D. JOSÉ ANTONIO MARTÍN MARTÍN, Presidente de la Audiencia Provincial de Las Palmas, mayor de edad, con DNI número 42.126.604-B, hijo de Nereo y de María Manuela, natural de la localidad de Los Llanos de Aridane (La Palma) y vecino de Las Palmas de Gran Canaria, sin antecedentes penales, cuya solvencia no consta acreditada y en libertad por esta causa, siendo representado por el Procurador D. Esteban Pérez Alemán y dirigido por el Letrado D. Nicolás González-Cuellar Serrano, y contra D. WILEBALDO LUIS YANES, mayor de edad, con DNI número 42.135.194-E, hijo de Antonio y de Evarista, natural de Los Llanos de Aridane (La Palma) y vecino de Las Palmas de Gran Canaria, sin





antecedentes penales, cuya solvencia no consta y en libertad por esta causa, representado por el Procurador D. Francisco Ojeda Rodríguez y dirigido por el Letrado D. José Luis Elejabeitia, habiendo sido parte el Ministerio Fiscal, y siendo Ponente el Ilmo. Sr. D. EDUARDO RAMOS REAL, que expresa el parecer mayoritario de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Según consta en autos, el Ministerio Fiscal, en sus conclusiones definitivas calificó los hechos objeto de enjuiciamiento como constitutivos de un delito de actividades prohibidas a los funcionarios públicos, previsto y penado en el artículo 441 del Código Penal y, estimando autores del mismo a los dos acusados, de conformidad con los artículos 27 y 28 primer párrafo del Código Penal el Sr. Martín Martín y con los artículos 27 y 28 segundo párrafo letra b) el Sr. Luis Yanes, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, solicitó la imposición de las siguientes penas:

- a D. José Antonio Martín Martín la pena de diez meses de multa con una cuota diaria de treinta euros (30 €) y dos años de suspensión para el ejercicio de las funciones jurisdiccionales y costas;
- y a D. Wilebaldo Luis Yanes la pena de cinco meses de multa con una cuota diaria de treinta euros (30 €) y ocho meses de suspensión para el ejercicio de empleo o cargo público y costas.

SEGUNDO.- Las defensas de los acusados, en sus conclusiones elevadas a definitivas, solicitaron la libre absolución de sus defendidos, con todos los pronunciamientos favorables.

TERCERO.- Que en la tramitación de las presentes actuaciones se han observado las prescripciones legales.

HECHOS PROBADOS

Como tales se declaran expresamente los siguientes:

PRIMERO.- Los acusados, D. José Antonio Martín Martín y D. Wilebaldo Luis Yanes, mantienen desde hace mucho tiempo una estrecha relación de amistad que tiene su origen en el hecho de ser ambos naturales de la misma isla y localidad, Los Llanos de Aridane (La Palma), y su desarrollo en la circunstancia de que ambos posteriormente han fijado sus respectivas residencias en la ciudad de Las Palmas de Gran Canaria.





Dicha relación de amistad ha propiciado el hecho de que D. Wilebaldo sea el padrino de bautismo de uno de los hijos de D. José Antonio, concretamente de D. Nereo Martín Fuentes.

SEGUNDO.- Además de la referida relación cuasi-familiar, el Sr. Luis Yanes, empresario de profesión, mantiene intensas relaciones mercantiles y societarias con su ahijado, D. Nereo Martín, el cual es Consejero Delegado de muchas de las sociedades de las que es titular aquél.

TERCERO.- Por otro lado, y como consecuencia de la actividad empresarial que desarrolla D. Wilebaldo Luís en Las Palmas de Gran Canaria, el mismo ha entrado en contacto con D. Julio Bornia Bordón, al que conoce desde el año 2001 y con el que mantiene relaciones comerciales y de amistad.

CUARTO.- A principios del año 2005 el hermano de D. Julio Bornia Bordón, D. Rafael Bornia Bordón, se encontraba en situación de prisión provisional acordada por el Juzgado de Instrucción Nº 6 de los de Las Palmas de Gran Canaria en el marco de las Diligencias Previas nº 2.802/2004 (convertidas posteriormente en Sumario 2/2005), en donde se le imputaba la comisión de un delito contra la salud pública por tráfico de sustancias estupefacientes.

Dicha situación personal estaba pendiente de revisión ante la Audiencia Provincial de Las Palmas, al haberse interpuesto recurso de apelación por la defensa del preso contra el auto que la acordaba.

QUINTO.- Conociendo D. Julio Bornia Bordón la amistad que unía a D. Wilebaldo Luís Yanes con D. José Antonio Martín Martín y que éste último era Magistrado de profesión y que ostentaba el cargo de Presidente de la Audiencia Provincial de Las Palmas y de su Sección Primera, pues ya lo había juzgado a él con anterioridad en la misma causa, primeramente pone en conocimiento de D. Wilebaldo la situación en la que se encontraba su hermano Rafael. Luego inicia una serie de maniobras tendentes a buscar, a través de su amigo, un contacto directo con el Magistrado para participarle las circunstancias concretas que rodean su caso y expresarle el deseo de que fuese puesto en libertad provisional aquél hasta la celebración del juicio oral.

Desde el primer momento D. Wilebaldo Luís se ofreció a D. Julio Bornia para colaborar en tales gestiones y para interceder por su hermano ante su amigo el Magistrado, en la medida de sus posibilidades.

SEXTO.- Así las cosas, el día 5 de mayo de 2005 el Sr. Luís Yanes organizó una cena en la que tendrían que coincidir D. Julio Bornia Bordón y D. José Antonio Martín Martín, propiciando así un encuentro personal entre ambos. El ágape tuvo lugar en horas de la noche de ese día en el Restaurante "La Fonda de Tafira" y en él estuvieron presentes además de los dos referidos, el organizador y otras dos personas más ajenas al motivo del encuentro.





SÉPTIMO.- A primeras horas de la tarde del día 30 de mayo de 2005, D. Julio Borna Bordón contactó telefónicamente con D. Wilebaldo Luís Yanes y le pide que concierte una nueva cita con D. José Antonio Martín Martín para tratar el tema de su hermano.

Cumpliendo con el encargo recibido D. Wilebaldo llama inmediatamente a D. José Antonio y le transmite el deseo de D. Julio de hablar con él, consintiendo D. José Antonio en un encuentro que quedaría pospuesto para más avanzada la tarde.

Este tuvo lugar finalmente sobre las 21,00 horas de la noche en el portal del edificio donde reside D. José Antonio Martín, sito en la Calle León y Castillo de Las Palmas de Gran Canaria, acudiendo D. Julio Borna acompañado de D. Wilebaldo Luís. En ese momento el primero facilitó al Magistrado determinada documentación para que procediese a su estudio y valoración y le hizo ver lo injusto que a su juicio le parecía la situación de prisión en la que se encontraba su hermano Rafael.

OCTAVO.- El día 10 de junio de 2005 D. Wilebaldo Luís y D. Julio Borna mantienen una conversación telefónica en el transcurso de la cual éste pregunta a aquél si se ha producido algún avance en las gestiones relativas a la prisión de su hermano, recibiendo como contestación que las mismas se encontraban estancadas como consecuencia de la enfermedad de la suegra de D. José Antonio.

NOVENO.- El día 14 de junio de 2005 D. Wilebaldo y D. Julio mantienen una nueva conversación telefónica en la que el primero le confirma al segundo que ha hecho llegar a su amigo José Antonio la nueva documentación que le había facilitado y le transmite tranquilidad pues el Magistrado estaba haciendo todo lo que podía.

DÉCIMO.- Siendo aproximadamente las 19,00 horas del día 27 de julio de 2005, D. José Antonio Martín Martín llama por teléfono a su amigo D. Wilebaldo y le comunica que al día siguiente se celebraría la vista del recurso en el que se iba a decidir sobre la situación personal de prisión provisional de D. Rafael Borna Bordón, confirmándole que la Sección de la Audiencia encargada de resolver el recurso es la que él preside.

En el transcurso de dicha conversación D. José Antonio Martín Martín, con pleno conocimiento de que era el Magistrado Presidente de la Sección que habría de resolver el recurso de apelación contra el auto de prisión provisional de D. Rafael Borna Bordón y de que al día siguiente iba de presidir la correspondiente vista, dio a D. Wilebaldo las siguientes instrucciones para que éste las transmitiera a D. Julio Borna Bordón y éste, a su vez, a su Letrado:

"...dile que no se enrolle, que explique las cosas claritas y sencillas; que explique la procedencia del dinero, que lo explique clarito y sencillo: Que lo explique de palabra pero de una forma sencilla, sin rollos y que diga que está dispuesto a prestar una fianza en la cantidad en la que se le diga. Bueno, pero dile eso, que no se enrolle y que lo explique sencillo. Porque sí no predispone a la gente en contra, que se deje de rollos, vale".





DÉCIMO PRIMERO.- Nada más finalizar la mencionada conversación telefónica, D. Wilebaldo se puso en contacto con D. Julio Bornia Bordón y le transmitió las instrucciones dadas al efecto por D. José Antonio Martín.

DÉCIMO SEGUNDO.- En horas de la mañana del día 28 de julio de 2005, encontrándose en estrados en los momentos previos a la celebración de la vista de apelación, D. José Antonio Martín, en su condición de Presidente de la Sección, se acercó al Fiscal encargado de asistir a la vista, el Ilmo. Sr. D. Javier García Cabañas (Fiscal Antidroga), y le preguntó por la posibilidad de que la Fiscalía, modificando su criterio anterior, pidiese la libertad de D. Rafael Bornia Bordón.

Ante la negativa rotunda del representante del Ministerio Fiscal, D. José Antonio Martín, modificando parcialmente su inicial planteamiento, interesó del Fiscal una petición de libertad con la prestación de una alta fianza; posibilidad que fue nuevamente rechazada por al Sr. García Cabañas.

DÉCIMO TERCERO.- En el acto de la vista oral el Letrado de D. Rafael Bornia Bordón, D. Juan Ignacio Ortiz de Urbina, interesó la libertad de su cliente mediante la prestación de una fianza, sin importar la cuantía de la misma.

DÉCIMO CUARTO.- Finalizada la vista y en el momento de llevarse a cabo la deliberación entre los Magistrados que componían la Sala, D. José Antonio Martín, apartándose del criterio mantenido en casos similares (gravedad del delito objeto de imputación -tráfico de sustancias estupefacientes, causantes de grave daño a la salud, en cantidad de notoria importancia-, gravedad de la pena pedida, años en situación de busca y captura, elevado nivel económico y evidente riesgo de fuga), votó en solitario a favor de que se acordase la libertad provisional de D. Rafael Bornia Bordón mediante la imposición de una alta fianza.

Como quiera que tal criterio fue rechazado de plano por los otros dos componentes de la Sala, los Ilmos. Sres. D. José Luís Goizueta Adame, que tenía asignada la ponencia del recurso, y D. Emilio Moya Valdés, no cejó en su empeño y se enfrentó a la negativa de éstos a sus pretensiones interesando insistentemente de sus compañeros un cambio de criterio, empresa en la que no tuvo éxito.

El acusado, D. José Antonio Martín Martín, no advirtió en ningún momento a los otros dos Magistrados de los contactos, encuentros y conversaciones mantenidos con anterioridad directa o indirectamente con D. Julio Bornia Bordón.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

CUESTIONES PREVIAS.

Procede completar, en primer lugar, la motivación que justificó la decisión de este Tribunal de desestimar *in voce* determinadas cuestiones previas planteadas por las





defensas de los acusados al inicio de las sesiones del juicio oral, conforme a lo dispuesto en el párrafo 2º del artículo 786 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

PRIMERO.- Varios son los derechos fundamentales que la defensa del acusado D. José Antonio Martín Martín considera vulnerados en la presente causa.

El primero de ellos es el derecho a la tutela judicial efectiva y dentro de él el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley. Afirma concretamente que la Sala que lo juzga no ha sido constituida conforme a derecho pues, encontrándonos ante la imputación a un Magistrado de un delito cometido en el ejercicio de su cargo, conforme a lo dispuesto en el artículo 73 párrafo 3º de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que establece un fuero especial, el mismo ha de ser juzgado por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Canarias. Además entiende que las abstenciones de los Magistrados que originariamente constituían dicha Sala no están justificadas (exceptuando la de la Magistrada instructora) y que las normas de sustitución aplicadas no son las correctas pues conforme a lo dispuesto en el artículo 208 de la Ley Orgánica del Poder Judicial el Presidente de un Tribunal Superior solo puede ser sustituido por el Presidente de Sala más antiguo.

Ciertamente, uno de los primeros requisitos que impone el respeto al derecho a la tutela judicial efectiva, consagrado en el párrafo 2º del artículo 24 de la Constitución Española, es el de que el Juez que vaya a conocer del asunto sea un Juez ordinario y que su competencia se halle predeterminada a la causa por una norma jurídica con rango de ley, ya que en otro caso podría ponerse en duda su imparcialidad (sentencias del Tribunal Constitucional de 26 de mayo de 1998 y 28 de marzo de 1990).

Se denominan personas aforadas aquellas que han de ser enjuiciadas por un órgano jurisdiccional penal distinto del establecido para los mismos delitos con carácter general. Doctrina, jurisprudencia y legislación han entendido siempre que ninguna vulneración del derecho al juez ordinario predeterminado por la Ley supone la existencia de reglas especiales de competencia para las eventuales infracciones penales cometidas por determinadas personas en función de los cargos y funciones que desempeñan, sin perjuicio de su necesaria interpretación restrictiva.

En cuanto aquí nos interesa, el artículo 73 párrafo 3º de la Ley Orgánica del Poder Judicial establece que la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia conocerá, como Sala de lo Penal, de:

"b) La instrucción y fallo de las causas penales contra jueces, magistrados y miembros del Ministerio Fiscal por delitos o faltas cometidos en el ejercicio de su cargo en la comunidad autónoma, siempre que esta atribución no corresponda al Tribunal Supremo".

Por otra parte, el artículo 199 de la misma norma, a la hora de concretar las reglas para la formación de las Salas, establece que:

"Cuando no asistieren magistrados en número suficiente para constituir Sala, concurrirán para completarla otros magistrados que designe el presidente del tribunal respectivo, con arreglo a un turno en el que serán preferidos los que se hallaren libres de señalamiento y, entre éstos, los más modernos".

En la presente causa nos encontramos con que los Magistrados que componían originariamente la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia





de Canarias (excluida evidentemente la Magistrada que actuó como instructora, Ilma. Sra. D^a Carla Bellini Domínguez), es decir, su Presidente Excmo. Sr. D. Antonio Castro Feliciano, el Ilmo. Sr. D. Fernando de Lorenzo Martínez y Ilma. Sra. D^a Margarita Varona Faus, plantearon en su momento su abstención en base a la causa prevista en el párrafo 11º del artículo 219 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, toda vez que habían resuelto diversos recursos de apelación interpuestos frente a distintas resoluciones adoptadas por la Magistrada instructora.

Dichas abstenciones fueron consideradas como justificadas por la Sala especial prevista en el artículo 227 del mismo cuerpo legal, en reunión de fecha 16 de diciembre de 2008, atendiendo especialmente a la circunstancia de que en dichos recursos de apelación los Magistrados que los dictaron se pronunciaron sobre determinados aspectos de fondo a dilucidar ahora en fase de plenario (legalidad de las escuchas telefónicas practicadas en fase de instrucción, procedencia de la investigación patrimonial del imputado y su familia, oportunidad de dictar auto acordando seguir los trámites del procedimiento abreviado, etc.).

A continuación, ante la ausencia absoluta de Magistrados, el Presidente procedió a completar la Sala de lo Civil y Penal conforme a lo dispuesto en el artículo 199 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, es decir, por orden inverso de antigüedad, con Magistrados adscritos a las Salas de lo Contencioso-Administrativo y de lo Social del mismo Tribunal, ateniéndose escrupulosamente para ello a las normas contenidas en el Acuerdo del Pleno de la Sala de Gobierno nº 372/2008, de 10 de noviembre, por el que se determinan las normas a aplicar para completar la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Canarias.

Así es como fueron designados los tres Magistrados que la componen a día de hoy, y entre ellos como Presidente el Magistrado más antiguo y como Ponente el más moderno, todo ello mediante oficio de fecha 15 de enero de 2009.

A la vista de lo que acabamos de exponer, esta Sala solo puede concluir, tal y como se motivó *in voce*:

- que el órgano judicial que conoce del presente procedimiento es el predeterminado por la Ley, la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, conforme al fuero especial establecido en el artículo 73 párrafo 3º de la Ley Orgánica del Poder Judicial;
- que en el procedimiento de designación de los Magistrados concretos que componen la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Canarias para conocer y fallar del Procedimiento Abreviado 1/2008, se han observado escrupulosamente tanto las previsiones de la Ley Orgánica del Poder Judicial como las reglas objetivas establecidas *ad hoc* por la Sala de Gobierno para completar dicho órgano cuando no existen Magistrados suficientes al efecto.

Por ello ha de ser desestimada la primera de las cuestiones previas planteadas.

SEGUNDO.- En segundo lugar, profundizando en el derecho al Juez predeterminado por la Ley, se alegan por el Letrado Sr. González Cuellar dos cuestiones distintas, si bien íntimamente relacionadas entre sí, a saber:





- que el Juzgado de Instrucción Nº 7 de Las Palmas de Gran Canaria no era competente para instruir un procedimiento contra un Magistrado por delitos cometidos en el ejercicio de su funciones, en atención al fuero especial establecido por el artículo 73 párrafo 3º de la Ley Orgánica del Poder Judicial; y
- que se ha vulnerado el derecho constitucional del Sr. Martín al secreto de las comunicaciones, pues la intervención telefónica practicada en la fase de instrucción no supera los parámetros mínimos exigidos por la jurisprudencia para decretar semejante limitación de derechos fundamentales.

A) En cuanto a la primera de las alegaciones, ya hemos visto que el artículo 73 párrafo 3º letra b) de la Ley Orgánica del Poder Judicial establece que la instrucción y fallo de las causas penales contra Jueces y Magistrados por delitos o faltas cometidos en el ejercicio de su cargo en la Comunidad Autónoma corresponde a las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia territorialmente competentes, siempre que esta atribución no corresponda al Tribunal Supremo.

La competencia objetiva atribuida en el orden penal a la Sala de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia en el precepto que acabamos de mencionar se basa en un criterio cualitativo "*ratione personae*", de modo que solo resulta competente dicha Sala para el conocimiento de la causa que debe incoarse para la instrucción y, en su caso, enjuiciamiento de unos hechos que revisten caracteres de infracción penal si éstos son, en principio, objetivamente imputables a quien ostente la cualidad de persona aforada.

Por otra parte, el Tribunal Supremo viene estableciendo desde su auto de 18 de junio de 1992 que:

"El artículo 71.2.3 de la Constitución dispone que en las causas contra Diputados y Senadores será competente la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo. La instrucción y enjuiciamiento de las causas corresponde, por consiguiente, a dicha Sala. Como consecuencia del mandato constitucional se desarrolla esa competencia en el artículo 57.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, debiendo actuar como instructor un Magistrado de dicha Sala, conforme a un turno preestablecido, de acuerdo con la Ley Orgánica 7/1998, ap. 2, que no podrá formar parte de la Sala Juzgadora. Por consiguiente, el Juez de Instrucción ha de limitarse, en estos casos, a practicar las medidas indispensables para evitar la ocultación del delito, porque respecto de todas las demás debe ya adoptarlas, si ha lugar a ello, la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo. Y hay que entender que de las indispensables habrá de dar cuenta a dicha Sala tan pronto como conozca la condición de aforado del presunto imputado".

Pero no basta con que una persona aforada aparezca nominalmente designada en unas diligencias que se estén practicando en un Juzgado ordinario, ni que del curso de las diligencias de investigación que se estén llevando a cabo por un órgano jurisdiccional o por el Ministerio Fiscal se constate la intervención de un aforado en la comisión de un acto que pudiera ser constitutivo de un delito o falta, sino que, ante la posible intervención del aforado en tales hechos, el Juzgado viene obligado a llevar a cabo una inicial investigación previa a decidir si la imputación del aforado está o no justificada *prima facie*.

Así, nuestro Alto Tribunal también ha declarado con reiteración, entre otras resoluciones en el Auto de 6 de julio de 1998 (seguido por los más recientes autos de 16 de junio de 2005, 11 de mayo de 2006 y 16 de mayo de 2007), que:





“Los aforamientos personales constituyen normas procesales de carácter excepcional que, por tal circunstancia, deben ser interpretadas y aplicadas restrictivamente, y que, en consecuencia, antes de que por esta Sala se acepte la competencia para la instrucción y el conocimiento de este tipo de causas, es menester acreditar indubitadamente la condición de aforado de la persona de que se trate(en cuanto sometido a la jurisdicción de éste Alto Tribunal) y la existencia de indicios fundados de responsabilidad criminal contra la misma, en relación con una concreta imputación de un determinado hecho que presente caracteres delictivos, para lo cual se hace necesario, cuando lógicamente puedan estar implicadas también en los hechos denunciados personas no aforados, investigar en primer término las posibles responsabilidades de éstas..

No puede afirmarse, antes de iniciada una investigación, que existan elementos para tener por inculpado a una persona con fuero especial. Lo que hace necesario que el Juzgado de Instrucción territorialmente competente, lleve a cabo las actuaciones pertinentes para la averiguación de los hechos. Debiendo de abstenerse de practicar diligencia alguna que suponga la investigación de la concreta responsabilidad de la persona sometida a fuero, remitiendo en tal caso, previa exposición motivada, las actuaciones a esta Sala”.

La referida doctrina es íntegramente aplicable al presente caso, con la única salvedad de que el aforamiento se produce ahora en virtud de lo dispuesto en el artículo 73 párrafo 3º letra b) de la Ley Orgánica del Poder Judicial y que la competencia corresponde a la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Canarias.

Enlazando ya con la segunda de las cuestiones planteadas y específicamente respecto del derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en auto de 21 de enero de 2008, ha establecido que:

“...las exigencias propias de la medida judicial de intervención de las comunicaciones telefónicas que tan abundante y reiteradamente ha expuesto el Tribunal Constitucional, hace imposible (salvo supuestos extraordinarios como la flagrancia y otros a los que alude el Ministerio Fiscal en su informe, que no parece preciso inventariar en esta resolución) la adopción de dicha medida por un órgano judicial diferente a aquel ante el que está aforado el titular del teléfono intervenido. Se trata de una restricción grave de un derecho fundamental (el derecho a la intimidad, en su vertiente del secreto de las comunicaciones privadas), que solo puede acordarse como medida de investigación cuando existan razones sustanciales y poderosas para tener a una persona como participante en los hechos delictivos que se investigan, de modo que, tratándose de un aforado puede, según los casos, bien continuar desarrollando líneas de investigación alternativas que no exijan tal medida, o bien, si parece imposible avanzar en la instrucción sin acordarla, elevar la correspondiente exposición razonada al órgano judicial competente”.

En el caso cuya resolución nos ocupa el Magistrado-Juez titular del Juzgado de instrucción Nº 7 de Las Palmas de Gran Canaria, después de analizar las conversaciones telefónicas en las que había intervenido el imputado Sr. Martín Martín, sin acordar la práctica de ningún tipo de diligencia de investigación frente al mismo, como quiera que entendiera que el aforado podía haber cometido algún tipo de delito, lo único que hace es elevar a la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Canarias la exposición razonada prevista por el artículo 759 regla 2ª de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sin extralimitarse, por tanto, en sus funciones instructoras.

Del examen de las Diligencias Previas nº 1.403/2005 seguidas ante el Juzgado de Instrucción Nº 7 de Las Palmas de Gran Canaria, en los extremos que ahora nos





afectan, se desprende claramente que el Magistrado de Instrucción realizó las diligencias estrictamente necesarias para valorar los elementos incriminatorios existentes contra el aforado, Sr. Martín Martín, y no incurrió en retraso ni demora en la imputación del mismo. Así, se puede comprobar que, después de interceptadas las conversaciones telefónicas en las que intervino el Presidente de la Audiencia Provincial de Las Palmas aforado, la siguiente diligencia de investigación que se practica frente a él es la toma de declaración en calidad de imputado, la cual se lleva a cabo ya ante la Magistrada de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Canarias designada *ad hoc* como instructora de la causa, Ilma. Sra. D^a Carla Bellini Domínguez.

Por tanto, no han existido diligencias adicionales de investigación contra la persona aforada que pudieran ser cuestionadas por incompetencia del Juzgado de Instrucción.

B) Respecto a la alegación relativa a que la intervención de las comunicaciones telefónicas del aforado se realizaron con vulneración del artículo 24 párrafo 1º de la Constitución Española y del derecho al secreto de las comunicaciones, consagrado en el artículo 18 párrafo 3º del propio texto constitucional, hemos de apuntar que en la presente causa nos encontramos ante lo que doctrinalmente se ha venido denominando "*descubrimientos o hallazgos casuales u ocasionales*", es decir, ante un supuesto en el que se constata la aparición de hechos delictivos nuevos no incluidos en la resolución judicial habilitante de la medida de intervención telefónica y que surgen a la luz cuando ésta se está llevando a efecto.

En la práctica tales situaciones concurrentes se vienen resolviendo por los Tribunales conforme a las pautas sentadas por el famoso Auto del Tribunal Supremo de 18 de junio de 1992 "*Caso Naseiro*" (Ponente Ruiz Vadillo).

Estos nuevos hechos delictivos pueden tener relación con la actividad criminal investigada (delitos conexos) y por ello pueden ser investigados en la misma causa, o bien puede tratarse de delitos absolutamente autónomos o independientes.

Cuando con motivo de realizarse unas escuchas telefónicas para el descubrimiento de un determinado hecho delictivo, que constituye el objeto específico de la autorización judicial, sin embargo se descubre otro delito diferente a aquél sobre el que centraba la investigación policial, es preciso ponerlo en conocimiento inmediato del órgano judicial que autorizó la intervención telefónica.

Una vez que el Juez tenga conocimiento del hallazgo casual de un hecho delictivo distinto al investigado la solución dependerá:

- de que se trate de un delito relacionado con el inicialmente investigado, es decir, que exista conexidad entre ambos; en tal caso se deberá emitir una orden judicial ampliatoria del ámbito de escucha telefónica y proseguir la investigación en la misma causa;
- de que se trate de un delito totalmente autónomo e independiente del anterior; en este caso el juez deberá incoar la oportuna causa (tras deducir el correspondiente testimonio) y, en su caso, tras volver a examinar las cuestiones de proporcionalidad y la competencia, dictar una expresa autorización judicial que permita la continuación de la escucha, en el que se prosiga una investigación diferente de la que ha sido mero punto de arranque.





En cualquier caso, no es admisible que, descubierto casualmente un nuevo hecho delictivo, no sea posible iniciar una investigación sobre el mismo, recabando una previa autorización judicial. No actuar así significaría tolerar la impunidad delictiva, cosa que es inaceptable desde cualquier punto de vista (sentencia del Tribunal Constitucional de 26 de marzo de 1996 y sentencias del Tribunal Supremo de 30 de mayo y 29 de diciembre de 1997). No puede renunciarse a investigar la *notitia criminis* incidentalmente descubierta en una intervención dirigida a otro fin, aunque ello hace precisa una nueva autorización judicial específica o una investigación diferente de la que aquella sea mero punto de arranque (sentencias del Tribunal Supremo de 15 de julio de 1993 y 22 de abril de 1998).

El cambio de orientación de la investigación policial es algo que suele ocurrir con cierta frecuencia y que es aceptable siempre y cuando se cuente con la correspondiente autorización judicial (sentencia del Tribunal Supremo de 17 de febrero de 2003), de forma que la información ya obtenida puede servir lícitamente como *notitia criminis*.

En la presente causa nos encontramos con que ante el Juzgado de Instrucción Nº 7 de Las Palmas de Gran Canaria se tramitaban las diligencias previas nº 1.403/2005, seguidas para esclarecer la existencia de una trama delictiva encaminada a conseguir de forma fraudulenta la adjudicación de un concurso público para la asignación de energía eólica convocado por la Consejería de Industria, Comercio y Nuevas Tecnologías del Gobierno de Canarias ("Caso Eólico") y la comisión de los presuntos delitos de cohecho, prevaricación y tráfico de influencias, que en las mismas se declaró el secreto del sumario, y que, como diligencias de investigación se decretó por auto de fecha 15 de abril de 2005 la intervención del teléfono número 606.43.97.60, utilizado por el ahora acusado D. Wilebaldo Luís Yanes y el de otra persona que no viene al caso determinar.

Por escrito policial de fecha 11 de mayo de 2005 se comunicó al Magistrado instructor que a través de la intervención del teléfono del Sr. Luís Yanes se detectaron una serie de conversaciones que, sin tener relación con los hechos, revelaban que se podría estar llevando a cabo una serie de conductas constitutivas de una infracción penal distinta de las hasta ese momento investigadas y con las que no guardaba conexión.

Dada la especial naturaleza de la investigación en marcha y el carácter secreto que se había dado a las actuaciones por el Magistrado de instrucción para asegurar su éxito, éste acuerda formar un ramo separado de investigación para la instrucción de una nueva causa por los nuevos hechos a investigar (que se encabeza con testimonio del propio auto, del escrito policial dando cuenta de los nuevos hechos y de transcripción de las conversaciones telefónicas que a ellos se refieren, acompañadas de las cintas de seguridad aportadas) y en las diligencias matrices acuerda ampliar los delitos objeto de investigación a uno más (un presunto delito contra la Administración de Justicia) y prorrogar la intervención de la terminal telefónica del coacusado D.Wilebaldo Luís y la usada por otra persona distinta por un mes más.

Así descrita, la actuación del Magistrado titular del Juzgado de Instrucción Nº 7 de Las Palmas de Gran Canaria se nos antoja impecable, pues tras el descubrimiento del nuevo delito, incoa una investigación aparte sobre el nuevo hecho; con indudable acierto y prudencia le da la forma de ramo separado dentro de las diligencias matrices y no deduce testimonio y manda a reparto, para no romper el secreto y no frustrar el objeto de la investigación que se estaba llevando a cabo y; ya dentro del ramo separado, no decreta ninguna nueva medida de intervención telefónica, ni contra el Sr. Martín Martín ni contra ninguna otra persona distinta de las ya investigadas.





Dicho lo anterior, si lo que está denunciando el acusado D. José Antonio Martín Martín es la vulneración del derecho al secreto de sus comunicaciones telefónicas, su alegación está condenada al más absoluto de los fracasos, pues en ningún momento el Magistrado titular del Juzgado de Instrucción Nº 7 de Las Palmas de Gran Canaria ha decretado la intervención de sus terminales telefónicas, ni fijas ni móviles.

Si lo que pretende sostener la defensa del acusado es que su derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas ha sido vulnerado por el hecho de ser un mero interlocutor del titular de la línea intervenida, también ha de fracasar su alegato impugnatorio. Al respecto hemos de recordar la doctrina que el Tribunal Constitucional ha mantenido en estos casos en sus sentencias de 3 de diciembre de 1999 y 6 de junio de 2005, la cual se puede sintetizar de la siguiente forma:

"En palabras de la STS de 21 de septiembre de 1998 nº 1052/1998, la teoría que defiende la parte recurrente según la cual la limitación del derecho al secreto en las comunicaciones sólo afecta a las personas señaladas nominativamente en la resolución judicial, no es de recibo, toda vez que ni tal exigencia -como veremos seguidamente- halla cobijo entre los requisitos que esta Sala Segunda ha perfilado como necesarios para la validez constitucional de la medida de intervención telefónica, ni se compadece con lo razonable, puesto que ello determinaría, sin más, algo tan absurdo como que quedaran fuera de los efectos policiales, procesales y penales todas aquellas personas a quienes la intervención telefónica hubiera identificado como partícipes en la actividad delictiva objeto de la investigación, por el mero hecho de no haber sido nominadas en la resolución judicial, sobre todo teniendo en cuenta que la citada medida -ordinariamente adoptada al comienzo de las investigaciones de instrucción- tiene por finalidad, entre otras, el descubrimiento de quiénes puedan estar involucrados en la comisión de los hechos ilícitos que se trata de concretar y determinar".

Finalmente, si lo que está denunciando la defensa del Sr. Martín es la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones en la intervención telefónica practicada dentro de las diligencias previas nº 1.403/2005 del Juzgado de Instrucción Nº 7 de Las Palmas de Gran Canaria respecto del coacusado D. Wilebaldo Luís Yanes, nos remitimos a lo que expondremos *ut supra* en el ordinal octavo de la presente exposición para rechazar la existencia de tal vulneración de derechos fundamentales, a fin de evitar inútiles y tediosas reiteraciones, máxime en una resolución de la complejidad y dimensiones de la presente.

En conclusión, no ha existido vulneración alguna del derecho al secreto de las comunicaciones del Sr. Martín Martín (ex artículo 18 párrafo 3º de la Constitución Española) en la presente causa.

No podemos concluir la presente exposición sin aclarar que, si bien la defensa del acusado Sr. Martín ha discutido el contenido y la autenticidad de las cintas grabadas y reproducidas en el acto de la vista oral y de las transcripciones realizadas por la Secretaria de esta Sala, ha introducido este debate *ex novo* al finalizar la vista oral en fase de conclusiones, de manera claramente extemporánea y cuando la acusación pública nada podía ya alegar (había informado previamente) ni probar (la fase probatoria ya había concluido) al efecto, razones por las cuales dicha alegación no puede ser tenida en cuenta.

TERCERO.- Igualmente alegó la defensa del Sr. Martín la infracción del derecho a un proceso con todas las garantías legales. Considera que dicho derecho ha





sido vulnerado por una triple y heterogénea vía, en primer lugar porque la existencia de la presente causa penal junto con el procedimiento disciplinario al que también está sometido el Magistrado supone que el mismo pueda ser sancionado dos veces por unos mismos hechos y, por tanto, una vulneración flagrante del principio *non bis in idem*; en segundo lugar, que se ha incoado una "causa general" contra el Sr. Martín y toda su familia en el que se ha investigado el conjunto del patrimonio familiar sin causa alguna que lo justifique; y, en tercer lugar, porque el acusado no ha sido informado en ningún momento sobre el hecho punible que se le imputaba.

Junto a los principios de defensa, interdicción de la indefensión y publicidad del proceso se alinean una serie de garantías representadas por los requisitos formales que las leyes de procedimiento establecen en aras a la seguridad jurídica de los ciudadanos. El Tribunal Constitucional ha sentado en su sentencia de 15 de octubre de 1987 que la tutela judicial efectiva que consagra el artículo 24 párrafo 1º de la Constitución Española supone el estricto cumplimiento por los órganos judiciales de los principios rectores del proceso, explícitos o implícitos en el ordenamiento procesal, que no es un simple conjunto de trámites y ordenación del proceso, sino un ajustado sistema de garantías para las partes. La interpretación que los órganos jurisdiccionales han de hacer de la exigencia de los requisitos formales debe ser de carácter teleológico, habida cuenta de la finalidad que persiguen y siempre de manera favorable a la conservación de los actos del proceso, pues los mismos no son valores autónomos que tengan sustantividad propia, sino que solo sirven en la medida en que son instrumentos para conseguir una finalidad legítima (sentencia de 12 de noviembre de 1987).

Partiendo de tales premisas la Sala entiende que las tres alegaciones esgrimidas por la defensa del acusado D. José Antonio Martín Martín han de ser rechazadas de plano.

A) Ciertamente el principio "*non bis in idem*" despliega sus efectos en una doble dirección, por una parte impide la imposición de varias sanciones administrativas por un mismo hecho o conducta y, de otro, impide que un mismo hecho pueda ser objeto de sanción en vía penal y administrativa.

Sin embargo, este principio general debe ser matizado, por cuanto que el Tribunal Constitucional viene reiterando, entre otras muchas en su sentencia de 10 de diciembre de 1991 que en los supuestos de doble sanción en relación con el principio *non bis in idem* para que la dualidad de sanciones sea constitucionalmente admisible es necesario, además, que la normativa que la impone pueda justificarse porque contempla los mismos hechos desde la perspectiva de una relación jurídicamente protegida que no es el mismo que aquél que la primera sanción intenta salvaguardar o, si se quiere, desde la perspectiva de una relación jurídica diferente entre sancionador y sancionado. En este mismo sentido viene a decir que para que sea jurídicamente admisible una sanción disciplinaria impuesta en razón de una conducta que ya fue objeto de condena penal, es indispensable, además que el interés jurídicamente protegido sea distinto y que la sanción sea proporcionada a esa protección.

Por tanto, teniendo en cuenta que en el presente caso lo que concurre es un procedimiento penal con un expediente administrativo disciplinario difícilmente puede hablarse de *bis in idem* en el segundo de los sentidos.

Para los casos en los que esto último ocurre, el artículo 415 de la Ley Orgánica del Poder Judicial establece que la incoación de un procedimiento penal no será obstáculo para la incoación de un expediente disciplinario por los mismos hechos, pero no se dictará resolución en éste hasta tanto no haya recaído sentencia o auto de sobreseimiento firmes en la causa penal. Con ello se hace efectiva la doctrina sentada





por el Tribunal Constitucional en su sentencia de 3 de octubre de 1993 en la que señala que los límites que la potestad sancionadora de la Administración encuentre en el artículo 25 párrafo 1º de la Constitución Española son, entre otros, la subordinación a la autoridad judicial, pues la colisión entre una actuación jurisdiccional y una actuación administrativa haya de resolverse a favor de la primera.

En la presente causa penal nos encontramos con que efectivamente de manera paralela a ésta se ha incoado por los mismos hechos contra el Sr. Martín el Expediente Disciplinario nº 7/2006 por parte de la Comisión Disciplinaria del Consejo General del Poder Judicial, pero dicho procedimiento se encuentra actualmente paralizado por Acuerdo de fecha 28 de octubre de 2008, al aplazarse su resolución hasta que la conclusión de la presente causa.

Por tanto, no puede hablarse de *bis in idem* a día de hoy en la presente causa, en su caso, podría cuestionarse la existencia de la situación fáctica que sirve de base a tal institución en un futuro y en sentido inverso.

B) Por instrucción penal se entiende aquel conjunto de actuaciones de carácter jurisdiccional desencadenadas a raíz de la toma de conocimiento de la comisión de un delito (*notitia criminis*), que tiene por objeto tanto el aseguramiento de posibles elementos de prueba y la adopción de medidas cautelares como la preparación del ulterior juicio oral. Su objeto lo constituye un conjunto heterogéneo de actuaciones que van desde la pura investigación (entrada y registro en lugar cerrado, detención y apertura de correspondencia, etc.), hasta el aseguramiento de eventuales responsabilidades civiles (fianzas, embargos), pasando por el aseguramiento de la persona del delincuente (detención, prisión provisional).

Es fácil comprender que no se puede establecer una norma general que sirva de pauta al Juez sobre las actuaciones que debe acordar para lograr la finalidad propia de la instrucción, dada la gran variedad de supuestos que se pueden presentar. Las actuaciones que en cada caso concreto se han de practicar para asegurar el éxito de la investigación es cuestión que en la preparación y buen sentido del Juez instructor encontrará satisfactoria respuesta.

Para resolver la cuestión propuesta hemos de partir de que se imputaba al Sr. Martín Martín en fase de instrucción la comisión de los presuntos delitos de prevaricación, tráfico de influencias, cohecho y negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios (con independencia de que finalmente, en la fase intermedia, el Ministerio Fiscal solo dirigiera acusación contra el mismo por el último de ellos). Todos estos tipos delictivos tienen un claro contenido económico, razón por la cual resulta de todo punto imprescindible acordar la investigación patrimonial del presunto culpable y de su entorno familiar a efectos de determinar la existencia de un posible enriquecimiento delictivo, con apoyo en el artículo 126 de la Constitución Española y en los artículos 287 y 777 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

En el caso del acusado Sr. Martín tal operación reviste una cierta complejidad y necesariamente se ha de extender a su entorno familiar, pues éste mantiene con sus familiares inmediatos, además de las lógicas relaciones humanas, relaciones económicas, encontrándonos ante un complicado entramado societario. De tal forma, el acusado es partícipe mayoritario de la mercantil "INVERSIONES JOYBER, SL", siendo el resto de partícipes su esposa y sus cuatro hijos, así como de la mercantil "MAFUSA PRODUCCIONES, SL". A su vez las sociedades "MAFUSA PRODUCCIONES, SL" y "ARETUSA 2003, SL" han sido administradas por "INVERSIONES JOYBER, SL". De estas tres entidades son partícipes, entre otros, todos o algunos de los cuatro hijos del





Sr. Martín, siendo administrador único de las mismas directa o indirectamente su hijo D. Nereo Martín Fuentes.

C) El artículo 775 párrafo 1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal dispone que en la primera comparecencia el Juez informará al imputado, de la forma más comprensible, de los hechos que se le imputan y el Secretario le informará de su derecho a guardar silencio y a no declarar si no quiere, a no contestar alguna o algunas de las preguntas que se le formulen, a no declarar contra sí mismo, a no confesarse culpable, a designar abogado y a solicitar su presencia para que asista a la diligencia de declaración e intervenga en todo reconocimiento de identidad de que sea objeto.

Al respecto hemos de decir que el Sr. Martín, jurista con muchos años de experiencia, fue informado por la Sra. Secretaria de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Canarias acerca de los hechos concretos y de los delitos por los cuales se habían incoado las diligencias previas 1/2006 seguidas en su contra en el momento previo a recibírsele la primera declaración en calidad de imputado en las mismas (como consta en la grabación en soporte DVD de dicha diligencia incorporada a las actuaciones), estando además el mismo personado en la causa y teniendo acceso a la totalidad de las actuaciones practicadas para su examen a partir del momento en que se levantó el secreto de éstas. Es más, tanto en la exposición razonada que se hace por el Magistrado-Juez del Juzgado de Instrucción Nº 7 de los de Las Palmas de Gran Canaria como en el Auto de 15 de diciembre de 2005 se hace una relación pormenorizada de los hechos que motivaron la posterior incoación de las diligencias previas.

Esta Sala ha de concluir, sin el más mínimo temor a equivocarse, que el Sr. Martín tiene perfecto conocimiento de los hechos concretos que se le imputan en la presente causa desde el momento mismo en el que se le comunica la existencia de las diligencias previas abiertas en su contra en este Órgano Judicial, momentos antes de recibírsele declaración en calidad de imputado.

CUARTO.- También entiende la defensa del acusado que se ha vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva, en su variante del derecho de todo justiciable a un proceso sin dilaciones indebidas, toda vez que la instrucción de la presente causa se ha eternizado durante cuatro años en un órgano judicial del que precisamente no se puede decir que esté colapsado, como lo es la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, Comunidad Autónoma en la que, por añadidura, ni tan siquiera existe derecho foral o especial.

El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas se preserva mediante el desarrollo de las secuencias de un proceso dentro de unos límites temporales razonables. El concepto de dilación indebida es manifiestamente indeterminado y ha de ser dotado de contenido concreto en cada caso, atendiendo a criterios objetivos congruentes con su enunciado genérico.

Siguiendo al Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su sentencia de 13 de julio de 1983, *asunto Zimmermann y Steiner*, los criterios a tener en cuenta para determinar su existencia son la complejidad del litigio, la conducta de los litigantes y de las autoridades y las consecuencias que del litigio presuntamente demorado se siguen para las partes. Dichos criterios son los mismos que tiene en cuenta nuestro Tribunal Constitucional, entre otras, en sus sentencias de 23 de enero de 1985 y 8 de mayo de 1989, aclarando que no se puede identificar dilación indebida con el mero





incumplimiento de los plazos procesales ni tampoco necesariamente con todo supuesto de anormalidad.

Dicho lo anterior, difícilmente puede hablarse de dilaciones indebidas en la instrucción de la presente causa, por dos razones distintas:

En primer lugar, por la complejidad del litigio. Téngase en cuenta que el Sr. Martín ha tenido que ser sometido a una investigación patrimonial y que éste, además de Magistrado, tiene intereses en diversas entidades mercantiles, en las que también participan sus familiares directos, como hemos visto en el ordinal tercero letra B) de la presente exposición (al que nos remitimos íntegramente con la finalidad de no volver aun más plúmbeo el contenido de esta resolución), dándose en la práctica un entramado social complejo difícil de abordar a la hora de realizar una investigación. En concreto han tenido que ser investigadas las sociedades "ARETUSA 2003, SL", "INVERSIONES JOYBER, SL", "MAFUSA PRODUCCIONES, SL", "COMPAÑÍA CANARIA SYSER, SL", "MAYAR 200, SL", "MURCA 2000, SL", "SIEMENCA, SL" y "GESCOMYCE HIDRÁULICA, SL".

A ello se ha de añadir la existencia de gran cantidad de cuentas corrientes bancarias personales y societarias que han tenido que ser auditadas; tan solo el acusado Sr. Martín es titular o persona autorizada en veintidós cuentas corrientes y se encuentra vinculado con su esposa, D^a Bertilda Fuentes Lorenzo en diez cuentas corrientes y con sus cuatro hijos en setenta y dos cuentas corrientes.

Y, en segundo lugar, a la nula actividad colaboradora desplegada por el acusado en la fase de instrucción para esclarecer los hechos que se le imputaban. Así nos encontramos con que se ha negado a declarar a las preguntas realizadas por la Magistrada instructora relativas a los extremos que ahora nos ocupan, igualmente se ha opuesto expresamente a la práctica de la prueba pericial contable ordenada y ha intentado llevar a confusión a la instructora en cuanto a las cuentas corrientes investigadas, intentando ocultar aquellas de las que son titulares las sociedades "MAFUSA PRODUCCIONES, SL", "ARETUSA, 2003, SL", "MAYAR 200, SL" y "COMPAÑÍA CANARIA SYSER, SL" detrás de las suyas de titularidad personal, las de su esposa e hijos y las de la sociedad "INVERSIONES JOYBER, SL".

Tales actitudes del acusado son perfectamente admisibles como estrategia de defensa, pues se encuentran amparadas en sus derechos constitucionales, pero conllevan inevitablemente una ralentización en la instrucción de la que no puede quejarse ahora.

QUINTO.- También esgrime la defensa del acusado la vulneración de su derecho a la presunción de inocencia en su vertiente material. Argumenta en su discurso impugnatorio, en esencia, que las medidas cautelares que han sido impuestas al acusado vienen a constituir una sanción encubierta impuesta en su contra (sic).

El derecho a la presunción de inocencia consagrado en el artículo 24 párrafo 2º de la Constitución Española y reconocido por las principales declaraciones internacionales de derechos humanos, significa que no puede presumirse la culpabilidad de nadie, sino que ha de ser probada, de ahí la importancia de los hechos probados en el proceso penal. De tal forma, es necesario que exista una mínima actividad probatoria producida con las garantías procesales que de alguna forma pueda entenderse de cargo y de la que pueda deducirse, por tanto, la culpabilidad del





procesado, para llegar a desvirtuarse la presunción de inocencia (sentencia del Tribunal Constitucional 31/1981).

La alegación formulada por la Defensa del acusado, tal como ha sido concretada, está condenada al más absoluto de los fracasos, sin necesidad de entrar en mayores consideraciones jurídicas, en la medida en que a lo largo de la presente causa penal no se ha adoptado ninguna medida cautelar respecto del acusado D. José Antonio Martín Martín, sino que las mismas se han adoptado en el marco del Expediente Disciplinario 7/2006 seguido en su contra por la Comisión Disciplinaria del Consejo General del Poder Judicial, por lo cual sería en la vía Administrativa y, agotada ésta, ante los órganos de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, donde el Sr. Martín tendría que hacer valer sus pretensiones en tal sentido.

SEXO.- Estima también la defensa del Sr. Martín que se ha vulnerado su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva en su modalidad del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes. Argumenta, en esencia, que habiendo propuesto en el escrito de defensa que se citara como testigo en el acto de la vista oral al Magistrado titular del Juzgado de Instrucción Nº 7 de Las Palmas de Gran Canaria, Ilmo. Sr. D. Miguel Ángel Parramón i Bregolat (instructor de las diligencias previas nº 1.403/2005 seguidas ante dicho órgano y de las cuales se desgajan las presentes), la del Excmo. Fiscal Superior de la Comunidad Autónoma de Canarias, D. Vicente Garrido García, y la del entonces Excmo. Sr. Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, D. Fernando de Lorenzo Martínez, a fin de que dieran razón de los rumores que supuestamente circulaban en el ambiente judicial de Las Palmas de Gran Canaria en el mes de julio de 2005 sobre la existencia de las escuchas telefónicas a las que estaba siendo sometido el Presidente de la Audiencia Provincial, infringe su derecho a proponer prueba.

El artículo 24 párrafo 2º de la Constitución Española ha convertido en un derecho fundamental el de utilizar los medios de prueba pertinentes en cualquier tipo de proceso en que el ciudadano se vea involucrado, de forma que las pruebas pertinentes propuestas han de ser admitidas y practicadas por el Juez o Tribunal. Pero ello no implica desapoderar al juzgador a *quo* de su potestad para pronunciarse sobre la pertinencia de las pruebas que la partes propongan, accediendo a la admisión de la prueba en cuanto no sea manifiesta la ausencia de adecuación entre la que se propone y la cuestión debatida (sentencia del Tribunal Constitucional de 10 de abril de 1985).

Especifica el Tribunal Constitucional en sentencia de 21 de enero de 1981 que el derecho a proponer prueba no ostenta carácter ilimitado y corresponde a los órganos del poder judicial, en uso de las facultades previamente otorgadas por el artículo 117 párrafo 3º de la Constitución Española, el pronunciamiento de admisibilidad o inadmisibilidad, atendiendo básicamente a las notas de no producción de indefensión y, como necesario presupuesto de aquella, que la prueba propuesta sea relevante o funcional. Se reputan correctamente inadmitidas las pruebas cuando estas son impertinentes o inútiles (sentencia del Tribunal Constitucional de de 25 de junio de 1989).

Las testificales propuestas por la defensa del Sr. Martín fueron consideradas en su momento como impertinentes e inútiles por esta Sala y, por consiguiente, se rechazó su práctica en auto de fecha 12 de febrero de 2009. En dicha decisión nos reiteramos en este momento por diversas razones.





Si lo que se pretende es que se traiga al plenario al instructor de unas diligencias previas relacionadas con el presente procedimiento para que de razón de su intervención como tal, ello nos parece de todo punto improcedente y contrario al esquema general del procedimiento penal diseñado por nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal; todo ello con independencia de que su actuación como tal instructor se encuentra perfectamente documentada en la causa y se puede extraer de ella cuantas consecuencias fueren pertinentes. Tal consideración puede hacerse extensiva a la citación como testigo del Fiscal Superior, personado en las diligencias previas referidas a través de otro u otros miembros del Ministerio Fiscal a él subordinados. Imaginémonos las consecuencias que tendría en la práctica diaria de los tribunales penales que en todos los plenarios se citara como testigos al instructor de las diligencias previas y al fiscal personado en la misma para que dieran razón de su labor profesional en el caso concreto.

Si lo que se pretende con ello es que ambos funcionarios corroboren la existencia de unos rumores que, al parecer, circulaban en el ambiente judicial de Las Palmas de Gran Canaria en el mes de julio de 2005 sobre las escuchas telefónicas a las que estaba siendo sometido el Presidente de la Audiencia Provincial, sus deposiciones como testigos nos parecen impertinentes e inútiles pues la existencia de tales rumores para nada afectarían al enjuiciamiento de los hechos delictivos contenidos en la presente causa.

Igualmente inútil se nos antoja la declaración testifical del entonces Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Canarias sobre la existencia de los referidos rumores por las razones que acabamos de exponer.

Al inicio de las sesiones del juicio oral la defensa de D. José Antonio Martín Martín reiteró nuevamente la práctica de las testificales solicitadas en el escrito de defensa que le fueron denegada y también propuso nueva testifical en las personas del Fiscal de la Audiencia Provincial de Las Palmas, Ilmo. Sr. D. Demetrio Pintado Marrero y de quien en su día fuera Magistrado, D. Rafael Lis Estévez, al parecer con el mismo fin de acreditar los tantas veces referido rumores, prueba que fue rechazada por esta Sala por idénticas razones de impertinencia e inutilidad.

SÉPTIMO.- Mención aparte merece la alegación realizada por la defensa del acusado Sr. Martín Martín, que estima que ha sido vulnerado su derecho de defensa (artículo 24 párrafo 2º de la Constitución Española) por la intervención en el acto de la vista oral del Excmo. Fiscal Superior de la Comunidad Autónoma de Canarias, D. Vicente Garrido García, por cuanto que al haber podido conocer de las escuchas telefónicas a las que estaba siendo sometido su cliente cuando era Presidente de la Audiencia Provincial, había perdido su imparcialidad y consecuentemente habría tenido que abstenerse de intervenir en la presente causa y además porque ha sido propuesto como testigo por su parte.

Dichas cuestiones previas se desestimaron por esta Sala, la primera por cuanto que no se alcanzaba a comprender la razón por la cual el Sr. Garrido habría perdido su imparcialidad objetiva para intervenir como Fiscal en la presente causa por el hecho de haber podido llegar a sus oídos los rumores sobre la existencia de las escuchas telefónicas en las que aparecía el ahora acusado Sr. Martín. Y la segunda, sin necesidad de entrar en el fondo de la misma, porque su objeto devino inexistente y quedó sin contenido toda vez que la testifical del Excmo. Fiscal Superior de Canarias propuesta por la defensa del acusado en el escrito de defensa fue rechazada por impertinente por auto de esta Sala de fecha 12 de febrero de 2009 y al inicio de las





sesiones del juicio oral, cuando fueron reiteradas en ejercicio de lo dispuesto en el párrafo 2º del artículo 786 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

De tal manera, el cuestionamiento del principio de imparcialidad que rige la actuación del Ministerio Fiscal, consagrado en el artículo 2 párrafo 1º de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, queda sin fundamento fáctico y sin objeto.

OCTAVO.- Por su parte, la defensa de D. Wilebaldo Luís Yanes viene a adherirse a lo manifestado por el Letrado de D. José Antonio Martín Martín respecto de la nulidad de las escuchas telefónicas a las que fuera sometido su cliente.

En relación a las intervenciones telefónicas la jurisprudencia constitucional, en varias sentencias como las números 166/1999 y 171/1999, ambas de 27 de septiembre, ha sintetizado su doctrina sobre la violación en el proceso penal del derecho al secreto de las comunicaciones y sobre la prohibición de valoración de las pruebas obtenidas con vulneración de los derechos constitucionales y las excepciones que se han ido asentando desde la sentencia 81/1998. De la sentencia mencionada en primer lugar se transcribe la doctrina constitucional específica en esta materia:

“De la síntesis de la jurisprudencia constitucional (SSTC 114/1984, 85/1994, 86/1995, 181/1985, 49/1996, 54/1996, 81/1998, 121/1998, 151/1998, 49/1999) y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos -casos Klass (Sentencia 6 de septiembre de 1978), Malone (Sentencia 2 de agosto de 1984), Kuslin y Huvig (Sentencia 24 de abril de 1990), Haldford (Sentencia 25 de marzo de 1998), Klopp (Sentencia 25 de marzo de 1998) y Valenzuela (Sentencia 30 de julio de 1998)- deriva que una medida restrictiva del derecho al secreto de las comunicaciones sólo puede entenderse constitucionalmente legítima desde la perspectiva de este derecho fundamental si, en primer lugar, está legalmente prevista con suficiente precisión -principio de legalidad formal y material (STC 49/1999, fundamento jurídico 4º); si, en segundo lugar, se autoriza por autoridad judicial en el marco de un proceso (STC 49/1999, fundamento jurídico 6º); y si, en tercer lugar, se realiza con estricta observancia del principio de proporcionalidad (STC 49/1999, fundamento jurídico 7º); es decir, si la medida se autoriza por ser necesaria para alcanzar un fin constitucionalmente legítimo, como - entre otros-, para la defensa del orden y prevención de delitos calificables de infracciones punibles graves, y es idónea e imprescindible para la investigación de los mismos (ATC 344/1990, SSTC 85/1994, fundamento jurídico 3º, 181/1995, fundamento jurídico 5º, 49/1996, fundamento jurídico 3º, 54/1996, fundamentos jurídicos 7º y 8º, 123/1997, fundamento jurídico 4º; SSTEDH casos Huvig y Kruslin, y Valenzuela)”.

La proporcionalidad implica, además, de un lado, que la medida sólo puede ser adoptada por resolución judicial que exprese la ponderación exigida por el juicio de necesidad en atención a los fines legítimos y a las circunstancias concretas concurrentes en cada momento (sentencias del Tribunal Constitucional números 160/1994, 50/1995, 181/1995, 49/1996, 54/1996, fundamentos jurídicos séptimo y octavo); de otro, que la ejecución de la misma debe atenerse a los estrictos términos de la autorización, tanto en cuanto a los límites materiales o temporales de la misma como a las condiciones de su autorización (sentencias del Tribunal Constitucional números 85/1994, fundamento jurídico tercero, 86/1995, fundamento jurídico tercero, 49/1996, fundamento jurídico tercero, 121/1998, fundamento jurídico quinto); y, finalmente, que la medida debe ser verificada bajo control judicial (por todas las sentencias del Tribunal Constitucional número 49/1996, fundamento jurídico tercero, 121/1998, fundamento jurídico quinto, 151/1998, fundamento jurídico cuarto).





Sin embargo, no constituye vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones, sino del derecho a un proceso con todas las garantías, la utilización como prueba del contenido de las conversaciones intervenidas, pero respecto de las cuales las irregularidades, que implican ausencia o deficiente control judicial de la medida, no tienen lugar durante la ejecución del acto limitativo, sino en la incorporación de su resultado a las actuaciones sumariales; es decir, en la entrega y selección de las cintas grabadas, en la custodia de los originales o en la transcripción de su contenido (sentencias del Tribunal Constitucional números 121/1998, fundamento jurídico quinto, 151/1998, fundamento jurídico cuarto, 49/1999, fundamentos jurídicos duodécimo y décimo tercero). Pues elementales exigencias del derecho de defensa y contradicción - artículo 24 párrafo 2º de la Constitución Española- exigen que, con intervención de los afectados, se incorporen a las actuaciones, como elementos de debate, y eventualmente de prueba, todos aquellos pasajes que se consideren precisos para sustentar las diversas hipótesis -acusatorias, de defensa- que se contraponen en la investigación para así posibilitar equitativamente el debate previo a la apertura del juicio oral y finalmente el desarrollo del propio juicio.

En consecuencia, como ha sido expuesto en la sentencia del Tribunal Constitucional número 1.21/1998, fundamento jurídico quinto (ratificado en la sentencia del mismo Tribunal número 151/998, fundamento jurídico cuarto), la intervención de las comunicaciones telefónicas puede constituir una vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones si no se respetan las garantías constitucionales a él inherentes en alguna de las fases diferenciables en el curso de la misma: en primer lugar, en la decisión de intervención, en segundo lugar, en su ejecución policial, y, en tercer lugar, en el control judicial de la ejecución.

La decisión de intervención puede ser ilegítima, en primer término, por no haber sido adoptada por órgano judicial (por todas la sentencia del Tribunal Constitucional número 86/1995, fundamento jurídico tercero); en segundo lugar, por inexistencia de los presupuestos materiales que habilitan legal y constitucionalmente para la adopción de la decisión judicial de intervención, cuya ausencia convierte a la medida en desproporcionada. Pues, de una parte, mal puede estimarse realizado ese juicio, en el momento de adopción de la medida, si no se manifiesta, al menos, que concurre efectivamente el presupuesto que la legitima. Y, de otra, sólo a través de esa expresión, podrá comprobarse ulteriormente la idoneidad y necesidad (en definitiva, la razonabilidad) de la medida limitativa del derecho fundamental (la sentencia del Tribunal Constitucional número 37/1989, 3/1992, 12/1994, 13/1994, 52/1995, 128/1995, 181/1995, 34/1996 y 49/1999, fundamento jurídico séptimo).

Estos presupuestos, fijados en el artículo 597 párrafos 2º y 3º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y coincidentes con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (reiterada en el caso Valenzuela contra España, Sentencia del referido Tribunal. de 30 de julio de 1998, 46 y siguientes), residen en la existencia de una investigación en curso por un hecho constitutivo de infracción punible grave, en atención al bien jurídico protegido y a la relevancia social del mismo, y en la existencia de indicios sobre el hecho constitutivo de delito y sobre la conexión con el mismo de las personas investigadas.

En tercer lugar, afecta a la legitimidad de la decisión la falta de necesidad estricta de la medida; es decir, puede ser constitucionalmente ilegítima, dado su carácter prescindible, bien porque los conocimientos que pueden ser obtenidos carecen de relevancia respecto de la investigación del hecho delictivo o respecto de la conexión de las personas investigadas, o bien porque pudieran obtenerse a través de otras medidas menos gravosas de los derechos fundamentales en litigio (sentencias del





Tribunal Constitucional números 54/1996, fundamento jurídico octavo y 49/1999, fundamentos jurídicos séptimo y octavo).

Por último, incide en la legitimidad de la medida la falta de expresión o exteriorización, tanto de la existencia de los presupuestos materiales de la intervención - investigación, delito grave, conexión de las personas con los hechos- como de la necesidad y adecuación de la medida -razones y finalidad perseguida (sentencia del Tribunal Constitucional número 54/1996, fundamento jurídico octavo); y todo ello es exigible, asimismo, respecto de las decisiones de mantenimiento de la medida, en cuyo caso, además, deben ponderarse las concretas circunstancias concurrentes en cada momento y el conocimiento adquirido a través de la ejecución de la medida inicialmente prevista (sentencias del Tribunal Constitucional números 181/1995, fundamento jurídico sexto y 49/1999, fundamento jurídico undécimo).

La ejecución policial puede resultar constitucionalmente ilegítima en la medida en que se verifique al margen de la cobertura judicial de la misma, es decir, excediéndose de los límites temporales -se mantiene la intervención más tiempo del habilitado-, personales -se investigan personas distintas de las autorizadas-, materiales -hechos diferentes-, u otros que constituyan condiciones judicialmente impuestas de la autorización (sentencias del Tribunal Constitucional números 85/1994, fundamento jurídico tercero, 86/1995, fundamento jurídico tercero, 49/1996, fundamento jurídico tercero y 121/1998, fundamento jurídico quinto).

El control judicial puede resultar ausente o deficiente en caso de falta de fijación judicial de los periodos en los que debe darse cuenta al juez de los resultados de la restricción, así como en caso de su incumplimiento por la policía; igualmente, queda afectada la constitucionalidad de la medida si, por otras razones, el juez no efectúa un seguimiento de las vicisitudes del desarrollo y cese de la intervención telefónica, y si no conoce el resultado obtenido en la investigación (sentencia Tribunal Constitucional número 49/1999, fundamento jurídico quinto).

En este caso concreto la defensa del Sr. Luís Yanes solicita la nulidad de las grabaciones telefónicas obrantes como pieza de convicción en la causa invocando al efecto los artículos 238 y 240 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, afirmando que la intervención telefónica se realizó con vulneración del artículo 24 párrafo 1º de la Constitución Española y del derecho al secreto de las comunicaciones (artículo 18 párrafo 3º del texto constitucional), en los momentos de la decisión y ejecución de la medida restrictiva de derechos, en la decisión de la intervención y en su ejecución policial.

Estas alegaciones han de desestimarse pues tanto el Auto de 15 de abril de 2005, como el Auto de fecha 11 de mayo del mismo año, por el que se autoriza la prórroga de la intervención telefónica por plazo de un mes del teléfono número 606.43.97.60, utilizado por D. Wilebaldo -ambos dictados en el marco de las Diligencias Previas número 1.403/2005, seguidas en el Juzgado de Instrucción Nº 7 de Las Palmas de Gran Canaria, por delitos graves tales como los de cohecho, tráfico de influencias y contra la Administración de Justicia, contra el Sr. Luís Yanes y otra persona- son decisiones judiciales que exteriorizan las razones fácticas y jurídicas que justifican la concurrencia del presupuesto habilitante de la intervención, y cumplen con los requisitos legales y jurisprudenciales exigidos por nuestro ordenamiento jurídico.

Efectivamente, basta con la mera lectura de ambos Autos -que contienen amplios apartados en sus "Razonamientos Jurídicos"- para deducir que la intervención de las comunicaciones telefónicas estaba justificada por la existencia de indicios de delitos graves imputables a personas concretas -proporcionados por sendos informes





policiales previos que se analizan y a los que se remite el Instructor en el apartado segundo de los Razonamientos Jurídicos- resultando evidente la necesidad y proporcionalidad de la medida de la intervención telefónica, en aras de la comprobación de hechos delictivos graves y descubrir e identificar a sus responsables.

En definitiva, existieron "indicios fundados" que el Magistrado instructor, en el juicio de proporcionalidad emitido, estimó suficientes para acordar la medida y ésta estaba adornada de todos los requisitos legales. Ninguna indefensión material, pues, han padecido las defensas con tales decisiones judiciales.

Además, los mencionados Autos se ajustaron a los parámetros constitucionales exigidos; pues en la parte dispositiva de los mismos se establece un adecuado y riguroso control. Tanto la intervención inicial como la prórroga se acuerdan por el plazo de un mes, precisando el teléfono y titular del mismo, y los agentes que debían verificar la medida (esto es, los agentes de policía solicitantes de la medida, pertenecientes al Grupo IV de la Brigada Provincial de la Policía Judicial, Sección de Delincuencia Económica y Blanqueo de Capitales); fijando la obligación de entrega de los soportes originales en que se hayan registrado las conversaciones grabadas en su totalidad. Constando acreditado, por el testimonio de los policías encargados de la intervención, que la dación de cuenta al Magistrado Instructor se realizaba semanalmente, de manera verbal, por parte del Inspector Jefe. El control así acordado, tanto de la decisión de intervención telefónica como de su prórroga, fue realmente riguroso y se cumplió en todos sus extremos.

Tras el juicio oral y a la vista de los documentos y piezas de convicción obrantes en la causa, ha quedado acreditado que ha existido un control judicial real y eficaz sobre la autenticidad de los soportes que contienen las grabaciones de las conversaciones telefónicas intervenidas y sobre las transcripciones mecanográficas de las mismas, circunstancias acreditadas por la diligencia de audición y cotejo realizada desde los archivos sonoros matrices por la Secretaria Judicial de la Sala de lo Civil y Penal.

Finalmente nos encontramos con que el resultado probatorio de las escuchas telefónicas practicadas ha sido debidamente incorporado al proceso mediante la aportación de las cintas originales y la audición en el acto del juicio oral de una selección de las comunicaciones judicialmente intervenidas más relevantes por su contenido incriminatorio previa petición del Ministerio Fiscal, no habiendo interesado el resto de las partes personadas la audición del resto del material, dando cumplimiento a los principios de oralidad y concentración (sentencia del Tribunal Constitucional 166/1999 de 3 de noviembre, avalada por la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 12 de marzo de 2003, *caso Diego Soto contra España y Andorra*).

A ello se ha de añadir que el acusado Sr. Luís Yanes no ha discutido ni el contenido ni la autenticidad del contenido de las cintas grabadas y reproducidas en el acto de la vista oral ni el de las transcripciones realizadas por la Secretaria de esta Sala.

En conclusión, no ha existido vulneración alguna del derecho al secreto de las comunicaciones de D. Wilebaldo Luís Yanes, consagrado en el artículo 18 párrafo 3º de la Constitución Española, pues tanto los autos habilitantes como la posterior aplicación de la medida satisfacen los requisitos establecidos por el Tribunal Constitucional en la materia, posibilitando ello su valoración por este Tribunal sentenciador.





NOVENO.- A parte de ello, la defensa de D. Wilebaldo Luis Yanes viene a mantener en esta fase del procedimiento que se ha vulnerado el derecho de su cliente a no declarar contra sí mismo consagrado en el artículo 24 párrafo 2º de la Constitución Española. Argumenta en su alegato defensivo, en esencia, que el Sr. Yanes a mitad de su declaración ante la Magistrada instructora manifestó que no quería seguir declarando, pero fue obligado a seguir haciéndolo por la misma.

Amen de la extrañeza que causa a esta Sala la conducta totalmente irregular que se achaca a la Magistrada instructora, es lo cierto que de la lectura de la declaración prestada por el Sr. Luis Yanes en calidad de imputado el día 26 de junio de 2006, obrante a los folios 983 y siguientes del II tomo de la causa, consta claramente que el mismo fue asistido por Letrado de su elección (D. Fernando Sagaseta en este caso) y que el mismo fue informado de los derechos que le asistían, en aplicación de lo dispuesto en los artículos 118 y 520 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. También consta que, si bien el Letrado del imputado manifestó en un momento determinado la voluntad de que su cliente no siguiera declarando, como quiera que la Magistrada recordó al Letrado que el imputado ya había exteriorizado su voluntad de declarar al inicio de la diligencia, el mismo continuó declarando en las mismas condiciones, voluntariamente y sin que fuera compelido a seguir declarando por la Magistrado; tal es así que ninguno de los presentes en la diligencia (Letrados o el representante del Ministerio Fiscal) formulara protesta de ningún tipo al respecto.

Además, en una segunda declaración prestada por el Sr. Luis Yanes el día 24 de abril de 2008 ante la Magistrada instructora (obrante a los folios 3.617 y siguientes del tomo V de la causa), diligencia celebrada también con todas las garantías establecidas legal y constitucionalmente (con lectura de derechos y asistencia de Letrado, en este caso el Sr. Elejabeitia), el acusado vuelve a declarar voluntariamente y a contestar a cuantas preguntas le son formuladas sin exteriorizar la más mínima objeción al respecto.

SOBRE el FONDO.

PRIMERO.- El principio de presunción de inocencia que el artículo 24 párrafo 2º de la Constitución Española declara como derecho fundamental significa que toda persona acusada de una infracción penal no puede considerarse culpable hasta que se acredite el hecho delictivo y su participación ante un Tribunal independiente, imparcial, previamente establecido por la Ley, tras un proceso celebrado con todas las garantías.

Dicho principio viene recogido en diversos Convenios internacionales. Así el artículo 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948 dispone que:

“Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la Ley”.

Tal declaración es reiterada en el artículo 6 párrafo 2º del Convenio de Roma para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 4 de noviembre y en el artículo 14 párrafo 2º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos firmado en Nueva York el 19 de diciembre de 1966.





Nuestro Tribunal Constitucional, a través de reiterada y constante jurisprudencia, viene exigiendo la existencia de actividad probatoria destructora de la presunción de inocencia, así las sentencia de 17 de noviembre de 2000, 25 de enero de 2001, 24 de octubre de 2005, entre otras), la cual se iniciaba con la sentencia de 28 de julio de 1981, que puntualizaba que la presunción de inocencia se destruye por *“una mínima actividad probatoria producida con todas las garantías y que pueda considerarse de cargo”*. Para que la actividad probatoria pueda ser considerada de cargo debe ser capaz de conducir al Juez, mediante un razonamiento lógico y a través de una valoración conforme a las reglas del saber humano, a una convicción acerca de la culpabilidad del sujeto activo del proceso.

El Tribunal Supremo ha admitido con reiteración, por todas las sentencias de 1 de diciembre y 17 de septiembre de 1999 y de 5 de diciembre de 2000, la validez como prueba de cargo hábil para desvirtuar la presunción de inocencia de las declaraciones de los coimputados, por estimar que están fundadas ordinariamente en un conocimiento extraprocesal y directo de los hechos y que la circunstancia de la coparticipación delictiva no las invalida, constituyendo únicamente un dato a tener en cuenta por el Tribunal sentenciador a la hora de ponderar su credibilidad en función de los particulares factores concurrentes en los hechos. No obstante, la valoración de las declaraciones de los coimputados debe ser cuidadosa y prudente, debiendo asegurarse en la medida de lo posible la ausencia de factores de incredibilidad subjetiva en el declarante, como pueden ser móviles de autoexculpación, exculpación de terceros, obtención de ventajas procesales o bien motivaciones espurias como la venganza, el resentimiento, la animadversión, obediencia, etc. (sentencia del Tribunal Supremo de 17 de octubre de 2001).

Ciertamente lo practicado en la fase sumarial no tiene el rango de verdadera prueba, pero en los casos en los que un presente en el juicio oral (acusado o testigo) haya declarado con anterioridad en sentido opuesto, siempre y cuando se haya realizado con intervención de las partes asistidas de sus defensas, lo declarado en fase de instrucción puede ser valorado por el Tribunal sentenciador en dos casos:

- mediante la lectura de las declaraciones anteriores en la vista oral y la puesta de manifiesto de las contradicciones (artículo 714 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal);
- a través del contenido de las preguntas o repreguntas formuladas en el plenario, no apareciendo de modo sorpresivo en la sentencia (sentencia del Tribunal Supremo de 17 de junio de 1995).

Así, la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de marzo de 2005 declara que *“...el que los acusados en el juicio oral se retractaran de su declaración judicial no supone que necesariamente el Tribunal tenga que prescindir de toda la prueba sumarial, que no carece también de valor, supuesto que se practicó con asistencia de Letrado; precisamente el juicio oral permite el ingreso en plenario bajo los principios de contradicción y oralidad del conjunto de pruebas y el Tribunal puede legítimamente valorar libremente unas y otras, ponderando proximidad de los hechos, espontaneidad y sinceridad comparativas y optar por la que en su convicción considere más fiable”*.

Dicho lo anterior, esta Sala otorga plena eficacia probatoria a las declaraciones que el coacusado D. Wilebaldo Luís Yanes prestó en fase de instrucción ante la Magistrada instructora los días 26 de junio de 2006 y 24 de abril de 2008, a pesar de que este acusado se negara a declarar posteriormente en el acto de la vista oral, en consideración a que dichas declaraciones no tienen carácter autoexculpatorio, fueron prestadas a presencia judicial y con todas las garantías establecidas constitucional y





legalmente, a que las mismas accedieron al plenario con respeto a los principios de contradicción y oralidad a través de las preguntas que le dirigiera al acusado el representante del Ministerio Fiscal (que se negó a contestar), a que las mismas resultan corroboradas por otras pruebas (singularmente por las escuchas telefónicas obrantes en las actuaciones) y a que no se advierte ninguna motivación espuria en el declarante.

Por tanto, la Sala ha formado su convicción sobre los hechos declarados probados en las siguientes pruebas:

- los hechos recogidos en los ordinales primero, segundo, tercero, cuarto y séptimo en las escuchas telefónicas acordadas en el marco de las Diligencias Previas número 1.403/2005 seguidas por el Juzgado de Instrucción Nº 7 de Las Palmas de Gran Canaria y de la declaración prestada por el acusado D. Wilebaldo Luís Yanes;
- los plasmados en el ordinal quinto en las referidas escuchas telefónicas, en la declaración del acusado D. Wilebaldo Luís Yanes y en las declaraciones testificales de D. Julio Bornia Bordón;
- los recogidos en los ordinales sexto y séptimo en las escuchas telefónicas, en la declaración del acusado D. Wilebaldo Luís Yanes, en las declaraciones testificales de D. Julio Bornia Bordón y en las de los agentes de policía titulares de los carnets profesionales números 56.181, 77.218, 79.567 y en la del Comisario de Policía titular del carnet profesional número 16.796;
- los reflejados en los ordinales octavo, noveno, décimo y undécimo en las tantas veces referenciadas escuchas telefónicas;
- los recogidos en el ordinal duodécimo en la testifical prestada por el Ilmo. Sr. D. Javier García Cabañas;
- los recogidos en el ordinal décimo tercero en la declaración testifical de D. Juan Ignacio Ortiz de Urbina; y
- los reflejados en el ordinal décimo cuarto en las declaraciones testificales prestadas por los Ilmos, Sres. D. José Luís Goizueta Adame y D. Emilo Moya Valdés y en la de D^a Mariola Hernández Rivero.

En resumen, los hechos acaecidos entre los días 5 de mayo y 27 de julio de 2005 han sido fijados por esta Sala en base a las escuchas telefónicas acordadas en el marco de las Diligencias Previas número 1.403/2005 del Juzgado de Instrucción Nº 7 de Las Palmas de Gran Canaria, en las que se intervino la terminal telefónica con número 606.43.97.60, utilizada por el acusado D. Wilebaldo Luís Yanes, corroboradas en parte por las declaraciones del citado acusado, por las del testigo D. Julio Bornia Bordón y por las de los Funcionarios de Policía que depusieron en el acto de la vista.

Los hechos acaecidos el día 28 de julio de 2007 lo han sido en base a las declaraciones testificales de los dos Magistrados que componían ese día la Sección Primera de la Audiencia Provincial y formaron Sala para conocer y fallar el recurso de apelación contra el auto de prisión provisional dictado contra D. Rafael Bornia Bordón en las Diligencias Previas nº 2.802/2004 (convertidas posteriormente en Sumario 2/2005) del Juzgado de Instrucción Nº 6 de los de Las Palmas de Gran Canaria y en la del Fiscal que asistió a la vista del mismo.





SEGUNDO.- De la calificación jurídica de los hechos declarados probados.

Con carácter previo se hace necesario explicar la naturaleza y características del delito de actividades prohibidas a los funcionarios (ejercicio de actividades incompatibles con la función pública) previsto y penado por el artículo 441 del Código Penal, destacando desde un primer momento que el bien jurídico protegido por este tipo penal es el ejercicio imparcial de la función pública, incluida la Administración de Justicia.

Establece el referido precepto del Código Penal que:

“La autoridad o funcionario público que, fuera de los casos admitidos en las Leyes y Reglamentos, realizare, por sí o por persona interpuesta, una actividad profesional o de asesoramiento permanente o accidental, bajo la dependencia o al servicio de entidades privadas o de particulares, en asuntos en que daba intervenir o haya intervenido por razón de su cargo, o en los que se tramiten, informen o resuelvan en la oficina o centro directivo en que estuviere destinado o del que dependa, incurrirá en las penas de multa de seis a doce meses y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de uno a tres años”.

En cuanto al tipo objetivo, hemos de analizar dos cuestiones distintas: la relativa al sujeto activo del delito y la de la conducta típica:

De la lectura del precepto se desprende que sujeto activo del mismo ha de ser necesariamente una autoridad o funcionario público, por lo cual nos encontramos ante un delito de los denominados especiales propios o de propia mano (sentencia del Tribunal Supremo de 11 de julio de 2008), en el que la conducta del autor supone la infracción de un deber jurídico específico. No obstante, como veremos posteriormente, es posible concebir la autoría de un particular ajeno al ejercicio de la función pública pero que con su actuación interfiere en el desarrollo de la misma.

Para saber que se entiende por autoridades y funcionarios públicos hay que atender a las definiciones aportadas en los apartados primero y segundo del artículo 24 del Código Penal. Por otra parte, como quiera que el régimen de incompatibilidades se extiende a todas las actividades públicas, no existen limitaciones en cuanto a la clase de actividad que el funcionario desarrolle.

No obstante puede suceder que la conducta típica incriminada en este precepto se realice por quien no tiene tal condición, en cuyo caso el comportamiento habrá de quedar impune atendiendo al principio de legalidad, salvo que el *extraneus* pueda ser considerado autor por inducción o por cooperación necesaria en aplicación de lo dispuesto en el artículo 28 del Código Penal (como veremos más detalladamente en el siguiente ordinal).

En cuanto a la conducta típica, nos encontramos con que el núcleo de la misma es la realización de una actividad profesional o de asesoramiento permanente o accidental, bajo la dependencia o al servicio de entidades privadas o de particulares.

La realización de una actividad profesional implica que el funcionario la efectúa normalmente como medio para obtener unos ingresos, mientras que la actividad de asesoramiento significa que el funcionario da un consejo profesional ya sea ocasional o no. En este último caso, más que el contenido material del consejo o asesoramiento





prestado, lo realmente importante es que con el mismo se instrumentalicen las funciones públicas que el funcionario tenía encomendadas para fines distintos o contrarios a los públicos. No obstante, solo aquel asesoramiento que compromete la imparcialidad del funcionario o autoridad y provoca una interferencia entre los intereses privados y los de naturaleza pública, puede ser objeto de persecución penal.

Tanto la actividad profesional como la de asesoramiento puede realizarse de forma permanente o accidental y se ha de llevar a cabo bajo la dependencia o al servicio de entidades privadas o particulares. Ello quiere decir que el artículo 441 del Código Penal únicamente castiga la incompatibilidad en la que el funcionario realiza una actividad privada sobre una materia relacionada con su competencia oficial. Así como la dependencia de entidades privadas o particulares sugiere que el funcionario se encuentre en una situación de subordinación respecto de terceros, la mención a que la actividad se pueda hacer al servicio de otros recoge todas las posibilidades en las que el funcionario puede vulnerar la imparcialidad y objetividad con que debe actuar. El estar al servicio de entidades privadas o de particulares no implica necesariamente una situación de jerarquía, pues lo importante no es el tipo de relación existente entre el funcionario y los terceros, sino la misma existencia de la relación, que implica un riesgo para la apariencia de imparcialidad de la gestión administrativa.

Para la perfección del delito deben darse dos circunstancias:

a) Que la actividad paralela se realice fuera de los casos admitidos por las leyes o reglamentos, esto es, que el funcionario ha de realizar de forma incompatible con sus funciones públicas las actividades descritas, fuera de los casos admitidos por las leyes y reglamentos, es decir, en aquellos supuestos que no estén permitidos por las normas administrativas que regulan el régimen de incompatibilidades. Se trata de que los servicios que han de prestar los funcionarios no se vean interferidos por intereses privados

b) Que concurren una de las dos situaciones previstas en el tipo:

- que la actividad profesional o de asesoramiento tenga relación con un asunto en el que deba intervenir el funcionario o en el que haya intervenido ya por razón de su cargo;
- que el asesoramiento o actividad privada realizada por el funcionario guarde relación con informes o resoluciones que deban adoptarse en oficinas o centros públicos al que se encuentre adscrito, aunque no corresponda a él adoptarlos personalmente;

En el primero de los casos, cuando el sujeto asesora o realiza una actividad profesional previa a su intervención en el asunto por razón de su cargo, el más grave, la conducta del funcionario pone en peligro concreto el bien jurídico protegido por este delito, la imparcialidad de la función pública, ya que condiciona la intervención posterior del funcionario. En el segundo caso, es decir, cuando el funcionario no tiene que intervenir en ese asunto pero sí la oficina o centro directivo en el que trabaja, nos encontramos ante un supuesto de riesgo abstracto.

La expresión "*intervenir*" que el legislador emplea a la hora de tipificar la conducta delictiva implica el castigo del funcionario siempre que tome parte, de cualquier forma, en el asunto, ya sea en la tramitación, informándolo o resolviéndolo, o con posterioridad a la realización de la actividad pública.





En cuanto al tipo subjetivo es evidente que el supuesto de hecho del artículo 441 del Código Penal debe realizarse con dolo directo, entendiéndose por tal el conocimiento y voluntad de que el asunto sobre el que está ejerciendo una actividad profesional o de asesoramiento en una entidad privada o para un particular, es uno de los que el sujeto activo tiene que conocer, ha conocido o, al menos, de los que se conoce en su oficina.

La ley no requiere que las actividades privadas tengan un objetivo económico y que, en este sentido, aunque puede sostenerse que una actividad profesional implica la finalidad de obtener ingresos, no puede decirse lo mismo del asesoramiento. No se exige ánimo de lucro ni prevalimiento del funcionario o autoridad en su cargo, ni que la acción esté guiada por una tendencia subjetiva determinada, ni que se produzca perjuicio a terceros o a la Administración.

Por último, hemos de señalar que la conducta tipificada en el artículo 441 del Código Penal se consuma desde el mismo momento en que, conociendo el sujeto activo que el asunto pertenece al ámbito de su competencia pública o de la de su oficina o centro directivo en el que estuviese destinado o del que dependa, realiza la actividad profesional o de asesoramiento a una entidad privada o a un particular.

Como quiera que el legislador, con los tipos previstos en los artículos 439 y 441 del Código Penal, lo que hace es elevar infracciones disciplinarias a la categoría de delito, el Tribunal Supremo se ha visto obligado a fijar la frontera entre el ilícito administrativo y el penal, y en su reciente Auto de 2 de junio de 2008 ha establecido al respecto, que:

“No existe una actividad de asesoramiento, aun ocasional, susceptible de integrar el tipo previsto en el artículo 441 del Código Penal. El intercambio de comentarios entre Elsa - abogada en ejercicio- y la persona aforada, no participa de las notas que definen, a efectos de tipicidad, la verdadera acción de asesoramiento. Y es que no todo consejo emanado de una autoridad o funcionario público puede reputarse delictivo. Solo aquel que compromete la imparcialidad, que menoscaba el deber de exclusividad o que provoca una interferencia entre los intereses privados y los de naturaleza pública, puede ser objeto de persecución penal. Ninguna de estas notas concurren en el presente caso en el que la conversación concluye con la indicación por la aforada del nombre de dos personas que si pueden realizar una eficaz labor de asesoramiento por su condición de especialistas en la defensa jurídica de conflictos familiares”.

La concurrencia, en el caso que se enjuicia, de los elementos objetivos y subjetivos exigidos por la jurisprudencia en el delito de actividades prohibidas a los funcionarios públicos, tipificado en el artículo 441 del Código Penal, resulta de los siguientes extremos.

Por lo que se refiere a la especial condición exigida en el sujeto activo, la acción ha de ser desarrollada por una autoridad o funcionario público, categorías conceptuales en la que sin duda quedan comprendidos los Jueces y Magistrados en atención a las definiciones que al efecto ofrece el propio Código Penal en su artículo 24, que *“a los efectos penales reputa autoridad al que por sí solo o como miembro de alguna corporación, tribunal u órgano colegiado tenga mando o ejerza jurisdicción propia”.*

En cuanto a los elementos objetivos del tipo penal ya se ha expuesto que el delito de ejercicio de actividades incompatibles con la función pública exige la concurrencia de una serie de elementos, que puestos en relación con los hechos que se han declarado probados mediante la valoración conjunta y en conciencia de la prueba





practicada, en ejercicio de lo dispuesto en el artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, arrojan el siguiente resultado:

- A) En relación a la *“necesidad de que la autoridad realice una actividad profesional o de asesoramiento permanente o accidental”*, teniendo en cuenta que debemos entender por actividad de asesoramiento la de dar un consejo profesional y que ésta puede ser tanto permanente como accidental, solo podemos concluir que lo que hace el día 27 de julio de 2005 el Sr. Martín Martín, Magistrado en ejercicio y Presidente de la Audiencia Provincial de Las Palmas, llamar por teléfono a su amigo D. Wilebaldo Luís, comunicarle que al día siguiente se celebraría la vista del recurso en el que se iba a decidir sobre la situación personal de prisión provisional de D. Rafael Bornia Bordón, confirmarle que la Sección de la Audiencia encargada de resolver el recurso es la que él preside y dar a D. Wilebaldo las siguientes instrucciones para que éste las transmita a D. Julio Bornia Bordón y éste, a su vez, a su Letrado:

“...dile que no se enrolle, que explique las cosas claritas y sencillas; que explique la procedencia del dinero, que lo explique clarito y sencillo; Que lo explique de palabra pero de una forma sencilla, sin rollos y que diga que está dispuesto a prestar una fianza en la cantidad en la que se le diga. Bueno, pero dile eso, que no se enrolle y que lo explique sencillo. Porque si no predispone a la gente en contra, que se deje de rollos, vale”;

ha de ser calificado claramente como una actividad de asesoramiento jurídico accidental u ocasional comprendido dentro del tipo penal.

Aunque ciertamente el contenido literal del asesoramiento o consejo adolece de cierto atecnicismo e incluso podríamos calificarlo de algo *“chusco”* (permítase el término coloquial por expresivo), para comprender la verdadera dimensión de los hechos hemos de atender a dos circunstancias distintas:

- en primer lugar, que lo que se dan en él son recomendaciones sobre el modo de proceder en la vista de un recurso de apelación interpuesto contra un auto decretando la prisión provisional de una persona en el marco de un sumario, acto procesal en el que, más que extremos de alta elaboración jurídica, lo que se discuten son cuestiones de hecho (arraigo, solvencia económica, gravedad del delito imputado y de la pena pedida, riesgo objetivo de fuga, etc.), con lo cual las recomendaciones dadas por el acusado no parecen alejadas del fin procesal pretendido;
- y, sobre todo, porque las recomendaciones no provienen de cualquiera, sino directamente de quien se sabe con toda certeza que al día siguiente va a presidir el Tribunal que conocerá del recurso, quién, por añadidura, es el mismísimo Presidente de la Audiencia Provincial.

-B) Que lo haga *“bajo la dependencia o al servicio de entidades privadas o particulares”*.

En la presente causa ha quedado también debidamente acreditado que el acusado, D. José Antonio Martín Martín, lleva a cabo el acto de asesoramiento antes referido al servicio de un particular, D. Julio Bornia Bordón, persona que actúa defendiendo los intereses procesales de su hermano Rafael Bornia Bordón, que es quien se encontraba en situación de prisión provisional en las fechas en que acaecieron los hechos enjuiciados, movido en todo momento por la amistad personal que le unía con el coacusado D. Wilebaldo Luís Yanes y por el afán de complacerlo.





- C) Que la misma *“se realice fuera de los casos admitidos por las Leyes y Reglamentos”*.

La actividad de asesoramiento llevada a cabo por el Sr. Martín, en la forma descrita en el ordinal décimo de la declaración de hechos probados de esta sentencia, es claramente incompatible con las funciones jurisdiccionales que tenía asignadas; y no solo está expresamente prohibida por el apartado 7º del artículo 389 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (que prohíbe a los Jueces y Magistrados en ejercicio todo tipo de asesoramiento jurídico, sea o no retribuido), sino tipificada como falta muy grave por el artículo 417 párrafo 6º del mismo texto legal.

- E) *“Que pese sobre el sujeto activo el deber de intervenir en el asunto por razón de su cargo con posterioridad, haberlo hecho ya o cuando se trate de un asunto que se tramite, informe o resuelva en la oficina o centro directivo en el que esté destinado o del que dependa el funcionario”*.

En la causa cuyo conocimiento y fallo ahora nos ocupa ha quedado debidamente acreditado que el asesoramiento prestado por D. José Antonio Martín Martín a D. Julio Bornia Bordón a través de D. Wilebaldo Luís para que el primero lo transmita al Letrado de su hermano Rafael, es llevado a cabo con pleno conocimiento del Sr. Martín de que al día siguiente iba a ser el Magistrado Presidente de la Sección que habría de resolver el recurso de apelación contra el auto de prisión provisional de D. Rafael Bornia Bordón.

Tal conocimiento por parte del acusado era pleno por dos razones distintas: porque el presidente de la sección es quien normalmente preside las vistas de los recursos y, sobre todo, porque el día 28 de julio de 2005 la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Las Palmas estaba constituida por solo tres Magistrados, el propio acusado y los Sres. Goizueta Adame y Moya Valdés, dado que la cuarta Magistrada adscrita a la sección, la Ilma. Sra. Dª María Oliva Morillo Ballesteros se encontraba en situación de baja médica.

Por otra parte, hemos de observar que con la figura delictiva recogida en el artículo 441 del Código Penal el legislador ha querido adelantar las barreras de intervención penal para evitar el abuso o interferencia del funcionario en el ejercicio de sus funciones, creando un delito de mera actividad o de riesgo en abstracto (riesgo de que el deber de cargo no se ejerza con imparcialidad) que se consuma desde el momento en que, conociendo el sujeto activo que el asunto pertenece al ámbito de su competencia pública o de la de su oficina o centro directivo en el que estuviere destinado o del que dependa, realiza la actividad profesional o de asesoramiento a una entidad privada o a un particular, sin necesidad de que la pérdida de imparcialidad produzca resultado alguno .

Establecido lo anterior, podemos observar que en la presente causa nos hallamos ante el supuesto de hecho de mayor gravedad dentro de los subsumibles dentro del tipo del artículo 441 del Código Penal, que es aquel en que el sujeto asesora o realiza una actividad profesional con carácter previo a su intervención en el asunto por razón de su cargo, pues en esta tesitura es más que probable que el sujeto activo no ejerza sus funciones públicas con imparcialidad.

Pero en el caso del Sr. Martín Martín la más que probable pérdida de imparcialidad en el ejercicio de las funciones jurisdiccionales que tenía encomendadas tras la prestación del asesoramiento jurídico descrito en el ordinal décimo del relato histórico de la presente sentencia, ha quedado acreditada en autos sin lugar a la menor duda, convencimiento que se obtiene de tres circunstancias distintas.





No solo es que en la deliberación posterior a la vista del recurso de apelación contra el auto del Juzgado de Instrucción Nº 6 de Las Palmas de Gran Canaria que decretaba la situación de prisión provisional de D. Rafael Bornia Bordón en las Diligencias Previas nº 2.802/2004 (convertidas posteriormente en Sumario 2/2005), el acusado mantuviera en solitario la conveniencia de decretar la libertad del preso, contra toda lógica jurídica y apartándose del criterio mantenido en casos similares por la Sección (por la gravedad del delito objeto de imputación -tráfico de sustancias estupefacientes, causantes de grave daño a la salud, en cantidad de notoria importancia-, por la gravedad de la pena pedida, por los años en que el acusado permaneció en situación de busca y captura, por su elevado nivel económico y por el evidente riesgo de fuga) y a votar en consecuencia.

Sino que, en el momento de llevarse a cabo la deliberación entre los Magistrados que componían la Sala D. José Antonio Martín interesó, insistentemente y con todo tipo de argumentos, que sus compañeros cambiaran el sentido contrario de su voto y se acordara la libertad provisional de D. Rafael Bornia Bordón mediante la imposición de una alta fianza; criterio que no fue aceptado por los otros dos componentes de la Sala, los Sres. Goizueta Adame (que tenía asignada la ponencia del recurso) y Moya Valdés.

Pero es que además, guiado por el propósito de beneficiar al Sr. Bornia Bordón, el Sr. Martín incluso llega a protagonizar actuaciones ciertamente irregulares e impropias del Presidente de un Tribunal de Justicia, pues en los momentos inmediatamente anteriores a la celebración de la vista contactó en estrados con el Fiscal encargado de acudir a la vista, el Sr. García Cabañas y en su condición de Presidente de la Sección le propuso la posibilidad de que la Fiscalía, modificando su criterio anterior, pidiese la libertad de D. Rafael Bornia. Ante la negativa rotunda del representante del Ministerio Fiscal, modificó parcialmente su inicial planteamiento e interesó del Fiscal una petición de libertad con la prestación de una alta fianza, posibilidad que fue nueva y tajantemente rechazada por el representante del Ministerio Público.

Por otra parte, en cuanto a los elementos subjetivos del tipo penal ya se ha expuesto que este delito exige la concurrencia de los siguientes elementos:

- A) "*Dolo directo*", entendiéndose por tal el conocimiento y voluntad de que el asunto sobre el que se está ejerciendo una actividad o profesional o de asesoramiento en una entidad privada o para un particular es una de los que el sujeto activo tiene que conocer, ha conocido o, al menos, de los que se conocen en su oficina.

A la vista de los hechos declarados probados ha quedado debidamente acreditado que D. José Antonio Martín asesora a D. Julio Bornia Bordón a través de D. Wilebaldo para que el primero lo transmita al Letrado de su hermano Rafael, a pesar de que tenía el pleno conocimiento de que al día siguiente iba a ser el Magistrado Presidente de la Sección que habría de resolver el recurso de apelación contra el auto de prisión provisional de D. Rafael Bornia Bordón.

- B) Ciertamente no ha quedado acreditado que el Sr. Martín prestara el asesoramiento jurídico ocasional objeto de la presente causa movido por el afán de obtener un lucro ilícito, pero no es necesario que concorra "*ánimo de lucro*" como elemento subjetivo adicional del tipo con la redacción actual del precepto (sentencia del Tribunal Supremo de 28 de junio de 1999).





Consta, en cambio, que el acusado ha instrumentalizado las funciones públicas (jurisdiccionales en este caso) que tenía encomendadas para fines distintos o contrarios a los públicos por razones de amistad o cuasi-parentesco con el coacusado D. Wilebaldo Luís Yanes, al que quería complacer a toda costa en las gestiones que éste desarrollaba en favor de su amigo D. Julio Bornia Bordón e indirectamente del hermano de éste, Rafael.

En conclusión, el asesoramiento o consejo emanado del acusado Sr. Martín Martín comprometió efectivamente la imparcialidad del Presidente de la Audiencia Provincial de Las Palmas, menoscabó su deber de exclusividad y provocó una interferencia entre los intereses privados y los de naturaleza pública y, por ello entendemos que ha de ser objeto de persecución penal.

De los numerosos hechos que se acaban de relatar, relacionados unos con otros y acreditados todos por prueba directa, este Tribunal ha de deducir, de manera lógica y racional y conforme a máximas de experiencia, que se cumplen todos y cada uno de los elementos objetivos y subjetivos que integran el tipo del delito de actividades prohibidas a los funcionarios públicos, que es el objeto de la acusación que nos ocupa.

TERCERO.- Del grado de participación de los acusados en los hechos declarados probados.

- A) Del delito de actividades prohibidas a los funcionarios públicos, tipificado en el artículo 441 del Código Penal es criminalmente responsable en concepto de autor (directo), de conformidad con lo preceptuado en los artículos 27 y 28 primer párrafo del referido texto legal, el acusado D. JOSÉ ANTONIO MARTÍN MARTÍN, por haber tomado parte voluntaria y directamente en su ejecución.

- B) Respecto del acusado D. Wilebaldo Luís Yanes, al que el Ministerio Fiscal acusa en concepto de autor cooperador necesario, hemos de decir que la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha admitido la participación accesoria (incluso por vía de inducción o cooperación necesaria) del *extraneus* en un delito que solo puede ser cometido por un sujeto activo cualificado, al entender que al confundirse la voluntad del *intraneus*, funcionario público, con la del *extraneus* cooperando éste último materialmente en el hecho delictivo con una aportación causa necesaria al mismo, la conducta aparece finalmente ejecutada de forma necesaria con la participación ineludible de los dos y la conducta del sujeto no cualificado pierde sustantividad a favor de la principal y preferente del cualificado, pues ambas aparecen finalmente ejecutadas para el logro del resultado típico y el *extraneus* asume el plus de desvalor de la conducta del funcionario sujeto activo propio, al ser consciente de que induce y coopera a que aquel quebrante los deberes insitos de su función.

Como recuerda la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de diciembre de 1999, la jurisprudencia de esta Sala viene sosteniendo que el texto del artículo 28 del Código Penal de 1995 no requiere que los partícipes (inductores, cooperadores necesarios y cómplices) en un delito especial propio -es decir, aquellos delitos en los que el tipo penal prevé exclusivamente la autoría de un sujeto activo con especial cualificación- tenga la misma condición jurídica que el autor. Dicho en la terminología tradicional, la ley no impide la punibilidad del *extraneus* como partícipe en el delito propio del *intraneus*.

Según la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de mayo de 1996, esta solución tiene una clara fundamentación normativa pues el partícipe no infringe la norma que





respalda el tipo penal de la parte especial, sino la prohibición contenida en las reglas de la participación que amplían el tipo penal (artículos 28 párrafo 2º letras a y b del Código Penal).

Todas las explicaciones del fundamento de la participación conducen sin ninguna fricción a esta solución. Si este fundamento se ve en la participación en la ilicitud del autor, es evidente que la ilicitud del hecho del autor es el resultado de la conducta del partícipe, que en forma mediata ataca al mismo bien jurídico. Si el fundamento de la punibilidad del partícipe se viera en la causación del delito, la situación no sería en modo alguno diferente pues el partícipe contribuye a la producción del acto ilícito. Por lo tanto, cualquiera que fuera el fundamento de la punibilidad del partícipe, la participación en los delitos especiales propios no es impune.

La jurisprudencia, siguiendo de esta manera una doctrina fuertemente consolidada, ha entendido que lo único que debe ser tenido en cuenta a favor del partícipe es que éste no infringe el deber específico del autor y que, por tal razón, aquél puede ser condenado con una pena atenuada respecto del actor. La falta de infracción del deber especial del autor comporta, por regla general, un menor contenido de la ilicitud del partícipe, pero no elimina su cooperación en la infracción del deber del autor y en la lesión del bien jurídico.

Para delimitar el concepto de autor y distinguirlo de la simple complicidad, la jurisprudencia del Tribunal Supremo (sentencia de 27 de septiembre de 2001) viene conjugando diversos criterios, incluso el del dominio del acto, sin circunscribirse a ninguno de ellos en exclusiva pero sin ocultar sus preferencias (para distinguir entre auxilio necesario y otras colaboraciones contingentes y secundarias) hacia la doctrina de los bienes o actividades escasas, prestando, dentro de este criterio, una atenta consideración a la eficacia y poderío causal de la acción de auxilio. Así, existirá cooperación necesaria cuando se realiza un aporte sin el cual el hecho no se hubiera podido cometer (teoría de la *condictio sine qua non*), cuando se colabora mediante la aportación de algo que no es fácil obtener de otro modo (teoría de los bienes escasos) o cuando el que colabora puede impedir la comisión del delito retirando su consuno (teoría del dominio del hecho).

En conclusión, es posible apreciar supuestos de autoría por cooperación necesaria del artículo 28 letra b) del Código Penal respecto de terceros en el tipo del artículo 441 del Código Penal aun cuando ese tercero no tenga la condición de funcionario público o autoridad, pero solo en aquellos casos en los que sin la aportación del *extraneus* no hubiera sido posible la comisión del delito por el *intraneus*.

Tal posibilidad de extensión de la responsabilidad penal ha sido reconocida expresamente de *lege data* por la reforma operada en el artículo 65 del Código Penal por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, que añadió un párrafo tercero al precepto con la exclusiva finalidad de establecer una penalidad atenuada para el inductor o cooperador necesario en el que no concurren las condiciones, cualidades o relaciones personales que fundamentan la culpabilidad del autor. Con ello se resuelve definitivamente el problema de la situación del *extraneus* partícipe de un delito especial propio con una facultativa atenuación de la pena.

En el presente supuesto se ha podido acreditar que la intervención del acusado D. Wilebaldo Luís Yanes en los hechos se materializó en los siguientes momentos:

- concertando en horas de la noche del día 5 de mayo de 2005 en el Restaurante "La Fonda de Tafira" una cena con la finalidad de propiciar que D. Julio Bornia Bordón y D. José Antonio Martín Martín tuvieran un contacto





personal en el que el primero pudiera exponer al Magistrado la situación de prisión provisional en la que se encontraba su hermano Rafael;

- acordando telefónicamente una nueva cita el día 30 de mayo de 2005 entre D. Julio Bornia y D. José Antonio Martín Martín para tratar el tema de su hermano, la cual tuvo lugar sobre las 21,00 horas de la noche en el portal del edificio donde reside el Sr. Martín en Las Palmas de Gran Canaria, a la que acudieron ambas personas y el propio D. Wilebaldo Luís, en la cual el Sr. Bornia facilitó al Magistrado determinada documentación para que procediese a su estudio y valoración y le hizo ver lo injusto que a su juicio le parecía la situación de prisión en la que se encontraba su hermano Rafael;
- manteniendo el día 10 de junio de 2005 con D. Julio Bornia una conversación telefónica en la que comunica al hermano del preso que no se habían producido avances en las gestiones relativas a la situación personal de Rafael como consecuencia de la enfermedad de la suegra de D. José Antonio;
- sosteniendo el día 14 de junio de 2005 una nueva conversación telefónica con D. Julio en la que le confirma que ha hecho llegar a su amigo José Antonio la nueva documentación que le había facilitado y le transmite tranquilidad pues *"el Magistrado estaba haciendo todo lo que podía"*;
- ante la confirmación dada por el Sr. Martín de que al día siguiente se celebraría la vista del recurso de apelación en el que se iba a decidir sobre la situación personal de prisión provisional de D. Rafael Bornia Bordón y que la misma tendría lugar ante la Sección de la Audiencia presidida por él, aproximadamente las 19,00 horas del día 27 de julio de 2005 trasmite telefónicamente a D. Julio Bordón las instrucciones que le acababa de dar el Magistrado sobre la forma en la que habría de conducirse en la vista el Letrado de D. Rafael Bornia (hecho probado décimo).

A la vista de lo anteriormente expuesto, hemos de concluir que el Sr. Luís Yanes interviene de forma decisiva e imprescindible en la dinámica comitiva interna y externa del hecho delictivo perpetrado por el acusado aforado, prestando una ayuda y colaboración operativamente insustituible en dicha actividad, pues es quien inicialmente pone en contacto al Sr. Martín con D. Julio Bornia a los fines que ahora nos ocupan, quien con toda diligencia mantiene una comunicación fluida entre el asesor y el asesorado, imprescindible para la comisión del hecho delictivo, y quien finalmente actúa como el agente transmisor que pone a disposición del hermano del preso preventivo el asesoramiento prohibido, realizando así un aporte sin el cual el hecho no se hubiera podido cometer (teoría de la *condictio sine qua non*).

En definitiva, ha quedado suficientemente acreditado que la cooperación que el acusado D. Wilebaldo Luís Yanes prestó para la comisión del delito de actividades prohibidas a los funcionarios que se le imputa al acusado D. José Antonio Martín Martín, fue necesaria para la contribución del resultado desde el punto de vista causal.

Por tanto, del delito de actividades prohibidas a los funcionarios públicos, tipificado en el artículo 441 del Código Penal es criminalmente responsable en concepto de autor, por cooperación necesaria, de conformidad con lo preceptuado en los artículos 27 y 28 segundo párrafo letra b) del referido texto legal, el acusado D. WILEBALDO LUÍS YANES.





CUARTO.- De las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal y de la determinación de la pena.

En la comisión de los expresados delitos no concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal en ninguno de los dos acusados.

En atención a la ausencia de circunstancias agravantes de la responsabilidad criminal todas las penas se impondrán a los acusados en su mitad inferior, en aplicación de lo dispuesto en el párrafo 6º del artículo 66 del Código Penal.

Además, al acusado D. Wilebaldo Luís Yanes le es específicamente de aplicación lo dispuesto en el párrafo 3º del artículo 65 del mismo cuerpo legal, tal como se concretará en la parte dispositiva de esta sentencia.

QUINTO.- De la responsabilidad civil y de las costas.

No solicitándose indemnización alguna en concepto de responsabilidad civil derivada del delito objeto de acusación, no procede hacer pronunciamiento sobre este particular.

Conforme a lo dispuesto en el artículo 123 del Código Penal, toda persona criminalmente responsable de un delito o falta viene obligada necesariamente al pago de las costas causadas; debiendo señalarse la parte proporcional que ha de afrontar cada uno de los acusados si fueren varios.

Así las cosas, en el caso de autos, partiendo del hecho de que no interviene acusación privada ni particular y habiendo sido condenados ambos acusados por el único delito por el que venían siendo acusados por el Ministerio Fiscal, actividades prohibidas a los funcionarios públicos, las costas han de ser abonadas por mitad por los acusados D. José Antonio Martín Martín y D. Wilebaldo Luís Yanes.

Vistos los preceptos legales citados, sus concordantes y demás disposiciones de pertinente y general aplicación,

FALLO

Que debemos condenar y condenamos al acusado D. JOSÉ ANTONIO MARTÍN MARTÍN como autor criminalmente responsable de un delito de actividades prohibidas a los funcionarios previsto y penado en el artículo 441 del Código Penal, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de multa de ocho meses, con una cuota diaria de treinta euros (30 €), con responsabilidad personal y subsidiaria de un día de arresto por cada dos cuotas insatisfechas y suspensión para empleo o cargo público que implique el desempeño de funciones jurisdiccionales por tiempo de un año y seis meses, así como al abono de la mitad del total de las costas procesales causadas.





Igualmente debemos condenar y condenamos al acusado D. WILEBALDO LUÍS YANES, como autor por cooperación necesaria criminalmente responsable de un delito de actividades prohibidas a los funcionarios previsto y penado en el artículo 441 del Código Penal, con la concurrencia de la circunstancia prevista en el artículo 65 párrafo 3º del mismo cuerpo legal, a la pena de multa de cinco meses, con una cuota diaria de treinta euros (30 €), con responsabilidad personal y subsidiaria de un día de arresto por cada dos cuotas insatisfechas y suspensión para empleo o cargo público por tiempo de ocho meses, así como al abono de la mitad del total de las costas procesales causadas.

Reclámese de la Magistrada instructora, una vez concluidas conforme a derecho, las correspondientes piezas de responsabilidad civil de los anteriormente condenados.

Notifíquese esta resolución a las partes, a quienes se instruirá de los recursos a interponer contra la misma.

Póngase asimismo en conocimiento del Consejo General del Poder Judicial (Servicio de Inspección y Comisión Disciplinaria) y, una vez firme, hágase saber a dicho Organismo, con remisión de la que pudiera dictarse, en su caso, por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación a las actuaciones, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Publicación.- Leída y publicada fue la anterior Sentencia por el Ilmo. Sr. Ponente de la misma, en la audiencia pública del día de la fecha, presente yo, la Secretaria; doy fe.





VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL MAGISTRADO ILTMO SR JAVIER VARONA GOMEZ-ACEDO.-

Discrepo respetuosamente de la opinión mayoritaria expresada. Estoy de acuerdo con la parte de la sentencia que se refiere al rechazo de las cuestiones previas que plantearon las defensas en el acto del juicio contenidas en los fundamentos primero a noveno de la rubrica " CUESTIONES PREVIAS". Coincido también con los HECHOS DECLARADOS PROBADOS y con la valoración de las pruebas que han llevado a declararlos como tales.(Fundamento de derecho primero de la rubrica "SOBRE EL FONDO). Mi discrepancia se refiere a la tipicidad de los hechos declarados probados y consecuentemente al fallo de la sentencia que en mi opinión debe ser absolutorio respecto de ambos acusados. Todo ello en base a los siguientes

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La acción típica del delito del artº 441 CP en la modalidad en que el MF acusa a D JAMM, puede describirse, -parafraseando el texto de tal precepto-, como el delito cometido por 1) La autoridad o funcionario público que, 2) fuera de los casos admitidos en las leyes o Reglamentos, 3) realizare, por sí o por persona interpuesta, una actividad de asesoramiento accidental, 4) al servicio de particulares, 5) en asunto en que deba intervenir por razón de su cargo.

Doctrinal y jurisprudencialmente se destaca que a) es un delito especial propio (que solo puede ser cometido por persona que sea autoridad o funcionario público, en principio de carácter administrativo, aun cuando no se formulan





objecciones a que puede referirse a los integrantes del poder judicial o de la administración de justicia), b) delito de mera actividad, (no requiere la producción de un resultado sea o no antijurídico) , c) ni demanda un especial dolo cualificado, basta el denominado dolo de autor y c) cuyo bien jurídico protegido es la exigencia constitucional de objetividad e imparcialidad que debe presidir la actuación de la Administración pública y significativamente de la potestad jurisdiccional.

Ahora bien, en este precepto se eleva a la categoría de delito determinadas modalidades comisivas de las infracciones disciplinarias relacionadas con el incumplimiento de los deberes de abstención de las autoridades y funcionarios en aquellos asuntos en que se pueda ver comprometida la exigencia de imparcialidad que se reclama al actuar de los poderes públicos y de las administraciones y sus funcionarios. Pero reparase bien, hemos dicho que se transforman en delito algunas de las modalidades de infracciones administrativas pero indudablemente no todas, porque entonces habrían desaparecido como tales infracciones disciplinarias. Es decir el incumplimiento de los deberes de abstención de las autoridades y funcionarios que conlleva una pérdida (o un simple riesgo) de imparcialidad en unos casos será delito y en otros será una infracción administrativa disciplinaria y esta distinción, que debe ser clara y terminante, se realiza en el precepto estudiado en función de que exista una actividad profesional o de asesoramiento permanente o accidental al servicio de entidades privadas o particulares.

Es decir , aun cuando se interprete acudiendo a criterios marcadamente teleológicos de preservación del bien jurídico protegido, no toda pérdida de imparcialidad ni intervención proscrita en asuntos en que tenga interés la autoridad o funcionario, integra el tipo del artº 441 CP. La acción típica del delito viene constituida por la realización de una actividad profesional o de asesoramiento, aun ocasional, a favor de una persona o entidad privada en asuntos en que el agente deba intervenir por razón de su cargo. Por tanto, es necesario que la pérdida de imparcialidad de la autoridad o funcionario, tenga como origen y se anude a una determinada conducta de asesoramiento.





Delimitando negativamente el tipo delictivo que recoge el mencionado artículo del Código Penal, podríamos afirmar que no todo consejo emanado de una autoridad o funcionario público puede reputarse delictivo. Solo aquel que compromete la imparcialidad, que menoscaba el deber de exclusividad o que provoca una interferencia entre los intereses privados y los de naturaleza pública, puede ser objeto de persecución penal., (ATS 2 de junio de 2008). Ni cualquier pérdida de imparcialidad por si sola es suficiente para integrar el tipo delictivo. Es necesario que la pérdida de imparcialidad y objetividad sea consecuencia de haber efectuado una labor de asesoramiento, -por ocasional que sea-, reveladora de la existencia de un interés en que el asunto se resuelva de forma predeterminada. Por tanto el ejercicio de "una actividad profesional o de asesoramiento permanente o accidental", es el verdadero núcleo de esta infracción penal. (STS 15 noviembre de 2004)

En definitiva y para aproximarlo al supuesto estudiado, el juez que tiene un interés en asunto en que deba intervenir profesionalmente, (interés que puede ser tan inocente como ser hinchado de un club deportivo que sea parte del proceso), y no se abstenga, podrá estar incurriendo en una o mas infracciones disciplinarias de las señaladas en la Ley orgánica del poder judicial, pero en modo alguno, por ello puede afirmarse que comete el delito del artº 441 CP a que nos venimos refiriendo.

SEGUNDO.- Pues bien, de los hechos declarados probados en la propia sentencia de la que discrepo, no puede concluirse la existencia de un elemento esencial del delito que es imputado al aforado D. Jose Antonio Martin Martin como es la acción de realizar una actividad de asesoramiento, ni siquiera profano o "chusco", como es calificado en la sentencia. Ello por las siguientes razones:

- A) Según la sentencia de la que discrepo, y así se deduce inequívocamente del propio escrito de calificación del Ministerio Fiscal, el único consejo o asesoramiento que José Antonio Martín Martín transmite a Wilebaldo,





para que se la haga llegar a Julio, tiene lugar el día 27 de julio, ante la proximidad de la vista del recurso de apelación formulado por la defensa de Rafael Bornia Bordon que se celebrará el siguiente día 28. (se recoge en el Hecho probado décimo, inciso final y Fundamento de derecho segundo letra A) de la rubrica SOBRE EL FONDO). Es del siguiente tenor literal : " ... dile que no se enrolle, que explique las cosas claritas y sencillas; que explique la procedencia del dinero, que lo explique clarito y sencillo: Que lo explique de palabra pero de una forma sencilla, sin rollos y que diga que está dispuesto a prestar una fianza en la cantidad en la que se le diga. Bueno, pero dile eso, que no se enrolle y que lo explique sencillo. Porque sí no predispone a la gente en contra, que se deje de rollos, vale";

El contenido de tal indicación puede diseccionarse en los siguientes extremos: 1) que explique la procedencia del dinero, (se refiere al que había sido intervenido), 2) que diga que esta dispuesto a prestar una fianza por la cantidad que se le diga y 3) que lo explique clarito, sencillo y sin "rollos".

Pues bien, resulta que los dos primeros extremos (explicar la procedencia del dinero y ofrecer una fianza), estaban reflejados y eran justamente el contenido del escrito interponiendo recurso de apelación que con anterioridad había confeccionado y presentado el abogado defensor de Rafael Bornia obrante en la causa y que fue incorporado a las actuaciones y ratificado en el acto del juicio por el abogado que lo redactó. Ambos extremos eran precisamente los argumentos esenciales en que se basaba el recurso de apelación de cuya resolución debía conocer el Tribunal.

No puede entenderse ni calificarse como un asesoramiento o consejo de la conducta procesal que debía observar el abogado de Rafael por la sencilla y trascendental razón de que ambos extremos estaban ya incorporados como la columna vertebral de la defensa. No era una recomendación de la estrategia procesal que debía seguir la defensa, puesto que ella había sido previamente adoptada por el Abogado defensor.





Si asesorar es dar un consejo o ilustrar con un parecer técnico a otra persona, es evidente que nada nuevo se aconsejaba al abogado de Rafael que debía intervenir en la Vista del recurso de apelación y que por si mismo había elegido tales argumentos para la defensa de su patrocinado.

En definitiva el acusado aforado se limitaba a recomendar al abogado que fuera claro en la exposición que había plasmado en el recurso de apelación y que el conocía. Desde luego tal indicación, que podría realizarse sin ninguna connotación peyorativa por el Presidente del Tribunal en el propio acto de la vista, nadie podría calificarla como "asesoramiento".

- B) Aun cuando con lo anterior bastaría para fundamentar la inexistencia de delito, otra circunstancia lo avala y es que ni siquiera el pretendido "acto de asesoramiento", se realiza " al servicio de un particular, D. Julio Bornia Bordon", como sostiene la sentencia en el apartado B) del fundamento segundo de la rubrica " Sobre el fondo".

De los propios hechos probados se infiere y ahora debe explicitarse, que el acusado aforado, no mantuvo relación directa alguna, ni por supuesto dependencia de amistad o cercanía de cualquier tipo con el supuesto destinatario del pretendido asesoramiento, Julio Bornia Bordon. Veámoslo.

De lo actuado y probado en juicio, lo que realmente resulta es que Wilebaldo Luis Yanes, conecedor de que la Sección Primera de la Audiencia provincial, que presidía su amigo D. José Antonio Martin Martin, habría de decidir sobre la libertad provisional de D Rafael Bornia Bordon, se jactó ante su hermano Julio de que, sirviéndose de tal amistad, podría influir para conseguirla. Así se lo hizo saber a D. José Antonio, relatándole la inquietud de Julio y pidiéndole que examinara unos papeles que este le facilitaría. Con la finalidad de dar mayor credibilidad a su influencia y cercanía con D. José Antonio, Wilebaldo invitó a Julio a una cena que iba a celebrar con José Antonio y otros amigos, naturales como ellos de la Isla de La Palma. Asimismo, con idéntica finalidad, en presencia de Julio le proporcionó los documentos que este tenía el deseo que José Antonio leyera.





D. Jose Antonio Martin Martin, quiso efectivamente hacer el favor que su amigo Wilebaldo le pedía y para ello accedió tanto a la presencia de Julio en aquella cena, como a recibir los documentos que le facilitaban. Llegado el día en que se celebraba la vista del recurso de apelación, intentó en primer lugar convencer al Fiscal que iba a intervenir en ella de que se aviniera a solicitar la libertad bajo fianza, (prisión eludible por la prestación de una elevada fianza) . Al no conseguirlo, intentó convencer de lo mismo a los dos magistrados que con él formaron el Tribunal en la posterior deliberación. Como no lograra tal propósito, desistió del mismo y se conformó con la decisión de sus compañeros de Sala, suscribiendo la resolución.

Papel de oficio de la Administración de Justicia en Canarias

En definitiva, sí queda probado que D. José Antonio Martín Martín hizo lo posible para que el procesado Rafael Bornia Bordon quedara en libertad bajo fianza, accediendo a la petición que en tal sentido le había hecho su amigo Wilebaldo, al que le unían fuertes lazos de variada índole. Pero no queda probado, ni siquiera indiciariamente, que realizara actividad alguna de asesoramiento ni de ninguna otra especie, al servicio o para el beneficio de Julio Bornia Bordon

Tal conducta puede ser reprobable desde el punto de vista ético, social o disciplinario, pero ese juicio no corresponde a esta causa ni a este Tribunal que solo debe pronunciarse sobre la existencia del preciso delito que es objeto de la acusación formulada por el Ministerio Fiscal. En mi opinión no existe tal delito y por ello entiendo que la sentencia debía finalizar con un fallo absolutorio respecto de ambos acusados .

