

En la ciudad de Elche a 23 de febrero de 2012.

## ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de Instancia número 3 de Orihuela, se dictó con fecha 13 de junio de 2011, Auto, en las Diligencias Previas número 851/07, resolviendo diversas cuestiones planteadas por las partes recurrentes.

SEGUNDO.- Contra dicha resolución se interpuso recurso de apelación por el Ministerio Fiscal, impugnando lo resuelto en el apartado o consideración quinta de la parte dispositiva de la resolución recurrida, en lo que afecta a los fundamentos jurídicos duodécimo y vigesimooctavo, y en lo resuelto sobre la declaración de nulidad de diferentes autos que acordaban intervenciones telefónicas judicialmente adoptadas en el transcurso de la instrucción, consideraciones octava, novena, undécima, duodécima, decimotercera, decimocuarta y decimoquinta de la parte dispositiva del auto de fecha 13 de junio de 2011, elevándose a esta Audiencia testimonio de las citadas Diligencias Previas, y formado el correspondiente Rollo número 91/12 para la sustanciación del recurso, conferidos los traslados oportunos a las partes, por la representación de D. Ricardo, Mariano, D. Eduardo, D. Juan y D. Jesús, se solicitó la desestimación del recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal. Mediante diligencia se acordó la deliberación y fallo para el día 23 de febrero de 2012.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En el primer motivo de recurso, el Ministerio Fiscal sostiene que el auto de 13 de junio de 2011, debió haber sido dejado sin efecto por el propio instructor, como consecuencia de los autos de 27 y 28 de junio de 2011 de esta Sección 7ª de la Audiencia Provincial de Alicante. En los referidos autos se acordó, con estimación parcial de los recursos de apelación interpuestos por las defensas de los imputados contra el auto de 12-11-2010, desestimatorio de los recursos de reforma formulados contra la providencia de 19-10-2010, conceder un plazo de dos meses (sesenta días hábiles) a contar desde la entrega en soporte digital DVD de la documentación obrante en autos a las defensas, para el estudio de las actuaciones y recursos, al considerar insuficiente el plazo de veinte días concedido por el Juzgado instructor.

Este Tribunal no puede aceptar la tesis argüida por el Ministerio Fiscal consistente en que como consecuencia de la revocación parcial de la providencia de 19-10-2010, el Juzgado de Instrucción para dar cumplimiento de lo ordenado por el Tribunal ad quem, debió haber retrotraído las actuaciones al momento anterior a su dictado, concediendo a las partes sesenta días para impugnar las resoluciones dictadas bajo secreto sumarial.

Debe rechazarse la pretensión de nulidad de actuaciones, porque dicha pretensión ya le fue denegada por auto de 20-7-2011, confirmado por auto de 28-9-2011 desestimatorio del recurso de reforma planteado por el Ministerio Fiscal, consintiendo la firmeza de dicha resolución al no haberla apelado. Por dicha razón, no puede el Ministerio Fiscal utilizar ahora el cauce del recurso de apelación contra el de fecha 13 de junio de 2011, por cuanto que nada resuelve dicho auto sobre este extremo. A mayor abundamiento, este Tribunal en el auto de 27-10-2011 ya indicó que esta cuestión no tenía ninguna eficacia práctica en el estado actual de la instrucción, y rechazó la solicitud de aclaración de los autos de 27-6-2011 interesada por el Ministerio Fiscal mediante autos de 30-6-2010.

En definitiva, debe desestimarse la petición del Ministerio Fiscal porque el principio de conservación de los actos procesales consagrado en el artículo 243 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, comporta que la nulidad de un acto no implica la de los sucesivos que fueren independientes de aquél, ni la de aquéllos cuyo contenido hubiese permanecido invariado, aún sin haberse cometido la infracción que dio lugar a la nulidad. Aunque el plazo de veinte días fue ampliado a sesenta, las partes interpusieron sus recursos en el plazo inicialmente concedido, siendo tramitados y resueltos mediante el auto de 13 de junio de 2011, no teniendo sentido reiterar actuaciones judiciales ya consumadas, que hubieran permanecido invariables aún sin producirse la modificación relativa al plazo de gracia concedido. Acceder a la petición del Ministerio Fiscal implicaría la producción de dilaciones indebidas en la tramitación de una causa ya de por sí muy compleja, no estando justificada su pretensión, por cuanto que las partes han renunciado expresa o tácitamente al nuevo plazo concedido, no habiendo sufrido ninguna indefensión al haber podido articular sus alegaciones y recursos en el plazo de veinte días, y reproducir sus pretensiones frente a los pronunciamientos desfavorables por la vía del recurso de apelación contra el auto de 13 de junio de 2011.

**SEGUNDO.-** En el segundo motivo de recurso se impugna lo resuelto en la consideración quinta de la parte dispositiva de la resolución recurrida, en lo que

afecta a los fundamentos jurídicos duodécimo y vigesimooctavo. El auto de 13 de junio de 2011 resuelve en los apartados indicados las cuestiones planteadas por varios imputados en los recursos interpuestos contra el auto de 11-5-2007, dejando sin efecto el instructor la asunción competencial realizada anteriormente, acordando remitir la cuestión al Juez Decano a fin de resolver con carácter gubernativo y en la forma que proceda en derecho, hasta un total de nueve asuntos.

Sobre esta cuestión debe recordarse que ya se ha pronunciado esta Sección 7ª de la Audiencia Provincial de Alicante, en el auto de fecha 14 de septiembre de 2011, en el que se indicó:

“Segundo.- Ciertamente es que el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Orihuela, antiguo Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 3, se inhibió a favor de diversos Juzgados Decanos de distintos partidos judiciales, y entre ellos al Juzgado Decano de Orihuela, que a los efectos de resolver el presente recurso, es el único que nos interesa, al no estar en presencia de una cuestión de competencia territorial, y por tanto debe ser rechazada la petición del recurrente de que se plantee sin más trámite por el Juzgado Instructor como una verdadera cuestión competencial, cuando en realidad no lo es, pues todos los Juzgados de Orihuela, los núm. 1, 2 y 3, son funcional y territorialmente competentes para la instrucción del procedimiento, debiendo ser a través de las Normas de reparto, las que hayan de resolver la cuestión que haya podido enfrentar a los citados órganos judiciales.

El artículo 14 de la L.E.Crim. establece en su núm. 2 que serán competentes para la instrucción de la causa el Juez de Instrucción del Partido en que el delito se hubiere cometido, es decir para la atribución de la competencia territorial se tiene en cuenta el “forum commissi delicti” con carácter preferente y exclusivo y con carácter subsidiarios la Ley establece en sus artículos 17 y 18 la atribución de la competencia a los órganos jurisdiccionales en dichos preceptos mencionados.

En el presente caso no se discute por ninguno de los Juzgados de Instrucción la atribución de la competencia territorial a los Juzgados de Orihuela para conocer de los hechos contenidos en los ocho informes policiales, y a los que se hace mención expresa en el Auto impugnado, sino exclusivamente si en función de la atribución de asuntos por las normas de reparto establecidas, ha de ser uno u otro juzgado el encargado de su instrucción, y al respecto habrá

que tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 167 de la Ley Orgánica del Poder Judicial que establece la distribución de asuntos, conforme a las normas de reparto aprobadas por la Sala de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia al amparo de lo dispuesto en el artículo 152.2 de dicha Ley, entre los Juzgados del mismo orden jurisdiccional, estableciendo el artículo 168 de dicho texto legal que corresponde a los Decanos adoptar las medidas urgentes en los asuntos no repartidos y cuando, de no hacerlo, pudiera quebrantarse algún derecho o producirse algún perjuicio, y además, por otro lado el Ministerio Fiscal en su informe considera que estamos ante una controversia de carácter gubernativo y que lo único que se discute es que Juzgado en concreto es el competente para la instrucción de los mismos, y cuya cuestión ha de ser resuelta conforme a las normas de reparto que al respecto hayan sido aprobadas conforme a lo regulado por la Ley Orgánica del Poder Judicial dentro de la vía gubernativa de carácter interno de distribución de asuntos entre órganos jurisdiccionales de igual clase, por lo que el Juzgador “a quo” actuó correctamente no planteando cuestión de competencia, como si de supuestos de conexidad definidos en el artículo 17 de la LECri, y entre Juzgados ubicados en distintos Partidos Judiciales se tratase, a solventar como sabemos, en aplicación estricta del artículo 18 siguiente, de manera que ante el descuerdo de aquéllos se tramita como cuestión de competencia resolviéndose por el órgano jerárquico superior común, que en definitiva es lo que pretende de manera equívoca el ahora recurrente.

El legislador cuando analizó la institución de la conexidad exclusivamente la desarrolló en su aspecto de alteración de la competencia territorial, pero no se la planteó, y por tanto no dio solución alguna en el seno de un mismo partido judicial entre varios juzgados de igual clase e idéntica extensión competencial territorial, que es el supuesto de autos, de ahí que se haya optado para dibujarla acudiendo a la mecánica de la norma de reparto, en la que se debe contemplar la existencia de la conexidad, aunando los procesos para no romper la continencia de la causa, y preservando íntegramente dichas normas de reparto el espíritu del mencionado artículo 17, y con ello desterrar sea planteada hasta obtener una resolución por la vía de la cuestión de competencia.

Como dice la Sala 2ª del Tribunal Supremo en su Sentencia de 28.05.2003, citando la STC núm. 804/2002, de 25 de abril, “las normas de reparto son disposiciones públicas, aunque de carácter interno que no tienen por finalidad establecer la competencia, lo que corresponde a las Leyes procesales, sino regular la distribución de trabajo entre órganos jurisdiccionales que tienen la misma competencia territorial, objetiva y funcional...”.

En el mismo sentido -dice más adelante- “la STS núm. 736/2002, de 25 de abril, recuerda que “el reparto sólo supone una distribución de asuntos -entre distintos órganos- que no puede afectar a su competencia objetiva y funcional...”, trayendo a colación más adelante el Auto del Tribunal Constitucional núm. 113/1999, de 28 de abril, que razona que “no puede equipararse la atribución de competencia a los diversos órganos judiciales, a la que afecta la predeterminación por Ley formal ex art. 24.2 de la Constitución, con el reparto o distribución del trabajo entre las diversas Salas o Secciones de un mismo Tribunal, dotadas “ex lege” de la misma competencia material, que responde a exigencias o conveniencias de orden puramente interno y organizativo”.

Doctrina de acuerdo con la cual la discrepancia, (que ya no es tal al haber asumido la competencia el Juzgado de instancia en aras a no dividir la continencia de la causa) entre los titulares de los referidos Juzgados del Partido Judicial de Orihuela, insistimos, no se enmarca en una auténtica cuestión de competencia y sí en la interpretación y aplicación de las normas de reparto, y por tal razón, evidente es que no deviene de aplicación al caso el artículo 759.1<sup>a</sup> de la LECri, que postula el recurrente.”

Discernido lo anterior, y dejando por tanto a un lado el derecho de las partes imputadas para cuestionar la competencia respecto de algunos de los hechos instruidos, como cuestión previa en el momento procesal oportuno, no es de recibo, ni se ajusta a las reglas más elementales de la lógica procesal, que el juez instructor cuatro años después de haber asumido su competencia sobre determinados asuntos por auto de 11 de mayo de 2007, de haber practicado numerosas diligencias de instrucción y haber dictado multitud de resoluciones, acuerde ahora cuestionar el reparto de nueve asuntos para que el Juez Decano decida sobre ello, por ser claramente extemporánea dicha impugnación, dado que debió realizarse en el primer acto procesal. Esta asunción competencial efectuada hace cuatro años, produce efectos similares en materia de reparto, a los que desencadena la perpetuatio jurisdictionis.

Buena prueba de ello es que el artículo 26.3 del Reglamento 1/2005, de 15 de septiembre, sobre “Aspectos Accesorios de las Actuaciones Judiciales”, dispone que “en todo caso, la modificación de las normas de reparto no podrá afectar a los asuntos que estén ya turnados”. Por tanto, circunstancias sobrevenidas como el cambio de titular de un Juzgado, la modificación de la jurisdicción de la que conoce un determinado órgano judicial o el cambio de las normas de reparto aprobadas reglamentariamente, entre otras, nunca puede afectar a los asuntos anteriormente repartidos, porque ello atentaría

gravemente contra el principio de seguridad jurídica y provocaría dilaciones indebidas prohibidas en el artículo 24 de la Constitución.

Este mismo criterio debe ser aplicado respecto de aquellos asuntos relacionados en los ordinales 2 a 9 del punto quinto de la parte dispositiva del auto de 13 de junio de 2011, que fueron remitidos en su día a reparto, siendo rechazado por los Juzgados de Orihuela destinatarios, y respecto de los cuales el Juzgado de Instancia número 3 no efectuó impugnación de este reparto, asumiendo su competencia por auto de 3 de noviembre de 2010, confirmado por auto de fecha 9 de diciembre de 2010.

Con base a todo lo expuesto, el motivo de impugnación debe ser estimado.

TERCERO.- Como tercer motivo de apelación se esgrime la improcedencia por extemporaneidad, de la declaración de nulidad de diferentes autos que acordaban intervenciones telefónicas judicialmente adoptadas en el transcurso de la instrucción, consideraciones octava, novena, undécima, duodécima, decimotercera, decimocuarta y decimoquinta de la parte dispositiva del auto de fecha 13 de junio de 2011.

La cuestión previa fundamental que se plantea, como indica el Ministerio Fiscal en su recurso, es la relativa a la extemporaneidad del planteamiento de la nulidad de las resoluciones recurridas relativas a intervenciones telefónicas. Debemos analizar la posibilidad procesal de hacer declaraciones de nulidad como solicitan las partes, basadas en el artículo 238.1 y 3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en la fase actual de Diligencias Previas en que se encuentra el presente procedimiento.

Recordemos el marco normativo respecto a las causas que motivan la nulidad de actuaciones. El artículo 238 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, modificado por la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, declara nulos de pleno derecho los actos judiciales cuando se realicen prescindiendo de las normas esenciales del procedimiento, siempre que, por esa causa, haya podido producirse indefensión. Dicha nulidad es susceptible de ser declarada de oficio antes de haber recaído sentencia definitiva, según el apartado segundo del artículo 240 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, solución que ya venía presidiendo las resoluciones del Tribunal Supremo, ante

la conculcación de las normas orgánicas, competenciales o de procedimiento, que supusiesen la omisión de trámites esenciales, desconocimiento de garantías procesales o violación de los derechos fundamentales de la persona, transgresiones, en suma, que conllevasen la total o parcial indefensión de alguna de las partes. A su vez, se ha consagrado como doctrina jurisprudencial la procedencia de la declaración de nulidad, bien de oficio, bien a instancia de parte, cuando las normas violadas afectan al orden público procesal de carácter tan imperativo que dan lugar a vicios absolutos o insubsanables. De los artículos 11 y 238 a 243 de la Ley Orgánica de méritos cabe desprender las siguientes reglas:

1º) Un catálogo riguroso de las causas de nulidad de pleno derecho de los actos judiciales, que sólo se produce cuando se ha prescindido total y absolutamente de las normas esenciales de procedimiento, en la forma y las condiciones anteriormente indicadas; cuando tales actos se han realizado con manifiesta falta de jurisdicción o de competencia objetiva o funcional, cuando se realizan bajo violencia o intimidación, cuando se realicen sin intervención de abogado en los casos que la ley la establezca como preceptiva, cuando se celebren vistas sin la preceptiva intervención del secretario judicial y en los demás casos en los que las leyes procesales así lo establezcan.

2º) La consagración del principio de conservación de los actos procesales, que aparece con claridad de los artículos 241 y 242 de la Ley Orgánica de referencia.

3º) El principio de subsanación de los defectos procesales que posean este carácter, que resulta de los artículos 11 y 243.

A la luz de los indicados preceptos, y tal como señala el Tribunal Constitucional en sus sentencias de 4 de marzo de 1986 y 12 de mayo de 1987, la nulidad de actuaciones procesales constituye un remedio extraordinario de muy estricta y excepcional aplicación, dada la notoria conmoción procedimental que supone tanto para las partes como para el principio de celeridad y economía procesal, que constituye una de las metas a cubrir por la justicia, como servicio que aspira a satisfacer adecuadamente las pretensiones que en petición de amparo jurisdiccional se hace a los órganos judiciales.

Conviene subrayar, por último:

a) Que no toda irregularidad formal puede convertirse en un obstáculo insalvable para la prosecución del proceso y por ello debe exigirse que exista una razonable proporcionalidad entre el grado de importancia del defecto procesal y las consecuencias que se anudan a este efecto (SS.T.C. de 23 y 28 de octubre de 1986, 12 de febrero y 8 de julio de 1987, entre otras muchas).

b) La indefensión que se impide por el artículo 24.1 de la Constitución Española no deriva de la sola y simple infracción por los órganos judiciales de las reglas procesales, pues el quebrantamiento de esta legalidad no provoca siempre y en todo caso la eliminación o disminución sustancial de los derechos que correspondan a las partes en razón de su posición propia en el procedimiento ni, en consecuencia, la indefensión que la Constitución proscribe.

c) La alegación de indefensión carece de relevancia cuando es debida a la propia actuación equivocada o errónea de la parte, según reiterado criterio jurisprudencial (sentencias del Tribunal Supremo de 3 de abril de 1992 y del Tribunal Constitucional de 1 de marzo de 1993).

Por su parte el artículo 11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial dispone que “En todo tipo de procedimientos se respetaran las reglas de la buena fe. No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derecho o libertades fundamentales.”

Por otro lado, en el procedimiento ordinario por delitos (Sumario), según criterio constante de la jurisprudencia del Tribunal Supremo (SS de 18-9-2002, 11-10-2006 y 26-1-2007, 28-1 y 30-4-2010, entre otras muchas), es en el acto del inicio del juicio oral, mediante el planteamiento de cuestión previa de nulidad de actuaciones por haberse producido vulneración de derechos fundamentales, cuando debe plantearse la misma. Según dicho criterio jurisprudencial, en el trámite de los artículos de previo pronunciamiento no puede alegarse la nulidad de actuaciones, puesto que tan sólo cabe recurso de casación (artículo 676.3º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal) para la impugnación del auto resolutorio de la declinatoria y de los que admitan las cuestiones 2ª, 3ª y 4ª del artículo 666 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Según ello, el auto resolutorio de la nulidad planteada por la vía del artículo de previo pronunciamiento no podría



ser recurrido en casación. Para evitar tal resultado, el Tribunal Supremo considera que la nulidad de actuaciones puede instarse como cuestión previa al inicio del juicio oral.

En el procedimiento Abreviado, el artículo 786.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal estatuye que “El juicio oral comenzará con la lectura de los escritos de acusación y defensa. Seguidamente, a instancia de parte, el Juez o Tribunal abrirá un turno de intervenciones para que puedan las partes exponer lo que estimen oportuno acerca de la competencia del órgano judicial, vulneración de algún derecho fundamental, existencia de artículos de previo pronunciamiento, causas de suspensión del juicio oral, nulidad de actuaciones... Frente a la decisión adoptada no cabrá recurso alguno, sin perjuicio de la pertinente protesta y de que la cuestión pueda ser reproducida, en su caso, en el recurso frente a la sentencia.”

De la exposición normativa realizada, pudiera existir aparente contradicción entre la posibilidad que los artículos 11 y 240 de la Ley Orgánica del Poder Judicial parece otorgar al Juez de Instrucción de declarar la nulidad que se le plantea por vía de recurso e incluso de oficio, y por otro lado, el contenido de los artículos 666 y 786.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que atribuye con claridad al órgano de enjuiciamiento, que es competente para admitir o rechazar las pruebas propuestas por las partes, la facultad de declarar la nulidad de actuaciones practicadas en fase de instrucción, si se han vulnerado derechos fundamentales.

CUARTO.- Para determinar cuál es el trámite adecuado para resolver la nulidad de actuaciones por vulneración de derechos fundamentales, debemos acudir a la jurisprudencia del Tribunal Supremo como máximo intérprete de la legalidad ordinaria. Del estudio de la misma se desprende, según las sentencias del Tribunal Supremo de fecha 15-4-2000, 18-9-2002, 21-1-2010 y 30-4-2010, la doctrina unitaria que cuando se pretende obtener la nulidad de determinadas actuaciones, por entender que se han producido con violación de derechos fundamentales, el planteamiento de la cuestión debe reservarse para el juicio oral, y ser formuladas en el trámite específico según el tipo de procedimiento en que se conviertan las Diligencias Previas, salvo que las vulneraciones de derechos fundamentales sean patentes, indudables y ostensibles, lo que no acontece en el presente caso, ya que el Juez de instrucción con competencia objetiva y funcional, ha acordado la medida de intervención telefónica o su prórroga, que restringe derechos fundamentales, ajustándose en principio, a lo prescrito en el artículo 579.2 y 3 de la Ley de

Enjuiciamiento Criminal para las intervenciones telefónicas, en el artículo 302 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la restricción de la publicidad de las actuaciones para las partes y en los artículos 546 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la entrada y registro domiciliario.

La determinación de si las resoluciones recurridas contienen el juicio de necesidad y proporcionalidad adecuado, si los indicios tenidos en cuenta son suficientes o no, si la motivación habilitante es la idónea y si ha existido un control judicial correcto durante la ejecución de la medida, no procede realizarla en la fase de Diligencias Previas, sino en la fase de plenario, una vez que hayan sido propuestas y admitidas previamente.

El Tribunal Supremo en la Sentencia 1481/2002, de 18 de septiembre, Fundamento Jurídico segundo, expone: El recurrente, en los dos motivos restantes, desgrana un nutrido elenco de objeciones sobre la forma de desarrollo del trámite. Al respecto, denuncia que como efecto de ellos ha padecido indefensión y solicita la nulidad total o parcial de todo lo actuado.

El planteamiento de estas cuestiones como el de la que ha sido objeto de examen, se ha llevado a cabo por el trámite de los artículos de previo pronunciamiento (arts. 666 y siguientes Lecrim), que es también cauce adecuado para suscitar asuntos de nulidad en el caso de procedimiento ordinario (STS 7 de diciembre de 1984). Ahora bien, no todos los temas que puedan someterse por esta vía a la consideración del tribunal pueden acceder también a la casación. El art. 676,3º Lecrim limita el uso de este recurso a la impugnación del auto resolutorio de la declinatoria y a los que admitan las excepciones 2ª, 3ª y 4ª del art. 666 Lecrim. Y esta sala ha declarado que cuando lo que se pretende es obtener la nulidad de determinadas actuaciones por entender que se han producido con violación de derechos fundamentales no cabe hacer uso de la vía utilizada por el recurrente, sino que las objeciones correspondientes deberán reservarse para el juicio oral (STS 640/2000, de 15 de abril).

Y esto, no sólo por el carácter extraordinario del recurso de casación, sino también porque dado que lo que se trata de valorar es la posible concurrencia de una efectiva indefensión material derivada de la irregularidad del trámite, tal apreciación no puede dissociarse de la del propio contenido y resultado de la actividad probatoria en su conjunto. Pues, en efecto, es en el examen de ésta cuando el juzgador podrá apreciar si efectivamente el denunciante de la nulidad ha visto sustancialmente menoscabado su derecho de defensa, ha sido realmente limitada su capacidad de alegar o replicar, o sea, la posibilidad de

contradecir, que es en lo que se cifra la indefensión verdadera y propia (por todas STS 52/1999, de 12 de abril).

Además, en el caso concreto, y cuando lo que se postula es una suerte de nulidad masiva o global de todo lo actuado, es patente que seguir al que recurre en su planteamiento obligaría a una práctica anticipación del juicio oral en este trámite, con las inevitables limitaciones de conocimiento e incluso con patente distorsión del marco procesal. Es por lo que deben desestimarse los restantes motivos del recurso”.

En la sentencia del Tribunal Supremo 10/2010, de 21 de enero, el Alto Tribunal sigue la misma línea, y así, en el fundamento de derecho segundo indica:

“El primer motivo que formula este acusado denuncia la vulneración del art. 24 C.E., por no haberse tramitado el incidente de nulidad de actuaciones planteado en tiempo y forma al amparo del art. 666 L.E.Cr.

En defensa de su pretensión, alega el recurrente que por parte del coprocesado Amadeo se presentó artículo de previo pronunciamiento con petición de nulidad de actuaciones que el Tribunal desestimó “ad limine”, infringiendo el derecho a un proceso con todas las garantías y a obtener la tutela de jueces y tribunales.

Omite el recurrente toda mención a las razones en virtud de las cuales la defensa del coacusado interesó la nulidad de las actuaciones, siendo así que el fundamento de tal solicitud consistía en la apreciación por esa parte de que determinadas diligencias probatorias practicadas durante la fase de instrucción se habían realizado de manera ilícita y, por ende, carecían de validez y de eficacia.

Como decíamos en nuestra STS de 24 de septiembre de 1996, la legalidad o ilegalidad de las pruebas es difícil que puedan someterse a discusión previa a la decisión última del Tribunal, pues se trata de cuestiones que quedan incorporadas a la valoración de dichas pruebas, bien en su conjunto, bien de manera individualizada, cuestión valorativa que corresponde a dicho Tribunal en el trámite procesal de sentencia, y ello lo demuestra el art. 666 de la Ley

Rituaria que en ninguno de sus cinco apartados incluye como objeto de artículo de previo pronunciamiento de esa materia probatoria.

Con esta base jurisprudencial, resulta inobjetable la respuesta del Ministerio Fiscal -como parte recurrida- al oponerse al motivo, pues, ciertamente, el momento para valorar la validez de las pruebas, es precisamente en el acto del juicio oral, pues es cuando se utilizan por las acusaciones para apoyar la condena, y es por ello que sea en el Juicio cuando el Tribunal se pronuncie según las circunstancias del caso, bien con carácter previo, o al pronunciar la sentencia sobre la validez de las pruebas practicadas.

Y esto mismo es lo que hizo el Tribunal de instancia, que en el Primer Fundamento Jurídico de la sentencia aborda la cuestión de la nulidad de las grabaciones telefónicas efectuadas en fase sumarial dando respuesta cumplida y rigurosa a la mencionada pretensión anulatoria.

El motivo debe desestimarse.”

En ese mismo sentido cabe recordar que el Tribunal Supremo ha declarado en la sentencia de 30 de abril de 2010, que “cuando lo que se pretende es obtener la nulidad de determinadas por entender que se han producido violación de derechos fundamentales no cabe hacer uso de la vía de los artículos de previo pronunciamiento, sino que las objeciones correspondientes deben de reservarse para el juicio oral (cfr. SSTS 10/2010 21 de enero, 1481/2002, 18 de septiembre, y STS 640/2000 de 15 de abril. Y eso no solo por el carácter extraordinario del recurso de casación, sino también porque dado que lo que se trata de valorar es la posible concurrencia de una efectiva indefensión material derivada de la irregularidad del trámite, tal apreciación no puede dissociarse de la del propio contenido y resultado de la actividad probatoria en su conjunto”

La posición del Tribunal Supremo es, como se acaba de exponer, la de atribuir al órgano que conoce del juicio oral competencia para resolver sobre la nulidad de actuaciones por violación de derechos fundamentales, preservando así por un lado la funcionalidad de la decisión, que podría abarcar cuestiones colaterales y fundamentarse en todo el material probatorio que las partes hayan propuesto, y por otro el sistema de recursos, evitado que cualquiera de las partes pudiera impedir la resolución mediante el conocimiento propio del

recurso de apelación contra la sentencia, y, en muchos casos, que se sustraiga de la competencia del Tribunal Supremo un problema fundamental para el enjuiciamiento de los procesos en los que concurre.

QUINTO.- Las distintas Secciones penales de la Audiencia Provincial de Alicante, también han tenido ocasión de pronunciarse sobre esta materia. El auto dictado por su Sección Segunda en fecha 7 de febrero de 2011 señala:

“Primero.- La primera cuestión que se plantea es la de si procede resolver sobre la nulidad de actuaciones en fase de diligencias previas, teniendo en cuenta que la Ley prevé expresamente un momento para ello, en el trámite de cuestiones previas al inicio del juicio oral que regula el art. 786.2 Lecrim., y que, no obstante, la misma Ley no prohíbe ni limita la facultad del instructor de declarar la nulidad de actuaciones conforme al art. 240 LOPJ.

El problema planteado encierra un conflicto entre la primacía de los derechos fundamentales, cuya violación no puede producir efecto probatorio alguno (art. 11 LOPJ) y los sistemas procesales de competencias y recursos que integran el derecho al proceso debido y garantizan la efectividad de todos los derechos, pues la resolución sobre la nulidad de medidas instrumentales restrictivas de derechos en fase de investigación sustraería dicha materia del órgano competente para el enjuiciamiento y fallo, que es el que expresamente está llamado a resolver por la ley, y lo que es más importante, sustraería la misma materia del recurso de casación en los casos (la mayor parte) la competencia para el enjuiciamiento corresponda a la Audiencia.

Segundo.- La cuestión ha sido abordada por distintos Tribunales, que no siempre han llegado a la misma conclusión. Una posición ecléctica es la del auto AP Cádiz de 11 de diciembre de 2006, según el cual “con carácter general, hemos de partir de la premisa de que el momento procesal lógico e idóneo para declarar nulidades de diligencias de investigación acordadas por el Juez instructor será cuando el hecho se está enjuiciando. Esta es una conclusión obvia, para no desvirtuar la fase reinvestigación sumarial, en la que no se practican todavía pruebas sino que se produce el acopio de diverso material incriminatorio, que podrá o no ser usado por las partes acusadoras en sus escritos de conclusiones provisionales”. Ahora bien, la valoración sobre la nulidad de un auto que acuerda una medida instrumental restrictiva de derechos no incluye verificar cuestiones colaterales, como otras nulidades por

conexión. No expresa y singularmente cuestionadas o problemas de legalidad ordinaria que no pueden ni deben ser abordadas.

Por esta razón concluye el mismo auto que “El criterio que parece más conveniente sería distinguir los casos de ostensibles y patentes incumplimientos de la normativa y exigencias legales de licitud constitucional frente al resto de alegaciones. Esto es cuando una diligencia de instrucción- posible fuente de prueba ulterior sea manifiestamente ilegal o ponga de relieve de manera evidente que conculca algún derecho fundamental, el instructor puede y debe no incorporarla o apartarla de las diligencias en aplicación del artículo 11 LOPJ Sin embargo, cuando la diligencia cuestionada no revista ese carácter de indudable vulneración de derechos fundamentales (por no ser evidente y manifiesta), el juez, o la Sala en fase de recurso, no debe apartarlas de la instrucción. Por cuanto eso supondría arrogarse funciones propias de la fase de juicio oral, aparte de provocar disfunciones y un serio problema, ya anunciado antes, cual es determinar la eficacia respecto de actuaciones coetáneas o posteriores, lo que sería prematura y prácticamente imposible al exigir un conocimiento en profundidad del tema para no anticipar vicios y nulidades derivados sin contar con los elementos de juicio indispensables”.

Tercero.- La postura del auto citado se inclina como se ve, por la opción favorable a la primacía del derecho fundamental afectado por la ingerencia con ciertas limitaciones; pero no puede dejar de reconocerse que esa opción sacrifica el sistema de recursos, sustrayendo de la competencia del Tribunal Supremo el núcleo del litigio en muchos asuntos e3n los que de acuerdo con las normas y principios del aludido sistema, estaría llamado a resolver, debiendo de recordarse al efecto que el régimen recursos, una vez establecido legalmente, integra el derecho fundamental (de configuración legal) a la tutela judicial efectiva.

En ese sentido cabe recordar que el Tribunal Supremo ha declarado recientemente (S. 30-4-2010) que “cuando lo que se pretende es obtener la nulidad de determinadas por entender que se han producido violación de derechos fundamentales no cabe hacer uso de la vía de los artículos de previo pronunciamiento, sino que las objeciones correspondientes deben de reservarse para el juicio oral (cfr. SSTs 10/2010 21 de enero, 1481/2002, 18 de septiembre, y STS 640/2000 de 15 de abril. Y eso no solo por el carácter extraordinario del recurso de casación, sino también porque dado que lo que se trata de valorar es la posible concurrencia de una efectiva indefensión material derivada de la irregularidad del trámite, tal apreciación no puede disociarse de la del propio contenido y resultado de la actividad probatoria en su conjunto”

La Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Alicante, en auto de fecha 17 de enero de 2012, corrobora la misma interpretación, sosteniendo la extemporaneidad del planteamiento de la pretensión de nulidad de las resoluciones y actuaciones judiciales impugnadas por las partes en fase de Diligencias Previas.

El auto de esta Sección 7ª de la Audiencia Provincial de Alicante, con sede en Elche, de fecha 27 de octubre de 2011, ya adelantaba la adopción del mismo criterio expuesto sobre esta cuestión procesal, al indicar "... Por lo que atañe al resto de motivos del recurso, al ser articulados con carácter subsidiario al primero según se desprende del suplico, deviene innecesario entrar en su análisis al haber sido estimado aquél, sin perjuicio de no ser tampoco el momento procesal oportuno para plantear cuestiones relativas a la vulneración de derechos fundamentales, por no ser patentes, indudables u ostensibles las denunciadas, siendo preciso un conocimiento completo de las actuaciones para disponer de todos los elementos de juicio indispensables, lo que es propio de la fase de juicio oral (SSTS de 18-9-2002 y 15-4-2000)"

Por todo cuanto se ha expuesto y de acuerdo con la jurisprudencia citada, siguiendo el criterio adoptado por la Audiencia Provincial de Alicante en anteriores ocasiones, sin necesidad de entrar a estudiar las razones o motivos de fondo que motivaron la declaración de nulidad de diferentes autos que acordaban intervenciones telefónicas en el transcurso de la instrucción, procede estimar parcialmente el recurso de apelación, debiendo mantenerse la plena vigencia de los autos cuya nulidad se acordó en las consideraciones octava, novena, undécima, duodécima, decimotercera, decimocuarta y decimoquinta de la parte dispositiva del auto de fecha 13 de junio de 2011, sin perjuicio de lo que pudiera resolverse en el futuro en la fase de juicio oral, si las pretensiones de nulidad fueran planteadas como cuestión previa en el momento procesal oportuno.

Vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación, siendo el ponente el Ilmo. Sr. José Teófilo Jiménez Morago.

PARTE DISPOSITIVA

La Sala Acuerda: Estimar parcialmente el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Fiscal, frente al Auto de fecha 13 de junio de 2011, dictado por el Juzgado de Instancia número 3 de Orihuela, en las Diligencias Previas número 851/07, acordando la revocación de la consideración quinta de la parte dispositiva de la resolución recurrida, en lo que afecta a los fundamentos jurídicos duodécimo y vigesimooctavo, relativos a la estimación de los recursos de reforma interpuestos frente al auto de 11 de mayo de 2007, debiendo ser confirmada la competencia del Juzgado de Primera Instancia número 3 de Orihuela para seguir conociendo de los referidos asuntos, y la revocación de lo resuelto sobre la declaración de nulidad de diferentes autos que acordaban intervenciones telefónicas judicialmente adoptadas en el transcurso de la instrucción, consideraciones octava, novena, undécima, duodécima, decimotercera, decimocuarta y decimoquinta de la parte dispositiva del auto de fecha 13 de junio de 2011, manteniéndose la plena vigencia de los autos por aquél anulados, sin perjuicio de lo que pudiera resolverse posteriormente, si las mismas pretensiones de nulidad fueran planteadas en el momento procesal oportuno.

Notifíquese esta resolución a las partes y, con testimonio de la misma, dejando otro en el presente rollo, devuélvanse las actuaciones de instancia al expresado Juzgado, para su cumplimiento y ejecución, interesando acuse de recibo.

Así lo acordaron y firman los lltmos. Sres. Magistrados expresados al margen.  
José de Madaria Ruvira.- José Teófilo Jiménez Morago.- Javier Gil Muñoz.