

En Madrid a veintidós de septiembre de dos mil once.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por D. Isidro Orquín Cedenilla, Procurador de los Tribunales, en representación de Rafael, se presenta escrito interesando sobreseimiento y archivo de las actuaciones en las presentes diligencias, en fecha 8 de marzo de 2011.

SEGUNDO.- La pretensión de sobreseimiento la ejercita, por escrito, y la estructura de la siguiente forma: El siguiente escrito se divide de la siguiente forma:

1. Sobre la relación de D. Rafael con los hechos investigados, en su doble condición de máximo responsable de SUFI y como única persona que intervino en la toma de decisiones relacionadas con los contratos públicos objeto de investigación.

2. Sobre determinados concursos públicos en los que intervino SUFI:

a) Respecto del concurso de recogida de residuos urbanos de Boadilla del Monte.

b) De la intervención en otros concursos públicos.

c) Del contrato de limpieza viaria del distrito de Moratalaz.

i. Respecto de la obligación contractual de atender al pago del 3% exigido por el pliego de condiciones.

ii. Respecto del origen del dinero para pagar el 3% establecido en el pliego de condiciones y la transferencia realizada desde una cuenta en el exterior de D. Rafael.

iii. Respecto de la regularización fiscal efectuada por D. Rafael antes de tener conocimiento formal del procedimiento tributario o judicial contra su persona por delito fiscal.

3. Sobre el destino de las cantidades abonadas de conformidad a los pliegos de condiciones y la falta de vinculación entre D. Rafael y las sociedades relacionadas con D. Francisco.

TERCERO.- Rafael reconoce haber iniciado su actividad profesional como ingeniero de caminos en el año 1966, dentro de la sociedad Fomento de Construcciones y Contratas (FCC), donde permaneció casi 20 años.

CUARTO.- En el año 1982 y dada la experiencia adquirida se aventuró a crear su propia empresa "SUFI".

QUINTO.- D. Rafael insiste una y otra vez que fue el máximo responsable de SUFI, y que intervino en la toma de decisión relacionada con las adjudicaciones de los contratos públicos objeto de investigación.

La empresa de D. Rafael estaba especializada, según el mismo, en el sector de servicios medioambientales (recogida de residuos sólidos urbanos, limpieza viaria, etc.) y de la construcción de infraestructuras medioambientales (plantas de tratamiento de residuos sólidos urbanos, secado de lodos de depuradoras, desgasificación de vertederos, cogeneración de biogás y electricidad). El proyecto empresarial de D. Rafael trataba de hacerse un hueco entre las filiales medioambientales de las grandes constructoras del país; se centró especialmente en un sector por aquel entonces apenas explotado, como era el de la ingeniería medioambiental. A su vez y para prestar algunos servicios públicos, la barrera del tamaño y la capacidad financiera hizo que en 3 ocasiones SUFI recurriera a uniones temporales de empresas con otras sociedades de mayor capacidad, produciéndose las sinergias y ahorros

económicos propios de estas uniones temporales, en las que SUFI aportaba su liderazgo en relación a conseguir concesiones municipales por toda España.

En consecuencia, según D. Rafael, sus inversiones también se diversificaron hacia distintos sectores, no solo el de ingeniería medioambiental -la iniciativa empresarial de D. Rafael se mantuvo, según el mismo, hasta que finalmente le fue diagnosticado, en 2009, un deterioro cognitivo de etiología vascular con probable etiología degenerativa asociada (principio de Alzheimer), según obra acreditado en las actuaciones, que le alejó irremediabilmente de su actividad empresarial porque desde entonces se vio obligado a someterse a tratamiento continuo de control y mantenimiento de sus capacidades neuronales-. En principio, la enfermedad que padece no ha alcanzado el desarrollo grave e irreversible, por lo menos en su estado actual.

SEXTO.- Una de las inversiones más destacadas de D. Rafael se produjo en 1986, según reconoce el mismo cuando participó en la compra de la compañía IB-MEI (fabricante de motores eléctricos para línea blanca), que había pertenecido al Banco Urquijo. Esta operación, con su posterior salida a bolsa, generó una revalorización de 497.000.000 de pesetas en Suiza, ya que había sido una entidad financiera suiza la que le facilitó el capital con garantías pignoraticias para poder invertir inicialmente en la compra de IB-MEI.

D. Rafael reconoce haber realizado una revalorización bursátil que tuvo lugar en 1987, y que coincidió con la incorporación de España a la Comunidad Económica Europea un año antes con las consiguientes expectativas que ello produjo.

D. Rafael reconoció extensamente que disponía en Suiza de un capital significativo gracias a que su inversión en IB-MEI había experimentado una revalorización a todas luces importantísima, lo que, unido a los altos tipos de interés bancarios de la época, hicieron que su capital en Suiza fuera incrementándose paulatinamente con el transcurso de los años.

Respecto de este punto concreto también explicó D. Rafael que desde el año 1986 sufrió amenazas por parte de ETA que motivaron que optara por no traer a España el capital que le había generado la inversión. Esas amenazas se produjeron justamente a raíz de que IB-MEI llevase a cabo la reconversión de

una fábrica de motores en Madrid, determinando el cierre de una fábrica de la misma tipología ubicada en el País Vasco (Micromotor, S.A.), y más adelante se reprodujeron tras la inversión en una de las empresas que llevó a cabo la construcción de la autopista de Leizarán, de la cual fue vicepresidente.

El entendimiento que tuvo entonces D. Rafael es que la declaración de cuentas, que figuraría en el área de estadística del Banco de España, facilitaría el incremento de la presión de ETA.

Transcurridos los años, ya alejado de SUFI desde su venta en 2005 y motivado por importantes necesidades financieras de sus nuevos negocios en España, D. Rafael, con fechas 13 y 25 de mayo y 7 de junio de 2010, respectivamente, presentó declaraciones complementarias del impuesto de la renta de las personas físicas y de patrimonio desde el ejercicio 2004.

SÉPTIMO.- D. Rafael era dueño de SUFI, y reconoció, hasta su venta a SACYR (mayo de 2005) -momento en que pasó a tener durante un corto periodo de tiempo (2006) un puesto meramente representativo, sin facultades ejecutivas de ningún tipo, ni tampoco con poderes de representación-, las decisiones empresariales, entre las que se incluían los contratos con las administraciones públicas a suscribir, las adoptaba él en exclusiva.

OCTAVO.- De lo anterior resulta obligado, en opinión de D. Rafael, seguir con un razonamiento siempre lógico y consecuente respecto de su hijo D. Gonzalo, también imputado en este proceso.

El padre, no puede sustituir al hijo en su hipotética responsabilidad, ya que las responsabilidades son personales y culposas.

El padre, D. Rafael, intenta por todos los medios excluir la responsabilidad del hijo, D. Gonzalo, manifestando que distintas personas han afirmado conocer al frente de SUFI únicamente como director a D. Rafael. Se interesa por el padre el inmediato sobreseimiento de actuaciones de D. Gonzalo.

Esta pretensión del padre, a favor del hijo, no es ajustada a Derecho, no solo por modificaciones formales, sino también sustantivas, existiendo además falta de legitimación.

D. Rafael, en su afán de liberar a su hijo de responsabilidad, concreta la labor de D. Gonzalo, “exclusivamente en la llevanza de la contabilidad, hacer las auditorías obligatorias que teníamos que hacer anualmente, pasar todo lo relacionado con impuestos, pasar inspecciones fiscales que pasamos también, o sea todo lo que es un poco la parte más contable y todas sus derivadas, pagos a todos nuestros proveedores periódicamente, contra factura lógicamente”.

Se insiste, por tanto, en que su única relación con los hechos fue atender a pagos, contra factura siempre a solicitud del Ayuntamiento, conforme a lo previsto en el pliego de condiciones del concurso para las campañas de comunicación y concienciación ciudadana, correspondiendo al Ayuntamiento de Boadilla del Monte, en este caso, la asignación de la cantidad mínima del 2% a la que se refería el pliego de condiciones-. Su falta de vinculación con los hechos se refrenda, como se ha dicho, por las declaraciones de todos los imputados, quienes afirman no conocer a D. Gonzalo, incluso por los propios informes de la UDEF-BLA, que han dicho que la persona de SUFI que mantenía los contactos con las administraciones públicas era D. Rafael, no su hijo Gonzalo.

NOVENO.- A continuación se exponen, por la representación legal de D. Rafael, las razones por las que entiende que todas las decisiones adoptadas respecto a los hechos sujetos de investigación no revisten ilicitud penal: En la declaración prestada por D. Rafael Anegó el pasado día 3 de marzo se le preguntó, además de por el papel que desempeñaba en SUFI, por concretas adjudicaciones sobre las que, en la tesis de distintos informes de la UDEF-BLA, seguidos por el Ministerio Público, habrían dado lugar al pago de comisiones irregulares. A continuación se exponen las razones por las cuales se considera, respecto de cada uno de los concursos públicos en los que SUFI resultó adjudicataria, la licitud y corrección administrativa de su proceder respecto de los mismos.

La UTE formada por Fomento de Construcciones y Contratas y SUFI resultó adjudicataria del concurso recogida de residuos urbanos de Boadilla del Monte, adjudicación que se materializó en virtud del contrato suscrito en fecha de 4 de

febrero de 2002, con una duración de ocho años, prorrogable por periodos de dos años, hasta un máximo de doce, y así se publicó en el BOCM.

Respecto del mismo, D. Rafael, al ser preguntado sobre si había existido el pago de comisiones ilegales por la adjudicación de dicho contrato, al hilo de determinadas facturas emitidas por la sociedad SPECIAL EVENTS, explicó que en modo alguno eso fue así y que el pago de dichas facturas no era más que atender a la obligación impuesta en el pliego de condiciones de dicho concurso publicado y no impugnado en el BOCM.

Las facturas en cuestión las emitía una sociedad denominada SPECIAL EVENTS, con la que no se tenía la más mínima relación ya que la contratación de esta sociedad era una exigencia legal derivada del pliego de contratación y, por tanto, una imposición del Ayuntamiento, es decir, la UTE estaba obligada contractualmente a atender las facturas que se le remitiesen, en concepto de campañas de concienciación ciudadana, por la empresa designada por el Ayuntamiento. Y es que, como se aprecia en el clausulado del pliego de condiciones y contrato suscrito con el Ayuntamiento de Boadilla del Monte, era este último quien obligaba al licitador (y, a la postre, concesionario) a consignar y definir en la oferta licitadora “un mínimo de un 2% de la adjudicación para la realización de campañas informativas y de concienciación ciudadana sobre la limpieza viaria y recogida de residuos que el Ayuntamiento estime oportuno y que deberá abonar directamente el licitador. Esta es la cláusula que figura en el Art. 70 del pliego de condiciones del referido concurso del Ayuntamiento de Boadilla del Monte, aportado desde un primer momento por el hijo de D. Rafael cuando prestó declaración.

Por tanto, era el Ayuntamiento quien se reservaba la opción de elegir cuándo y con quién llevar a cabo las campañas de concienciación y, una vez que las mismas se efectuaban por la empresa elegida por el organismo municipal, desde el departamento de administración de SUFI se atendía al pago, tal y como le exigía el Ayuntamiento que había contratado los servicios, sin contar para nada con SUFI. Por ese motivo, tal y como manifestó el hijo de D. Rafael desde un inicio y de manera inequívoca, no se tenía que requerir ni oferta, ni presupuestos, ni cartas de encargo, ni ninguna otra documentación, puesto que ese requerimiento y control, en su caso, correspondía al propio Ayuntamiento, no al licitador.

A lo anterior se añade que dicha imposición contractual no era algo inhabitual en la contratación pública al tratarse de una obligación contenida en numerosos pliegos de condiciones de contratos públicos. En el caso que nos ocupa, el pliego de condiciones estaba publicado en el BOCM y, además, porque SUFI no era una empresa dedicada a la publicidad, por tanto, no tenía la carga de requerir el soporte que avalase los trabajos.

A este respecto, D. Rafael, insistió en que este tipo de cláusulas que fijan un porcentaje destinado a campañas de publicidad o concienciación son relativamente frecuentes. Y así es. A modo de ejemplo, figuran cláusulas referidas a campañas de publicidad en pliegos de condiciones, que se han licitado en los últimos tres años, de ciudades tales como Orense, Arona, Zaragoza, Castellón, Badalona, Manresa o Utrera, entre otras.

DÉCIMO.- También se pone de manifiesto la relación de D. Rafael con Plácido con referencia a otros concursos públicos: D. Rafael también fue preguntado en su declaración por la participación en SUFI en otros concursos públicos, así como por la relación respecto de SUFI que tenía D. Plácido.

Respecto del contrato de limpieza varia de Majadahonda: La mención a este contrato se hace a los meros efectos de concluir definitivamente con las equiparaciones que se siguen deslizando respecto del mismo con el contrato de Boadilla del Monte. Explicó D. Rafael que conocía bien dicho municipio y sus necesidades al haber sido vecino del mismo. En la adjudicación a la UTE formada por Fomento de Construcciones y Contratas y SUFI de la contrata de limpieza, de algún modo, explicó D. Rafael en su declaración en sede judicial, que él se había encargado más de la elaboración de la oferta de Majadahonda, dado el conocimiento de la localidad antes referida. Para ahondar una vez más en quien de SUFI llevaba a cabo la relaciones institucionales de mayor calado, en la documentación que obra en las actuaciones y que se puede ver a través del servicio de notificación informática puesta a disposición de las partes, obran varias fotografías de un acto de presentación de vehículos del servicio de limpieza entre quienes están el alcalde de Majadahonda en aquél momento, Guillermo, y D. Rafael, representando a SUFI. Esto da otra muestra más de que su hijo, D. Gonzalo, no tenía nada que ver con los contactos con las Administraciones Públicas.

Respecto a D. Guillermo, no se hace ni la más mínima mención a una actuación irregular por parte de SUFI respecto de dicho concurso público. En

este caso, en el contrato no figuraba la cláusula del 2% que sí que estaba en el contrato de Boadilla del Monte.

Respecto del concurso y adjudicación del contrato para la construcción de una planta de tratamiento de residuos y vertederos en la localidad de Gomecello (Salamanca) explicó D. Rafael que en dicha localidad la Junta de Castilla y León había adjudicado a SUFI la construcción y explotación de una planta de tratamiento de residuos. El inconveniente que surgió es que el alcalde de la localidad, junto a otros grupos de presión locales y a los propios vecinos, se opusieron durante más de dos años a que la planta se construyera y entrara en funcionamiento. La adjudicación se produjo en el año 2003, pero no fue hasta 2005 cuando se pudo iniciar la actividad. Este enfrentamiento provocó ingentes labores de mediación, comunicación y, si se quiere, marketing sobre los beneficios que reportaría la planta de tratamiento, encabezando dichas actuaciones D. Plácido.

UNDÉCIMO.- Respecto de la obligación de atender el pago del 3% exigido por el pliego de condiciones: Se concluye así mismo en el referido informe que la cantidad mencionada equivaldría a un 3% del total de la adjudicación.

Frente a esta afirmación D. Rafael expuso que en absoluto el pago de una cantidad desde una cuenta personal en Suiza que tenía desde los años ochenta, obedecía a una comisión por adjudicación sino que era consecuencia de atender a lo que el pliego de condiciones de la misma establecía en sus artículos 12 y 13, que imponía al adjudicatario el abono de un 1% y un 2% a las empresas de inspección y de concienciación ciudadana en materia medioambiental que designase el Ayuntamiento. Según el pliego, el Ayuntamiento supervisa la elección de la empresa entre las tres propuestas por el mismo. En definitiva, quedaba en manos del Ayuntamiento de quienes iban a llevar a cabo dichas labores, dejando al margen absolutamente al adjudicatario. Por si no fuera suficiente en cuanto a la exclusión que suponía para el adjudicatario, sigue diciendo el pliego que los servicios técnicos verificarán la realización del control de la presentación de los servicios así como el abono a la empresa que lo efectúe. Por tanto, es el propio pliego el que le atribuye al adjudicatario una única labor: pagar el porcentaje que se le indique sin tener que verificar que se llevaban a cabo las labores de control y concienciación ciudadana puesto que eso correspondiente a los servicios técnicos municipales.

DUODÉCIMO.- En atención al origen del dinero para pagar el 3% establecido en el pliego de condiciones existen dudas puesto que no se entendía que hubiera pagado D. Rafael, desde una cuenta personal en Suiza, una cantidad indicada por el Ayuntamiento, llegándose a cuestionar por parte del Abogado del Estado el origen de dichos fondos.

D. Rafael aclaró que, dado que SUFI era una sociedad suya, le digo igual que el dinero saliera de su cuenta personal, en la medida que los beneficios que le aportaba el pronto pago eran mayores.

Además, D. Rafael explicó el origen de su cuenta suiza en la entidad Credit Suisse. Expuso que en 1986 intervino en la compra de la compañía IB-MEI y que esta operación, con su posterior salida en bolsa, generó una revalorización importantísima en Suiza, ya que había sido la entidad suiza la que le facilitó el capital para poder invertir inicialmente en la compra de la sociedad. La acreditación de la operación se ha documentado sobradamente con las referencias documentales aportadas y explicadas en la Alegación Primera.

Respecto de la regularización fiscal efectuada por D. Rafael, insistiendo en la explicación anterior sobre el dinero que tenía D. Rafael en Suiza, la revalorización obtenida, unida a los intereses bancarios de la época y su incremento a lo largo de los años, provocaron que el patrimonio que D. Rafael tenía en Suiza fuera incrementándose. El temor que generaron las amenazas de la banda terrorista ETA motivó que D. Rafael no procediera a declarar las cuentas en Suiza hasta 2010.

En concreto, en fechas 3 y 25 de mayo y 7 de junio de 2010, respectivamente, D. Rafael presentó declaraciones complementarias del impuesto de la renta de las personas físicas y de patrimonio desde el ejercicio 2004. Como es de ver, figuran declaradas distintas cuentas de D. Rafael en Suiza, no solo la cuenta del Credit Suisse desde donde se hizo la transferencia cuestionada, tratándose por tanto de una regularización íntegra y completa, atendiendo además al pago de todos los intereses de demora generados a favor de la AEAT. Así mismo, se acompañan certificados emitidos por la entidad BANCO BANIF, S.A., relativos a los pagos de las declaraciones complementarias así como a los recargos e intereses girados hasta la fecha por la Administración tributaria.

Asimismo, se acompaña copia de los escritos presentado al Banco de España, relativos a la declaración de cuentas de nacionales españoles en el extranjero, en los que se hace mención a las causas antes alegadas por las cuales no se hizo la declaración de cuentas con anterioridad.

En relación con la regularización fiscal, es de interés de esta parte salir al paso de la referencia que al respecto hizo el Abogado del Estado presente en el día de la declaración respecto de su validez en función del momento en que se realizó, al indicar que dicha regularización se efectuó coincidiendo con la aparición en prensa de determinadas noticias relativas a la investigación por la Agencia Tributaria española de cuentas de españoles en Suiza.

Con fecha 8 de junio de 2010, se dictó por el Ilmo. Instructor providencia en la que interesaba al Ministerio Fiscal que emitiese informe en el que concretara qué delitos se imputaban a D. Rafael, exponiendo que se le imputaba por un delito de cohecho continuado.

D. Rafael realizó declaraciones complementarias del impuesto sobre la renta de las personas físicas así como del impuesto sobre el patrimonio correspondientes a los ejercicios 2004 en adelante, conforme iba obteniendo la documentación bancaria precisa para ello, en las siguientes fechas:

- Primera declaración complementaria, presentada el 13 de mayo de 2010.

- Segunda declaración complementaria, presentada el 25 de mayo de 2010.

- Tercera declaración complementaria, presentada el 7 de junio de 2010.

- Cantidad total regularizada, sin recargos ni intereses de demora es de 2.317.486,58 euros.

La regularización de la situación tributaria con anterioridad al inicio de un procedimiento penal dirigido a la investigación y persecución del delito contra la Hacienda Pública exime de responsabilidad penal. A estos efectos, sin ánimo

de ahondar en jurisprudencia y doctrina de sobra conocidas, sería irrelevante el conocimiento del obligado tributario de la existencia de otras actuaciones judiciales o del Ministerio Fiscal aunque tuvieran alguna relación, directa o indirecta, con los hechos integrantes del delito contra la Hacienda Pública.

Queda por tanto evidenciado que en el momento en que D. Rafael regularizó su situación tributaria cumplía escrupulosamente todos los presupuestos del artículo 305.4 del Código Penal que eximen de responsabilidad penal en los casos de regularización, siendo indiferente, el conocimiento que pudiera tener el obligado tributario de cualesquiera otras actuaciones que pudieran desembocar en la apertura del procedimiento penal por delito fiscal. Si la regularización tributaria se produce antes de que se inicie ese procedimiento específico, no impedirá la aplicación de la excusa absolutoria el conocimiento por el obligado tributario de otras circunstancias o actuaciones de las que pueda deducir la posible apertura de un procedimiento judicial contra él por delito fiscal.

Sobre el destino de las cantidades abonadas según los pliegos de condiciones y falta de vinculación entre D. Rafael y las sociedades relacionadas con D. Francisco a lo largo de distintos informes de la UDEF-BLA obrantes en la causa se desliza la tesis por parte de quienes los suscriben que, en el caso de SUFI, cuando se atendía al pago de facturas de Special Events, para el supuesto del concurso de Boadilla del Monte, o cuando se atendía al pago del 3% en relación al concurso del distrito de Moratalaz, ello se hacía sabiendo que los pagos iban destinados a satisfacer gastos, viajes, regalos u otro tipo de beneficios para políticos o incluso financiación de eventos de partidos políticos. Estas afirmaciones son absolutamente falsas y carecen, respecto del caso particular de SUFI, de la necesaria exigencia probatoria que permita enlazar unos con otros. A continuación se exponen las razones por las cuales no existía ni posibilidad ni acreditación de que SUFI interviniera en modo alguno en el destino atribuido a los pagos por parte de Special Events ni por ninguna otra empresa designada por los Ayuntamientos.

La operativa seguida por SUFI se ha explicado en la alegación anterior. Se procedía a pagar cuando el Ayuntamiento, bien el de Boadilla del Monte, bien el de Madrid, decía que los trabajos referidos en los pliegos de condiciones se habían realizado por las empresas que ellos determinaban. Las facultades de control y asignación de los mismos correspondían a los organismos municipales.

En el concreto supuesto de Boadilla del Monte, una vez que se recibían las facturas en SUFI, se procedía a su pago y contabilización. La distribución a la que hacen referencia los distintos informes (con especial referencia al informe 19.807 de la UDEF-BLA, sobre Arturo González Panero) que hicieran entonces de las cantidades recibidas era absolutamente desconocida para SUFI. No existe ningún dato que acredite el más mínimo conocimiento por parte de SUFI de que las cantidades abonadas supuestamente se desviasen para gastos de calzados, trajes, viajes o de cualquier otro tipo. Por tanto, existe una clamorosa parcialidad y una falta de rigor y objetividad por parte de quien suscribe el referido informe, de rigor y objetividad por parte de quien suscribe el referido informe, titulando uno de los apartados del mismo como Asunción de gastos particulares de Arturo González Panero y del Partido Popular de Boadilla del Monte por parte de empresas adjudicatarias de contratos públicos de ese municipio, incluyendo entre las mismas a SUFI.

Se afirma lo anterior porque en el desarrollo del citado apartado se hace mención a dos facturas de SPECIAL EVENTS aportadas por el propio D. Rafael a la causa y a un documento impreso en que se reflejan los conceptos e importes a incluir en las facturas a nombre de SUFI. Pues bien, respecto de este tercer documento impreso, no existe dato objetivo que demuestre que alguien de SUFI tuviera el más mínimo conocimiento de su existencia, por lo que no se puede sostener que se conocía que al abonar las facturas se estaba atendiendo realmente al pago de gastos particulares. Ni que decir tiene que no se corresponde esta fórmula con la supuesta imparcialidad de la UDEF-BLA.

Es más, en el apartado núm. 4 de dicho Informe, hablan de asunción de facturas y actos del Partido Popular de Boadilla del Monte. En este caso, se refieren a una factura de 15 de octubre de 2001. Se pregunta esta representación de qué manera, cuando la adjudicación del concurso de limpieza viaria data de 2002 y las facturas de SPECIAL EVENTS abonadas son de abril de 2004, se tenía que saber que el pago realizado no iba destinado a atender campañas de concienciación sino el de un evento del Partido Popular celebrado dos años antes. Si la supuesta organización dirigida por Francisco, a la que hace referencia el informe, utilizaba el dinero para otros particulares, primero, SUFI lo desconocía y, segundo, no podía llegar ni siquiera a intervenir ni conocerlo.

En definitiva, la distribución que se hiciera de los pagos de facturas por parte de SPECIAL EVENTS, en este caso, quedaba absolutamente al margen de SUFI, que lo único que podía saber es que era la empresa de publicidad a la que el Ayuntamiento le decía que le tenía que pagar el 2% al que se refería el pliego de condiciones.

Con este planteamiento, las conclusiones a las que llega el informe de la UDEF-BLA podrían alcanzar el absurdo de poder afirmar con la misma rotundidad que las autoridades públicas, que tenían perfecto acceso al pliego de condiciones, así como los partidos políticos de la oposición, que conocían perfectamente el mismo, al no hacer el seguimiento de la realidad de los trabajos abonados por SUFI estaban aceptando que el pago se desviaba para los gastos personales o de partidos políticos al frente del Ayuntamiento. Luego, si no se consigue demostrar que se forma parte de la supuesta organización, cualquier enlace con la toma de decisiones de la misma es lógicamente imposible.

El colmo de afirmaciones sesgadas y tendenciosas se ultima en el apartado 5 de ese mismo Informe, bajo el epígrafe adjudicaciones en Boadilla del Monte a la UTE FCC-SUFI.

A este respecto conviene precisar varios puntos:

- Las adjudicaciones, al igual que los pliegos de condiciones, se pueden impugnar cuando no se consideren ajustados a derecho.

Ninguna de las dos cosas sucedió por lo que las insinuaciones de los funcionarios públicos de fraude en la adjudicación, sin prueba, reflejan absoluta parcialidad.

- Se hacen menciones a tres modificados posteriores que sufrió la adjudicación, pero quien firma el informe no refleja las razones a las que obedecían dichos modificados (era básico haber investigado y reflejado igualmente que si Boadilla del Monte crecía en habitantes y barrios, los servicios también tendrían que crecer). Y citan un informe del Consejo de Estado (no vinculante) sin explicitar que en el cuerpo del mismo sí que se recoge que el municipio había

sufrido importantes variaciones y omiten (sin que quepa pensar que lo desconocen) otro informe del Consejo de Estado -Referencia: 2538/2006, sobre la modificación del contrato de recogida de residuos de Boadilla del Monte, de fecha de aprobación 1/3/2007- que expresamente concluye:

“A lo largo de la tramitación del expediente de modificación del contrato han quedado acreditadas de forma suficiente las necesidades nuevas que justifican la modificación propuesta, entre ellas, evitar la acumulación de residuos en la vía pública, mantener en condiciones adecuadas de limpieza el casco urbano y las urbanizaciones históricas y aumentar la frecuencia en la prestación del servicio de barrido mecánico, todas ellas relacionadas con el importante incremento de la población del municipio al que se hace referencia en los documentos incorporados al expediente. El interés público que reviste la modificación propuesta se pone de manifiesto en los informes de 12 y 22 de septiembre de 2006, al igual que las razones por las cuales la Entidad Local estima que resultaría más gravoso para la corporación acudir a una nueva contratación.

Si se tiene en cuenta además que la adjudicataria ha aceptado expresamente las nuevas condiciones económicas, que restablecen el equilibrio financiero, y que obra en el expediente el informe favorable de la intervención, nada ha de objetar el Consejo de Estado a la modificación propuesta”.

A todas luces resulta inaceptable insinuar que existen modificaciones irregulares a base de omitir al Juzgado toda la información.

Respecto del pago del 3% en relación al contrato del distrito de Moratalaz, las razones para hacer frente al mismo ya se han explicado en la alegación anterior. Por el Ayuntamiento se dijo que las campañas se habían hecho a su satisfacción y que se pagaran en las cuentas que se facilitó. En los informes referidos al abono de dicha cantidad no se relaciona a SUFI con la distribución de cantidades pero, al igual que pudiera suceder en Boadilla del Monte, de existir la misma estaba fuera del conocimiento y alcance de SUFI.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Por la representación de ADADE se presenta escrito de alegaciones con fecha 15 de abril de 2011, y registro de entrada 15 de abril de 2011 con el tenor literal siguiente: Mediante Providencia de fecha 06 de abril de 2011, notificada el 11 del mismo mes, se nos concede un plazo de cinco días para que efectuemos alegaciones respecto del escrito interpuesto por la representación procesal de Don Rafael por medio del cual solicita el Sobreseimiento Provisional y Archivo, de la causa respecto de su representado.

Que por medio del presente, oponiéndonos a la misma venimos en tiempo y forma legales a llevar a efecto las siguientes:

Alegaciones:

Primera.- Tras hacer una breve exposición sobre la cualidad de “máximo responsable de la entidad SUFI”, y única persona que según refiere “intervino en la toma de decisiones relacionadas con los contratos públicos objeto de investigación” en un intento evidente de que se exonere a su hijo, y a tal efecto y de forma reiterativa lo refleja el escrito al que hoy nos oponemos en sus páginas 5, 6, 11 y 14, siendo tan loable que un padre se esfuerce a favor de un hijo, como atípico, que en un escrito de solicitud de sobreseimiento de otro imputado, pero los hechos son porfiados, y a ellos nos hemos de remitir.

Segunda.- Frente a la prueba acreditada que ampara los sólidos informes tanto la UDEF, como del Ministerio Fiscal, para la defensa y representación procesal de D. Rafael éstos revisten una clamorosa parcialidad, y una falta de rigor y objetividad. Su argumento, es que ni D. Rafael ni la empresa por él y su hijo representada “SUFI”, a juicio de su propia defensa, obviamente, y sin apoyo alguno, no realiza acto que confirmara el pago de cantidad alguna al denominado “Grupo Correa”.

Tercera.- Pero ninguno de los argumentos vertidos, por la representación procesal de D. Rafael, en su escrito, tienen la suficiente consistencia, es más, tienen virtualidad, para que en este momento procesal, se solicite dicho sobreseimiento.

En efecto, los informes de la UDEF-BLA obrantes en autos, en concreto el de fecha 29 de octubre 2009, realizado a partir del registro con el domicilio particular de Don José Luis, describe clara y meridianamente, la percepción de fondos, reflejados en una contabilidad paralela denominada "CAJA B", donde consta el pago de 205 millones de pesetas, por el imputado a través de la entidad financiera con sede en Ginebra Banque Cial, a dos sociedades offshore de las que Francisco Sánchez es el beneficiario.

Dicho informe revela en otro apartado (Documento Dos, de la Carpeta Azul) desglosando las páginas encontradas en el Registro, las entidades bancarias, todas domiciliadas en Ginebra, que efectuaban los pagos, y las cuantías que se ordenaba transferir, señalado el informe que el monto total enviado desde las cuentas bancarias en Suiza, al "Grupo Correa" ascendía (descontado el IVA) al 3% del importe total de la adjudicación.

Cuarta.- La representación de ADADE argumenta que no es dable admitir y ofende a la inteligencia que esas cantidades fueron transferidas por supuestas órdenes recibidas de las distintas entidades locales, para que se abonaran a sociedades que supuestamente éstas indicaban, sin que nada se presente o se acredite en el propio escrito puesto que en todo caso, está en manos de la defensa, dar contenido y probar sus manifestaciones, puesto que además de facilitar y acreditar las mismas, coadyuvaría en la instrucción. Nada más fácil para ello que, bien facilitando al Ilmo. Sr. Instructor, la documentación relativa a las órdenes recibidas, o bien indicando la Concejalía, el departamento o la persona en concreto de la que se recibieron o habían recibido las órdenes de pago, en cada uno de los Ayuntamientos, para que por el responsable de ese departamento o por la persona en concreto se ratifiquen las palabras vertidas.

Quinta.- Respecto de las transferencias de dinero de Suiza a sociedades del "Grupo Correa" no hay duda alguna, pues la recepción de las cuantías está acreditada, y su emisor, el imputado D. Rafael, como el mismo ha reconocido y con cargo a su cuenta personal tampoco. Es difícil imaginar, que D. Rafael efectuara o diera órdenes de transferir dinero, en algunos casos por importe de 205 millones de pesetas, y que no tenga constancia de la persona que dio la orden, ni documento alguno que tuviere una justificación real y legal de dicho pago, ni tan siquiera aporte no ya el pliego que exige ese supuesto pago, o haya adjuntado en los pliegos que parcialmente ha acompañado a su escrito, sino una certificación del Sr. Secretario del Ayuntamiento o del Interventor Municipal, que al señalara que esa forma de actuación era correcta, y la entidad o entidades que debían percibir las cuantías.

Sexta.- La representación de ADADE, cuya argumentación recogemos en extenso argumenta que no quiere pasar por alto, su manifiesta bondad por haber regularizado su situación económica en España, debiendo recordar por cierto que dicha regularización no se llevó a cabo de forma voluntaria por el imputado, sino tras la profunda investigación llevada a efecto por la Agencia Tributaria en las cuentas de D. Rafael en Suiza.

Séptima.- Hay en definitiva elementos probatorios en los autos suficientes, para rebatir la calificación que lleva a efecto la defensa, denominado los informes como de “clamorosa parcialidad, y una falta de rigor y objetividad”, y para mantener la imputación de D. Rafael, en este momento procesal puesto que todo cuanto hemos manifestado, a lo largo de este escrito de alegaciones, son hechos indubitados, que dichos hechos tengan trascendencia o relevancia penal, o no, corresponde, evidentemente a otra fase procesal, cual es, la del juicio oral.

A estos efectos, queremos llamar la atención, sobre la reciente jurisprudencia, dictada, en concreto el Auto 88/10, dictado por la Ilma. Audiencia Provincial de Madrid, Sección 16ª, en el Rollo 811/10 que dice: “...la fase de instrucción no tiene como finalidad la plena acreditación de los hechos objeto de la imputación...”, así como el Auto del Tribunal Supremo en Recurso 20048/2009, que dice en Razonamiento Jurídico Segundo “La iniciación del proceso, ...es el presupuesto imprescindible para la averiguación, comprobación y determinación, con las debidas garantías, de la responsabilidad criminal. No se inicia un proceso porque se sea responsable de un delito, sino para poder determinar con garantías si se es, o rio, responsable”. Continúa dicho Auto, en su Razonamiento Jurídico Octavo, respecto de las actuaciones en fase de instrucción “...se desenvuelven más bien en el ámbito material del enjuiciamiento de fondo, cuyo planteamiento en esta resulta prematuro”.

SEGUNDO.- Por el Ministerio Fiscal se impugna la pretensión de sobreseimiento de D. Rafael, en escrito con fecha 8 de abril de 2011, y con entrada en registro de entrada de 20 de abril de 2011, alegando: El Fiscal se opone al archivo interesado de acuerdo con lo que a continuación se expondrá.

a) Sobre la preexistencia del dinero en Suiza, desde 1987, fruto de una inversión.

Junto al escrito se aportan (Documento núm.1) informaciones de prensa sobre la salida a Bolsa de la empresa IB-Mei, dedicada a la construcción de motores, en 1987. También (Documento núm.2), parte de un informe financiero sobre dicha empresa que alcanza hasta 1989 (no consta si es parte del Folleto informativo de salida a Bolas, la fuente parece ser la empresa Bestinver). Las manifestaciones contenidas en el escrito relativas a la inversión que en dicho grupo empresarial habría realizado Rafael, a la obtención de beneficios vía revalorización de las acciones en Suiza, y a los motivos que le llevaron a dejar el dinero en Suiza, carecen de cualquier sustento probatorio.

En la documentación aportada no consta la vinculación de la empresa IB-Mei con Suiza. El informe parcial que aporta la defensa hace referencia a una actividad de inversión en España y una parte en Italia, con cifras en todo caso en pesetas, por lo que parece lógico que cualquier inversión habría tenido entrada en España contrariamente a lo que sostiene la defensa de que el dinero en todo momento permaneció en Suiza; y tampoco consta el préstamo con garantía pignoratícia que una entidad financiera suiza le facilitó para invertir en IB-Mei y que, según expone el escrito de la defensa, habría sido la causa de que el dinero se reingresase en Suiza tras la revalorización de la inversión.

b) Sobre la atipicidad de la conducta.

El escrito presentado por la defensa de D. Rafael argumenta que el pago efectuado a la empresa Special Events SL se habría efectuado con base a cláusulas incluidas en contratos suscritos con Ayuntamientos, sin capacidad decisoria alguna por parte de SUFI.

D. Rafael fue el Consejero Delegado de SUFI y participó de todas las decisiones importantes de la empresa hasta 2005. De acuerdo con la documentación obrante en la causa (documentación en papel y archivos informáticos), al igual que Gonzalo, habría efectuado pagos personalmente al entorno de Francisco que aparecerían vinculados a la obtención de un contrato con el Ayuntamiento de Boadilla del Monte.

Por otra parte, no son éstas las únicas entregas que, de acuerdo con la documentación intervenida en la causa, se habrían efectuado desde la entidad

SUFI SA a Francisco para su posterior transmisión a cargos públicos dirigidos a obtener adjudicaciones.

La documentación aportada por Gonzalo sobre esta cuestión fue trasladada a la IGAE en virtud de solicitud del Fiscal de fecha 19 de enero de 2010, que fue resuelta mediante providencia de 26 de enero de 2010. En todo caso, la inclusión de la cláusula 70 del PCT del concurso no excluye la existencia de un proceso de selección del adjudicatario de la campaña de comunicación y la necesaria recepción formal en SUFI de nombre de la empresa a la que la UTE FCC-Sufi debía hacer el pago de dicho 2%. En informes de fecha 12 de noviembre de 2009, IGAE hacía referencia a las facturas 71 a 74 de 2003 relativas a los pagos FCC y a Special Events. Sin perjuicio de lo que más adelante resulte -pues se encuentran pendientes informes que permitirán avanzar en la investigación de estos hechos-, la IGAE exponía en la fecha indicada:

“Por lo que respecta a las facturas abonadas por SUFI, la número 03/0073, relativa a “Importe correspondiente al diseño y desarrollo de estrategia de comunicación”, por 29.141,52 € y la número 03/0074, relativa a “Importe correspondiente a bocetos, artes finales, elementos diversos de campaña publicitaria”, por 20.053,19 €, señalar que los conceptos que figuran como descripción del servicio son muy genéricos. A su vez, como no hemos dispuesto de otra documentación adicional (oferta, presupuesto, carta de encargo, etc.) no podemos valorar la realidad o cuantía de los servicios prestados y que dieron origen a las facturas.” En este punto el escrito de la defensa vincula el pago efectuado -desde la cuenta de Credit Suisse de D. Rafael a favor de las sociedades de D. Francisco- a los fondos obtenidos en Suiza en el año 1987. Añade en relación con esta operación que se encuentra sobradamente documentada con lo que aporta adjunto a su escrito.

El Fiscal discrepa de esta afirmación, teniendo en cuenta que la documentación aportada a estos efectos está constituida por recortes de prensa e información financiera de una empresa absolutamente ajena a los hechos y sin vinculación que conste con los imputados, hechos y fechas que son objeto de esta causa.

c) Sobre la regularización tributaria.

D. Rafael manifiesta haber realizado en fechas 13 de mayo, 25 de mayo y 7 de junio de 2010, mediante Declaraciones Complementarias del IRPF y Patrimonio de los años 2004 y siguientes, regularizando en total 2.317.486'58 € de principal.

Las declaraciones fiscales aportadas obran en Documentos 4 y 5 de los aportados por la defensa. Se trata de Declaraciones Complementarias relativas a ejercicios fiscales posteriores a los hechos que son objeto de investigación, en particular los ejercicios 2005 y siguientes. En todo caso, su eventual eficacia sobre la responsabilidad patrimonial derivada de los delitos que se investigan habrá de ser objeto de informe por el auxilio judicial de la AEAT.

Afirma la representación de Rafael que las Declaraciones Complementarias ante la Agencia Tributaria efectuadas en mayo y junio de 2010 fueron espontáneas y desvinculadas de las actuales Diligencias Previas. Sin embargo, ya el 3 de marzo de 2009 se había pedido al Juzgado Central de Instrucción núm.5 la declaración como imputado de Gonzalo por los hechos atribuidos a SUFI; el 14 de abril ya se había reiterado por la Fiscalía la declaración de Gonzalo como imputado y se solicitó petición al Registro de Terceros de las Consejerías de Hacienda de todas las Comunidades Autónomas de información relativa a, entre otras, la sociedad SUFI SA. El 18 de mayo del mismo 2009 se solicitó la declaración del propio Rafael.

Por otra parte, diversos pagos -que habrían sido canalizados a través de Francisco por causa de contrataciones a SUFI SA- Investigados en las actuales Diligencias son anteriores al 2004, fecha del ejercicio más antiguo del que se ha presentado Declaración Complementaria.”

TERCERO.- Se aporta informe de la Agencia Tributaria, con fecha 18 de mayo de 2011, en el que se aporta documentación en referencia a la solicitud de sobreseimiento del presunto delito del artículo 305 del Código Penal.

Con fecha 1 de abril de 2011 han sido presentadas por la representación procesal de Don Rafael alegaciones en las que se exponen determinadas razones con las que motiva la petición de sobreseimiento y archivo de las actuaciones por no ser los hechos constitutivos de infracción penal alguna. Por lo que se refiere al delito previsto en el artículo 305 del Código Penal, delito

contra la Hacienda Pública, el contribuyente solicita la declaración de sobreseimiento motivada por la presentación y pago de declaraciones complementarias por el IRPF e IP de los periodos 2004 a 2008.

Alegaciones presentadas: En estas alegaciones D. Rafael justifica el origen del patrimonio ocultado a la Hacienda Pública, hasta la presentación de las correspondientes declaraciones complementarias en 2010, manifestando que proviene de la venta de las acciones de la compañía IB-MEI tras su salida a Bolsa en la década de los ochenta. El que los fondos ocultados se encontraran en Suiza es motivado por el hecho, según manifiesta D. Rafael, de que había sido una entidad financiera suiza la que le facilitó el capital con garantías pignoraticias para poder invertir inicialmente en la compra de IB-MEI. Tras su salida a Bolsa las acciones habrían obtenido una importante revalorización coincidiendo con la incorporación de España a la Comunidad Económica Europea.

A su vez se motiva la regularización fiscal efectuada por D. Rafael insistiendo en que fue esta importante operación bursátil el origen de los capitales aflorados en 2010, unida a los intereses generados por los capitales obtenidos de la venta de las acciones.

Documentación presentada: Se aporta copia de las declaraciones complementarias presentadas por el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (IRPF) e impuesto sobre el patrimonio (IP).

Como justificación de los capitales aflorados y ocultados tanto a la Hacienda Pública como al Banco de España, D. Rafael ha aportado diversos escritos y declaraciones de inversiones al Banco de España donde valora los activos detentados en Suiza a 31 de diciembre de cada año de forma consecutiva desde el año 1992 hasta 2009. A requerimiento del Banco de España ha aportado documentación adicional sobre estas cuentas extranjeras informando sobre la evolución de su patrimonio con carácter mensual, aunque solo desde 2007.

Por cada uno de los ejercicios regularizados el contribuyente presenta dos o tres declaraciones complementarias (para los ejercicios 2004 y 2008 presenta dos declaraciones complementarias por cada uno de los impuestos

regularizados y para los ejercicios 2005, 2006 y 2007 tres) incorporando elementos patrimoniales o rentas obtenidas en las siguientes entidades financieras suizas: Credit Suisse, Unión de Bancos Suizos (UBS) e Hiposwiss.

Como justificación de la ocultación realizada al Banco de España (D. Rafael debía haber comunicado el importe del líquido detentado en cuentas extranjeras) el contribuyente manifiesta que se debió al hecho de haber recibido amenazas de la banda terrorista ETA o temer ser objeto de extorsiones u otros delitos por parte de esta organización criminal.

Examen de los elementos patrimoniales regularizados en sus declaraciones complementarias por el Impuesto sobre el Patrimonio.

Teniendo en cuenta las tres declaraciones complementarias presentadas en cada ejercicio fiscal regularizado, el contribuyente ha afluado los siguientes elementos patrimoniales (se incluyen únicamente los bienes añadidos a las declaraciones ordinarias): Los elementos regularizados corresponde exclusivamente a fondos líquidos, valores y deudas ostentadas frente a entidades financieras suizas y detentados en esa jurisdicción. Respecto de los valores se distingue entre los cotizados y no cotizados. Se desglosa de esta forma lo detentado en tres entidades financieras: Credit Suisse, UBS e Hiposwiss.

Es importante destacar que el contribuyente no informa ni en estas declaraciones complementarias ni en documentación adicional sobre los concretos elementos detentados, como pueden ser el número de la cuenta, el nombre de valor detentado y números de títulos.

Por lo que se refiere a las declaraciones complementarias presentadas por el IRPF las rentas afluadas se corresponden a las siguientes categorías:

- Rentas de capital mobiliario derivadas de intereses de cuentas y depósitos financieros.

- Rentas de capital mobiliario derivadas de dividendos y participaciones en el capital de entidades.

- Ganancias Patrimoniales derivadas de la transmisión de títulos cotizados o no en mercados organizados.

Nuevamente el contribuyente no identifica el nombre de las cuentas o de los valores cuya enajenación da lugar a las rentas.

En el informe de la Agencia Tributaria de fecha 4 de agosto de 2011 se impugna la documentación presentada por D.

Rafael, en los siguientes términos: "Informe en relación con la documentación presentada por Don Rafael con R.E. en el TSJM 1558/2011 de 1 de julio de 2011.

Con fecha 1 de julio de 2011 han sido presentadas por la representación procesal de Don Rafael alegaciones en las que se califica el informe de la AEAT, realizado en el marco del Auxilio Judicial que se está prestando en las Diligencias Previas 1/09 del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de impropio, parcial e inaceptable, a la par de realizar las siguientes consideraciones sobre el fondo del asunto (la imputación de Don Rafael en las O.P.1/09):

1. Don Rafael, mediante la presentación de las oportunas declaraciones liquidaciones complementarias, ha procedido a llevar a cabo una regularización completa y veraz de sus obligaciones fiscales por el IRPF y el Impuesto sobre el Patrimonio de los ejercicios 2004 a 2008.

Con esta aseveración se contesta a las conclusiones del Informe de la AEAT sobre que no se consideraba que se hubiera efectuado, en las declaraciones complementarias, una declaración veraz y completa de los hechos imposables omitidos en las declaraciones originarias.

En esas declaraciones complementarias se recogían términos vagos como "valores depositados en Credit Suisse" y otros que no permitían conocer si la regularización efectuada era completa o no. Tales términos, que ni siquiera son suficientes para considerar correcta una declaración tributaria ordinaria, mucho menos pueden cumplir los requisitos para que se pueda considerar aplicable la excusa absolutoria del artículo 305.4 del Código Penal.

Como se puede apreciar en el certificado emitido por BANIF, muchas declaraciones complementarias comportan ingresos superiores a 120.000 € lo que significa que Don Rafael habría sido presunto autor de un delito contra la Hacienda Pública cometido al día siguiente de finalización del plazo de ingreso en voluntaria de sus declaraciones originarias. Por ello, para enervar ese delito consumado el apartado cuarto del artículo 305 del C.P. impone la realización de una regularización espontánea, veraz y completa de los elementos determinantes de la obligación tributaria (véase la doctrina consolidada de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, citada en el informe anterior). Por tanto, los deberes de información son mayores ahora que se ha cometido un injusto de tipo penal, como las complementarias reconocen (al declarar una deuda superior a 120.000 E).

Como acabamos de decir, la aplicación de la excusa absolutoria del artículo 305.4 del CP exige que la regularización realizada por el contribuyente sea completa, tanto en términos de pago de las deudas, como en términos de aportación de todos los datos necesarios para que el Tribunal Penal (puesto que es éste quien debe dictaminar si hayo no excusa absolutoria, y no la Agencia Tributaria ni el contribuyente) pueda determinar de forma exacta la deuda tributaria (y pueda examinar si el contribuyente liquidó correctamente). Pues bien, si al Tribunal no se le dan datos (porque las declaraciones ordinarias y complementarias son incompletas, como ha ocurrido en este caso a nuestra opinión) es imposible determinar si se regularizó o no correctamente.

Consideramos que, puesto que hay un delito consumado, ahora no sirven meras declaraciones tributarias extemporáneas que ni siquiera incorporan la totalidad de los datos exigidos por la normativa fiscal vigente para las declaraciones ordinarias. La aplicación de la excusa absolutoria impone un plus de información para que el Tribunal Penal pueda considerar o no aplicable el artículo 305.4 CP. Por eso propusimos al Ilmo. Sr. Magistrado Instructor que solicitara un mayor desglose y documentación original de la titularidad de cuentas abiertas en el extranjero por Don Rafael así como sus extractos.

Pues bien, consideramos que la nueva documentación aportada por Don Rafael sigue adoleciendo de un carácter parcial, incompatible con su reconocimiento como una regularización completa, y ello por los siguientes motivos:

- La información bancaria aportada de las entidades financieras helvéticas (UBS, CREDIT SUISSE, HYPOSWISS Y ROTHSCHILD) identifica el número de cuenta y el código de cliente, pero no identifica el nombre o razón social del titular. No se puede saber si ese código pertenece a don Rafael. Lo correcto sería que en los resúmenes que se aportaran figurara el nombre de la persona física o jurídica, que contrató la operación bancaria. Que no se aporten esos datos nos hace sospechar que quizá esas cuentas aparecen abiertas a nombre de una persona jurídica respecto de la que Don Rafael ostentará el control. Respecto de otros investigados en esta causa (Pablo, Francisco, Ramón) sus cuentas en Credit Suisse aparecían abiertas a nombre de sociedades panameñas instrumentales gestionadas por "Trusts" (término anglosajón equivalente al contrato de fiducia del derecho continental europeo).

Por ello, en el caso de que pasara lo mismo, y las cuentas abiertas en esas entidades financieras aparecieran a nombre de sociedades instrumentales, Don Rafael debería aportar los contratos de apertura de las cuentas con los formularios exigibles en Suiza, uno de los cuales es la identificación del beneficiario efectivo de las cuentas. También sería conveniente que aportara el formulario por el que el cliente informa al banco sobre el origen o fuente de sus rentas a efectos del cumplimiento de la normativa ant blanqueo (documentación KYC, esto es, Know your client¹).

- Respecto del Banco ROTHSCHILD la documentación aportada es todavía menor (véase doc. N. 15 pago 151 del pdf). En este caso no se aporta ni siquiera el número o titular de la cuenta.

- No se han aportado los extractos de las cuentas, solo resúmenes a una fecha concreta o certificados de operaciones sobre títulos valores. Ello provoca que no se pueda determinar si los elementos patrimoniales declarados en las complementarias proceden o no de rentas que hayan tributado en IRPF. La ausencia de estos extractos implica que no se pueda determinar la veracidad de que el origen de los capitales ostentados en Suiza derive del beneficio

obtenido en la venta de acciones de la sociedad IB-MEI en la década de los 80. Si tal aseveración fuera correcta D. Rafael no tendría ningún obstáculo para aportarlos, es más sería su mejor defensa puesto que ello probaría que los capitales aflorados en las declaraciones complementarias de patrimonio provendrían de periodos prescritos y no supondrían la obtención de ninguna renta en IRPF en concepto de incrementos no justificados de patrimonio.

Con todo reconocemos que la documentación aportada es relevante y da muestras de un comportamiento activo del investigado en aras de aclarar las rentas y patrimonio declarados en las complementarias.

Adicionalmente, debemos destacar la sinceridad y colaboración manifestada por D. Rafael en su declaración judicial del pasado tres de marzo de 2011. Este hecho contrasta con el de otros investigados que se han negado a declarar (haciendo uso de su derecho constitucionalmente protegido) o de quienes realizaron declaraciones vagas e imprecisas.

Por otra parte, respecto de las consideraciones referentes al pago de las declaraciones complementarias, sus recargos e intereses en el sentido de la necesidad de acreditar que se han satisfecho todas las deudas tributarias para considerar que es aplicable la excusa absolutoria del artículo 305.4 del Código Penal, creemos que no hay obstáculo en considerar que se ha cumplido correctamente con este imperativo puesto que no hay motivos para considerar que los recargos e intereses pendientes no se van a satisfacer.

Destacar, por último, el comportamiento positivo de D. Rafael de regularizar su situación fiscal, que le ha supuesto unos importantes desembolsos a la Hacienda Pública, circunstancia que contrasta con la de otros investigados en esta causa que no han efectuado regularización alguna.

2. Solicitud de un certificado negativo de titularidad de cuentas bancarias.

En nuestro informe anterior solicitamos de ese Ilmo. Sr. Magistrado Instructor que requiriera a D. Rafael certificación de que no es titular o mandatario o beneficiario económico de algún otra cuenta diferente a las por él informadas para el periodo 2002 en adelante.

El Sr. Letrado considera improcedente tal prueba porque se trataría de una prueba diabólica (hecho negativo) porque no puede ir a todas las entidades bancarias del mundo a que certifiquen la no titularidad de cuentas bancarias.

Sin embargo, en nuestro informe no solicitamos tales certificaciones bancarias negativas, sino únicamente una, firmada por D. Rafael, de que no tiene otras cuentas diferentes a las declaradas. No se trata de una prueba en absoluto diabólica y su procedencia deriva de que al existir en Suiza estricto secreto bancario D. Rafael puede haber escogido, a su conveniencia, las cuentas que quiere declarar. Si hubiera aportado los extractos podríamos saber o no si hay otras (en el caso de que hubiera movimientos cruzados entre ellas) pero como eso no ha sido realizado, no podemos saber si tiene o no otras cuentas.

Obviamente él si lo sabe. En cualquier caso, es su decisión aportarlas o no puesto que ello podría afectar a su derecho de defensa constitucionalmente protegido, que en ningún modo pretendemos menoscabar.

3. Solicitud de información del ejercicio 2002.

Tiene toda la razón la defensa de que el ejercicio 2002 está prescrito desde el punto de vista administrativo y penal. Ahora bien, en el Sumario consta su hijo (responsable de la contabilidad y también administrador de SUFI) realizando un pago de 157.800 € el día 30/5/2002 a la Trama PC (véase la Carpeta Azul encontrada en el R-16, folio 122, y el archivo CAJA X PC encontrado en la Memoria externa en poder de José Luis).

Por cierto, su hijo no es un "mensajero" cualquiera llevando sobres, es en 2002, según datos de la BDC de la AEAT, el Administrador de 20 Uniones Temporales de Empresa en las que participa SUFI, aparte de ser el máximo responsable de la contabilidad del grupo, donde debiera haber figurado ese pago.

Por otra parte, también en la Carpeta Azul consta la posible entrega por parte de alguna persona vinculada a SUFI de 700.000 € (de una entrega total de 1.238.085 € (R-16, FOLIO263, 270). El pago supuestamente se habría

realizado a cuentas de PC abiertas en Suiza a nombre de AWBERRY LICENSE y PACSA, y en Estados Unidos a nombre de HILGART INVESTMENTS. Consta en R-16-E02 que el dinero llegó a Estados Unidos (para la realización de inversiones inmobiliarias por parte de PC) a primeros de enero de 2003.

Creemos que a Don Rafael o a don Gonzalo simplemente le dieron unos números de cuenta (de Suiza) donde debían realizar el pago y ellos no son responsables de que luego llegue a Estados Unidos de una forma irregular. Eso, evidentemente, no depende de ellos. Ahora bien, Rafael ha reconocido que ese pago se efectuó con fondos que tenía en Suiza, si bien no sabemos si los fondos son suyos, de su hijo Gonzalo (también imputado), de la propia SUFI, o de cualquier otra persona. Su hijo Gonzalo está imputado desde el 22/4/2009 por lo que estaría abierto penalmente el ejercicio 2003 cuando (en 2002 o en 2003) se habría realizado un pago de más de un millón de euros con fondos no declarados fiscalmente. En el caso de que esos fondos provinieran del ejercicio 2002, no habría ninguna duda de que las posibles rentas por la ocultación de los capitales estarían prescritas desde el punto de vista del delito contra la Hacienda Pública tanto para el padre (cuyo primer ejercicio no prescrito sería el 2004) como para el hijo (primer ejercicio no prescrito 2003).

En cambio, para la investigación de otros posibles delitos sí que es relevante el análisis de los movimientos bancarios de las cuentas en Suiza tanto de Don Rafael como de Don Gonzalo del ejercicio 2002. No basta con disponer de los saldos mensuales o anuales.

Téngase en cuenta que no disponemos todavía de los extractos bancarios de las cuentas suizas de AWBERRY LICENSE y PACSA, donde muy presumiblemente se habrán ingresado rentas de origen irregular de la TRAMA PC precisamente en esos años.

4. Sobre la irregularidad de los pagos satisfechos a la Trama PC. Es evidente, que la realización de unos pagos desde una cuenta personal de Rafael en Suiza a unas cuentas innominadas de unas empresas desconocidas, también en Suiza, por unos servicios cuyo pagador no sabe si se han prestado (porque tal extremo debe ser controlado por el Ayuntamiento, receptor y beneficiario de los mismos) son absolutamente irregulares. Esos pagos deberían constar en la contabilidad de SUFI bien como salidas de fondos de alguna de sus cuentas

bien reconociendo una deuda frente a Rafael por haber realizado éste un pago que corresponde a la sociedad.

Sin haber visto la contabilidad de SUFI nos aventuramos a opinar que no figurarán. ¿Por qué entonces un gasto que debiera ser transparente por estar entre las cláusulas del concurso, la asunción del coste de las campañas de concienciación, es satisfecho de forma tan opaca? Es evidente, que todo le debía resultar muy irregular a Don Rafael y don Gonzalo pero no se les puede, a nuestro juicio, exigir su denuncia porque eso supondría la ruina cierta de SUFI o, como sinceramente destaca don Rafael, el suicidio económico de la empresa.

Al menos por lo que se refiere al concurso de Moratalaz, existían unas tarifas claras sobre los importes a pagar, lo que demuestra que la Trama PC les "impuso" ese pago y no fueron ellos los que lo propusieron u ofertaron. Muy probablemente, es algo a lo se vieron obligados a realizar si querían tener alguna posibilidad de ser adjudicatarios del concurso.

CUARTO.- En el certificado médico que se aporta, en principio no es suficiente para estimar incapacidad de D. Rafael, sin perjuicio de que se practique prueba más detallada sobre este extremo.

En el certificado médico se señala en lo relativo a las relaciones interpersonales que no indica conflictos en el entorno laboral, hay escasas relaciones sociales a lo largo de su trayectoria biográfica. En la actualidad refiere que no frecuenta demasiado a sus amigos. Buena relación con su mujer y sus hijos.

La exploración psicopatológica refleja que el informado se muestra lúcido, abordable y colaborador. Presenta una actitud respetuosa y se objetiva cierta inhibición psicomotriz.

Respecto al lenguaje este no sufre alteración alguna y es coherente. Su actitud es espontánea de acuerdo a la entrevista. Tono de voz bajo. Es capaz de encontrar las palabras adecuadas para transmitirnos la información.

Mantiene correctamente la atención durante toda la entrevista y sigue adecuadamente su discurso.

QUINTO.- Aunque D. Rafael invoca el artículo 305 del Código Penal y solicita la declaración de sobreseimiento motivado por la presentación y pago de las declaraciones complementarias por el IRPF e IP de los periodos 2004 a 2008, la regularización fiscal efectuada no le permite sobreseer provisionalmente sino que debe acreditar los requisitos que exige el Código Penal para la aplicación de la excusa absolutoria prevista en el artículo 305 del Código Penal.

La jurisprudencia declara en relación con la excusa absolutoria prevista en el artículo 305 del Código Penal que regularizar significa satisfacción del impuesto impagado. Regularizar es poner en orden algo que así queda ajustado a la regla por la que se debe regir. Si una persona defrauda a la Hacienda Pública eludiendo el pago de un impuesto, su situación tributaria sólo queda regularizada cuando, reconociendo la defraudación, satisface el impuesto eludido, no pudiendo decirse que ha regularizado su situación por el mero hecho de que, años después de realizarla, reconozca la defraudación -a ello equivale la presentación de la declaración complementaria cuando la misma, por otra parte, ya ha sido puesta de manifiesto por la actividad inspectora de la Administración (STS 539/03, 30-4).

Esta regularización prevista como excusa absolutoria tiene por finalidad el favorecimiento o promoción del pago voluntario, inserto en las razones de utilidad que subyacen en toda excusa absolutoria (STS 751/03, 28-11).

Por todo ello procede declarar que no ha lugar al sobreseimiento provisional, ni tampoco al sobreseimiento libre, de D. Rafael. Tampoco procede el sobreseimiento del hijo, D. Gonzalo, por las razones que se apuntan en el auto en que se tramita la pretensión de sobreseimiento de este.

El cumplimiento de cada uno de los requisitos de la excusa absolutoria debe realizarse en el proceso, aunque D. Rafael cumplió algún requisito importante de la excusa absolutoria.

El ingreso de importantes cantidades se ha cumplido, por lo que a lo largo del proceso debe acreditarse el cumplimiento de los requisitos todavía por cumplir.

SEXTO.- El sobreseimiento puede acordarse en cualquier momento de la instrucción. De hecho, han sido resueltos más de treinta y dos sobreseimientos, unos favorables y otros desfavorables para las partes, habiéndose solicitado por alguna persona varios sobreseimientos, por lo que no es extemporáneo tramitar los autos de sobreseimiento tanto libres como provisionales.

SÉPTIMO.- El origen etimológico de la palabra sobreseimiento se encuentra en el verbo latino “supersedeo”, compuesto de la partícula “super” y de “sedeo” que significa sentarse. El verbo latino “supersedere” tiene múltiples significados desde estar encima de algo, posarse, asentarse, cesar, sobreseer, levantar mano, suprimir, dejar y desistir. Derivadamente se utilizaba en el sentido de abstenerse de algo, suspender, paralizar. Los significados más frecuentes en Derecho son el de sobreseer, cesar y paralizar.

Los términos desistir y abstenerse tienen un significado jurídico y específico en Derecho, que no resultan subsumibles en el sobreseimiento, aunque pueda coincidir algún efecto común. En Derecho inglés se utilizó el vocablo “supersedeas”, aunque modernamente se emplea el sintagma “stay in proceedings” para indicar la suspensión o paralización, tanto provisional como definitiva. En Derecho francés se utilizó el vocablo técnico jurídico “surseoir”, de ahí también, “sursis”. En Italia, surgió la sentencia di “proscigliamento” para hacer referencia al sobreseimiento de la causa.

OCTAVO.- En el Código procesal penal italiano vigente se regula la opción del juez de abrir el proceso oral o dictar una sentencia di non luogo a procedere. En todos los ordenamientos se trata de una resolución de suspensión o paralización, que se traduce en un “no ha lugar a proceder o acusar”. En el Derecho Penal Romano, de la etapa republicana, las funciones jurisdiccionales que hasta entonces habían correspondido al Monarca, se atribuyeron al Magistrado, que podía sobreseer y cesar en la causa en cualquier momento, teniendo competencia también para renovarla.

La doctrina mas autorizada interpreta que la legislación romana no señalaba ninguna forma fija para la terminación y apertura del juicio. La cognición no

consentía, por su propia naturaleza, que se diese una solución tal, que impidiese abrir de nuevo el mismo proceso. El interrogatorio del inculpado debió constituir el punto central del procedimiento primitivo, por cuanto ningún interrogado podía negarse a contestar al Magistrado, que le formulase preguntas.

La raíz latina reflejada en el antecedente del juramento de “sibi non liquere” pasa al español en 1490, significando dejación, abstención, cesación, paralización o suspensión. Se vincula, desde luego, a la “absolución en la instancia” e instituciones próximas en el Derecho comparado, como el inglés “Warrant de nolle prosequi”. En cualquier caso, la raíz terminológica explica el efecto de sobreseer, cesar, suspender, paralizar, pero no la duración (temporal, definitiva) ni las causas (por razones materiales o procesales, por motivos de admisibilidad o de fundabilidad).

En el Derecho francés para describir el sobreseimiento se utilizó el término “non lieu”. Esta expresión francesa es la abreviación de la frase curialesca: “auto o resolución de que no ha lugar a proceder”. Se trata de una resolución de cierre en virtud de la cual el juez instructor declara que no hay lugar a continuar la instrucción contra un inculpado, bien porque los hechos no quedan comprendidos en la tipificación de la ley penal o porque los cargos formulados contra el acusado no son suficientes para ser castigado.

NOVENO.- Inicialmente la sentencia sólo podía dar lugar a la absolución del acusado o a la condena. Sin embargo, en el Derecho Romano surgió una tercera alternativa, la decisión de non liquet, que entrañaba la posibilidad de investigar o decidir el asunto en un momento posterior, pudiendo volver a enjuiciar el asunto mediante la “ampliatio”, que fue el antecedente de la absolución en la instancia.

La decisión de non liquet fue utilizada por los jurados cuando estimaba que existía alguna posibilidad de investigar y decidir el asunto en un momento posterior, pudiendo volver a enjuiciar el asunto mediante la ampliatio. La práctica de pronunciar un veredicto de non liquet y de interesar luego la ampliatio se hizo tan frecuente y habitual que tuvo que restringirse por ley a dos el número de reaperturas.

El moderno Derecho procesal italiano e incluso el Derecho francés se inspira en la regulación alemana, recogiendo la figura jurídica del archivo, tratando de sustituir la denominación y contenido del sobreseimiento y admitiendo prudencialmente la reapertura de la causa, ya que el archivo no produce efectos de cosa juzgada sino que puede acordarse la reapertura de la causa cuando se trata de una cosa juzgada limitada o condicionada.

DÉCIMO.- La figura, con esa terminología, del sobreseimiento provisional es fundamentalmente de raíz española. El término sobreseimiento en el proceso penal aparece recogido por primera vez en un texto legal en el art. 51.4 del Reglamento Provisional para la Administración de Justicia de 26 de septiembre de 1835. El motivo por el que se introdujo esta figura jurídica en nuestro sistema penal respondió a razones de economía, celeridad y eficacia procesal, con la finalidad de conseguir la pronta terminación de las causas y evitar la aglomeración de diligencias poco útiles y dispendiosas.

Cabía acordar el sobreseimiento en cualquier estado de la causa en que resultase ser inocente. El precitado Reglamento de 26 de septiembre de 1835 no plasmó, expresamente, la diferencia entre los distintos tipos de sobreseimiento, regulando los motivos con un tratamiento legal conjunto. Dentro de la figura del sobreseimiento se comprendían todos los casos de inexistencia del delito e incluso los de insuficiencia probatoria. Estos últimos daban lugar al denominado “sobreseimiento sin perjuicio”.

Se trataba de una cláusula preventiva que se incluía en el Auto de sobreseimiento, que declaraba “por ahora y sin perjuicio de continuarla si aparecen nuevos motivos para ello”. Se dejaba la causa abierta, lo cual es susceptible de crítica por la clara infracción que ello supone de los principios de legalidad y seguridad jurídica.

La Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1872 reguló expresamente el sobreseimiento provisional cuando se cometiese un delito y no hubiere ninguna indicación de sus autores cómplices o encubridores. La vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal de 14 de septiembre de 1882 reguló con mayor detenimiento la distinción entre sobreseimiento libre y provisional.

La doctrina y la jurisprudencia sistematizaron los siguientes motivos que dan lugar al sobreseimiento:

- a) Inexistencia del hecho.
- b) Falta de tipicidad fáctico-jurídica.
- c) Concurrencia de causa de inimputabilidad.
- d) Insuficiencia de prueba sobre el hecho punible.
- e) Falta de prueba suficiente y bastante para poder acusar al sujeto penal. Los dos últimos motivos daban lugar el sobreseimiento provisional.

El tratamiento que la Ley de Enjuiciamiento Criminal vigente de 1882 dio al sobreseimiento fue deficiente lo que provocó en la práctica inseguridad jurídica y dio lugar a numerosas críticas desde su aprobación hasta el momento presente. No deja de resultar sintomático que el Código Penal de la Nación Argentina, inspirado en muchos aspectos en la Codificación española, (en la Ley de 1872), prescindiese de la figura del sobreseimiento provisional.

En el Derecho Comparado se ha admitido el archivo de las actuaciones en fase de instrucción de forma menos rígida y más flexible que en el Derecho español. En el Derecho procesal penal alemán el proceso se estructura en torno a tres fases: una fase de instrucción (Ermittlungsverfahren), una fase intermedia (Zwischenverfahren) y, por último, la fase de juicio oral (denominada Hauptverfahren o procedimiento principal). En Alemania la fase de instrucción (Ermittlungsverfahren) se inicia una vez que puesto en conocimiento del Fiscal la comisión de un hecho delictivo, exista al menos una simple sospecha social o un cierto grado de probabilidad de que la conducta sea típica.

La mayoría de los casos en la fase de instrucción no terminan con el ejercicio de la acusación sino con el archivo de las actuaciones.

Los motivos de archivo son cuatro:

a) Concurrencia de algún óbice procesal, por ejemplo la prescripción del delito.

b) Casos en que se aprecia que el hecho no es constitutivo de delito o concurren causas de justificación eximente o ausencia de culpa.

c) Cuando no esté suficientemente acreditado la comisión del hecho.

d) Cuando no se haya podido demostrar ni la realización del hecho, ni la culpabilidad del acusado.

El Ordenamiento jurídico procesal penal italiano se encuentra estructurado en tres fases:

1. Fase inicial (indagaciones preliminares.

2.- Audiencia preliminar).

2. Fase del juicio.

3. Fase decisoria.

El Código de Procedimiento Penal Italiano de 1989 se inspira en la Codificación alemana reformada y distingue en la fase inicial dos momentos: el de la investigación preliminar y, eventualmente, un segundo momento procesal en el que se celebra una audiencia preliminar, para determinar si debe celebrarse o no el juicio oral.

UNDÉCIMO.- El archivo puede acordarse: Cuando la noticia sea infundada
Cuando falta alguna condición de procedibilidad Cuando el delito esté
extinguido Cuando el hecho no esté tipificado en la Ley como delito Cuando se
desconozca el autor del delito Cuando el acusado no hubiere cometido el delito
Cuando el acusado no fuere imputable Concluidas las indagaciones
preliminares la Codificación procesal penal italiana prevé la apertura de una
fase denominada de audiencia preliminar, posterior a las investigaciones
preliminares y anterior al inicio del juicio, que es renunciable para el imputado,
siempre que pida la celebración de juicio inmediato.

Finalizada la audiencia el Juez debe decidir si procede abrir el juicio oral o
dictar una sentencia de “non luogo a procedere”, esto es, el sobreseimiento de
la causa. El Código procesal penal italiano prevé que la resolución de no
proceder (o sobreseimiento), resulta admisible los casos siguientes: En primer
lugar, cuando subsista una causa que extinga el delito o por la cual la acción
penal no debiera ser ejercitada o no debiera ser proseguida; en segundo lugar,
cuando el hecho no estuviera previsto en la ley como delito; en tercer lugar,
cuando el hecho no subsistiera o no constituyera delito; en cuarto el imputado
no lo hubiere cometido; y, por último, cuando la persona no fuere imputable.

En el ordenamiento jurídico procesal italiano finalizada la audiencia el juez
debe decidir si procede abrir el juicio oral o dicta una sentencia de no ha lugar a
proceder, es decir, de sobreseer.

El art. 425 del Código Procesal Penal italiano de 1989 dispone “si subsiste una
causa que extinga el delito o por la cual la acción no deba ser iniciada o no
deba ser proseguida, si el hecho no está previsto por la ley como delito o bien
cuando resulta evidente que el hecho no subsiste o que el imputado no lo ha
cometido o que el hecho no constituye delito o que se trata de una persona no
imputable o no punible por cualquier otra causa el juez pronuncia Sentencia de
no ha lugar a proceder, indicando la causa”.

En el Derecho Francés también se producen peculiaridades en el inicio del
proceso y en la fase de instrucción en relación con el sobreseimiento.

El legislador francés en el Siglo XIX se inspiró en los principios de la
Revolución Francesa elaborando el Código de Instrucción Criminal de 1808,

superando las graves perversiones del Sistema del Antiguo Régimen, profesionalizando la Magistratura y distinguiendo las diversas fases del proceso, potenciando la figura del Juez de Instrucción.

El Código de Procedimiento Penal vigente, aprobado por la Ley 57-1426, de 31 de diciembre de 1957, sigue manteniendo el sistema mixto del Código de Instrucción Criminal de 1808. En el Código de Procedimiento Penal vigente al igual que en el Alemán; el Italiano refleja una potenciación de las funciones del Ministerio Fiscal, debido a la inspiración del sistema anglosajón.

El proceso penal francés se inicia a partir de una denuncia o una querrela, el Ministerio Fiscal deberá decidir si ejerce la acción pública (*poursuite*) o si archiva la causa (una vez dictado el *classement sans suite*). Puede adoptar su decisión conforme -según observa la doctrina especializada-, fundamentalmente, a dos criterios:

a) Legalidad. Tendrá que examinar si, conforme a la ley, procede o no iniciar el proceso y, en concreto, si existen obstáculos legales que se opongan al mismo (tanto por razones jurídicas -cosa juzgada, prescripción del delito, etc.- como fácticas). Si está convencido de que se ha cometido una infracción y de que su persecución penal es posible, está obligado a poner en movimiento la acción pública.

b) Oportunidad. En segundo lugar, deberá tener en cuenta si procede archivar el proceso conforme a razones de oportunidad. La introducción de éste criterio en la legislación francesa -consagrado en el art.40 CPPfr- es bastante reciente; sin embargo, a diferencia de lo que ocurre en otros países de nuestro entorno cultural, el legislador galo ha limitado su margen de actuación al momento anterior al ejercicio de la acción penal.

Cualquiera que sea la razón que motive el archivo, se trata de una decisión de naturaleza administrativa y de carácter provisional, por lo que lógicamente carece de eficacia de cosa juzgada.

Es decir, el legislador francés ha potenciado el archivo administrativo, negándole eficacia de cosa juzgada.

En relación con la fase de instrucción cabe distinguir a su vez dos subfases: la *saisine du juge* y la *clôture* de la instrucción. Solo podrá abrirse el juicio oral cuando aparezca como probable la posibilidad de que los hechos se hayan cometido y que tengan naturaleza delictiva. Ello supone que para que se puedan apreciar indicios suficientes, no basta la mera sospecha, sino que tiene que concurrir una probabilidad considerable de culpabilidad.

El juez de instrucción puede adoptar una de las dos resoluciones siguientes: Si aprecia la suficiencia del material instructor, de tal forma que la acusación sea sostenible, deberá ordenar el traslado de la causa al Tribunal competente para el juicio -art.179 Código de Procedimiento Penal Francés-.

Por el contrario, cuando no concorra prueba suficiente (*charges suffisantes*), deberá proceder a acordar una resolución de sobreseimiento (*ordonnance de non lieu*) -art. 177 Código de Procedimiento Penal Francés-.

En cuanto al sobreseimiento se puede adoptar la resolución relativa al mismo en dos momentos. No solo puede adoptar una decisión de esta naturaleza el juez de instrucción -ex art. 177 CPPfr-, sino que también puede corresponder a las *Chambres d'Acussation* -ex art. 212.1 Código de Procedimiento Penal Francés-.

El sobreseimiento (*ordonnance de non-lieu*) procede en todo caso cuando el material probatorio resultante de las actividades instructoras no se considere suficiente para abrir el juicio. Dos son los motivos que pueden dar lugar a esta resolución: motivos jurídicos, que se aprecian cuando exista algún obstáculo legal a la persecución del hecho delictivo, como, por ejemplo, la prescripción del delito o la presencia de una causa justificativa o de inimputabilidad y, en segundo lugar, motivos fácticos, entre los que debe contemplarse los casos en que el autor del delito sea desconocido o cuando no exista prueba suficiente de la comisión del mismo (art. 177 Código de Procedimiento Penal Francés).

El Derecho Francés admite la posibilidad de reapertura de la causa cuando concurren nuevos cargos (*nouvelles charges*). Existe una notoria semejanza con la revisión penal.

Con referencia al proceso penal inglés la policía históricamente ha tenido una extraordinaria importancia en el sistema de enjuiciamiento penal, teniendo competencia no solo en el ámbito de investigación de los delitos sino también en lo relativo al ejercicio de la acusación.

El Crown Prosecution Service, (en adelante CPS), como observa la doctrina especializada, está presidido por una idea esencial, puesto que la decisión de perseguir a una persona acarrea consecuencias severas, es necesario para el mantenimiento de la legalidad y el orden, que las acusaciones que se sostengan sean justas y eficaces.

Dos son las tareas básicas de este órgano: asegurar que el proceso se dirija contra la persona adecuada por el delito correcto y, en segundo lugar, garantizar que todos los hechos que puedan ser relevantes sean puestos en conocimiento del tribunal. Para ello el CPS lleva a cabo dos actuaciones, como son la revisión del material proporcionado por la Policía y un doble examen sobre la virtualidad de los hechos para decretar o no la apertura del juicio oral.

La revisión permite al Fiscal (Prosecutor) decidir si va a acusar o no al sujeto contra el que se dirigen las averiguaciones y en virtud de qué delito. Si su criterio difiere del sostenido por el órgano investigador, puede resultar conveniente que el CPS se lo comunique a la Policía, que podrá aportar nuevas informaciones que le faciliten la decisión del Prosecutor.

En segundo lugar, se someten los hechos a un doble examen (test sobre los indicios y test sobre el interés público del asunto), que inexorablemente deben superarse para que pueda continuar el proceso.

El criterio hermenéutico a seguir es que no debe ejercitarse acusación salvo que concurra una “probabilidad razonable de condena”.

La doctrina especializada sintetiza en cuatro puntos los criterios codificados que determinan la virtualidad de los indicios existentes: En primer lugar se exige que los Crown Prosecutors estén convencidos de que de los indicios se

deriva una probabilidad “realista” de condena, es decir, que aparezca como más probable la condena del acusado que su absolución.

En segundo lugar, se establece que ese examen sobre la probabilidad es un test objetivo, objetividad que ha venido interpretándose de dos formas distintas por la doctrina inglesa. Puede entenderse este examen como un pronóstico.

De este modo, la tarea del Fiscal consistirá en predecir la reacción del Tribunal ante los indicios presentados. Para ello tendrá en cuenta no sólo los datos estadísticos sobre el número de condenas dictadas en el Magistrate’s Court o en el Crown Court, sino también las posibles preferencias de los órganos judiciales locales a la hora de condenar por determinadas conductas en demérito de otras. Y, en segundo lugar, cabe aproximarse a los indicios tomando como base su “valor intrínseco” (intrinsic merits). En este caso, el Prosecutor debería juzgar la fuerza de los indicios y aplicar estrictamente la ley; y ejercer la acusación si hay indicios suficientes de criminalidad, aunque considere que lo más probable es que el tribunal termine el proceso con una sentencia de condena; y archivar si, a pesar de que considera probable que los Tribunales locales condenen al imputado, los indicios no son, en su opinión suficientes.

El CPS ha optado por este segundo criterio.

El tercer criterio que hay que tener en cuenta se refiere a la necesidad de que los indicios pueden ser de utilidad en el juicio. En este sentido deben excluirse los que se consideren inadecuados por haberse obtenido con violación de lo establecido en el Police and Criminal Evidence Act o los que sólo se sustentaren en la existencia de un rumor.

Por último, se requiere la fiabilidad de los indicios.

Superado este primer examen, deberá operarse un segundo test previo a la apertura del juicio oral: el del interés público.

En la redacción inicial del Código del CPS se sostenía que tan sólo debía ejercerse la acusación, si así lo exigía el interés público, conteniéndose únicamente factores desfavorables a la continuación del proceso. Esto dio lugar a que en los años 90 se procediera al archivo de muchos de los asuntos pendientes, situación que fue criticada por la doctrina y que dio lugar a la modificación del Código del CPS. En la redacción actual de 1994, se establece lo siguiente: cuando existan indicios bastantes para sostener la probabilidad de que el proceso termine con una sentencia de condena, deberá tenerse en cuenta el interés público.

Cuando los indicios no superen el evidence test o, superado éste, no exista un interés público en el ejercicio de la acusación, que el CPS tiene atribuido por el Prosecution of Offences Act el poder de archivar las actuaciones (power to discontinue). La decisión de no seguir adelante con el desarrollo del proceso será notificada al acusado. Por regla general, el Código del CPS entiende que este archivo cierra definitivamente el proceso, si bien se reconoce la posibilidad, amparada en razones excepcionales, de que se reabran las actuaciones.

El punto 10.2 del Código apunta tres posibles razones. La primera que se refiere a que, después de una nueva aproximación a la decisión inicial, se ponga de manifiesto que ésta fue errónea y que, por tanto, no debe mantenerse.

En segundo lugar, se contemplan los casos en que se suspenda el proceso, a la espera de que, como parece probable al CPS, se encuentren y recojan en breve nuevas pruebas sobre los hechos. En estos casos, el Procurador, en la misma notificación del archivo, debe informar al acusado de la posibilidad de que se reinicie el proceso.

El tercer motivo se refiere al descubrimiento de pruebas o indicios relevantes con posterioridad al archivo de un asunto por insuficiencia de indicios. Los asuntos están sometidos continuamente a revisión y cualquier nueva información que aparece es analizada meticulosamente para determinar si afecta o no a la decisión de ejercer la acusación.

En relación con Estados Unidos la doctrina especializada ha observado como el modelo penal norteamericano parte de un presupuesto distinto del que sirve de base en los países de la Europa continental. Como no todas las conductas delictivas se pueden investigar y perseguir, es necesario ser selectivo en la represión de los delitos. Distintos filtros sirven a esta tarea, permitiendo así un mejor empleo de los limitados recursos con que cuenta el Estado para hacer frente a una criminalidad cada vez más numerosa y compleja.

La metodología del conocimiento jurídico es absolutamente flexible, realista, razonable, concreta y se engloba en el derecho al proceso debido.

El primer filtro lo constituye, sin duda, la actuación de la Policía cuando decide si existen motivos suficientes (*probable cause*) para arrestar a un sujeto por la supuesta comisión de un delito. De hecho, aun concurriendo este presupuesto, en ocasiones la Policía, en contra de lo que tiene encomendado, opta por no arrestar al sujeto, porque es consciente de que en cuanto la causa llegue a manos del Fiscal, ésta la archivará. En todo caso, en un breve plazo tras la detención debe tener lugar la llamada comparecencia inicial ante el Magistrado más próximo al lugar de los hechos. Esta comparecencia cumple principalmente tres funciones: comunicar al sujeto los cargos que se le imputan, informarle de sus derechos y, finalmente, decidir sobre las medidas oportunas por lo que respecta a su libertad. El mayor peso de la investigación del delito recae en la Policía y sus agentes, quienes deberán dar traslado de sus conclusiones al Fiscal.

La actuación del Fiscal (Prosecutor) se configura como un segundo filtro en el proceso. En función del material probatorio obtenido en las investigaciones, deberá decidir si ejerce o no la acusación y, en caso afirmativo, en virtud de qué delito. Para tomar esta decisión no sólo deberá estar convencido de la concurrencia de suficiente motivos sobre la comisión del hecho y sobre la participación del sujeto afecto al proceso, de tal forma que se pueda sostener la acusación, sino que, además, en virtud del amplio poder discrecional que se le ha atribuido al Fiscal, podrá poner fin a aquellos procesos que revistan un interés menor o que presenten una mayor complejidad, optimizando los escasos recursos con los que cuenta la Fiscalía.

En caso de que opte por no ejercer la acusación, no queda en principio obligado a dar razón del porqué de una decisión que, además, normalmente no va a ser sometida a ningún control ulterior. Sin embargo, la decisión contraria sí

que deberá someterse a un nuevo filtro, bien ante el Grand Jury, bien mediante la celebración del Preliminary Hearing.

En lo relativo a la insuficiencia de indicios en la fase anterior al juicio (pretrial), la doctrina pone de relieve, como a diferencia de lo sucedido en los últimos años en Inglaterra, el control de la acusación ejercida por el Prosecutor continúa siendo esencial en el esquema de la fase inicial del proceso penal norteamericano. La determinación sobre la existencia o no de razones suficientes para la celebración del juicio (trial) tiene lugar, bien mediante una audiencia preliminar celebrada ante un Magistrado (Preliminary Hearing), bien ante el Gran Jurado (Grand Jury), e incluso, en contadas ocasiones, ante ambos.

El Preliminary Hearing, tradicionalmente en Estados Unidos ha desempeñado una función importante en la fase inicial del proceso penal como filtro de acusaciones infundadas. Gracias a su celebración se podían evitar serios perjuicios no sólo al imputado, sino también al acusador e incluso al Estado. Siempre que el acusado no haya renunciado a su celebración, tendrá lugar el Preliminary Hearing ante el mismo Tribunal ante quien se practicó la comparecencia inicial. El ejercicio de la acusación corresponderá al Fiscal. Se presentará todo el material probatorio, en cuya virtud el Magistrado podrá adoptar una de las siguientes decisiones: la continuación del proceso, si aprecia la existencia de razones suficientes abrir el juicio oral, su paralización, porque considere el Tribunal que las pruebas aportadas contra el acusado son insuficientes.

El Grand Jury históricamente ha venido desempeñando en Estados Unidos dos funciones muy importantes en la fase de pretrial: de un lado, la investigación de los hechos, contando con amplios poderes para desarrollar esta tarea y, por otro, el ejercicio de la labor de control o filtro de los hechos investigados de oficio o a instancia del Fiscal.

Pese a que la ejerce pocas veces, el Grand Jury está investido de la autoridad de rechazar un indictment, es decir, no dar su aprobación para que continúe el proceso (no bill). Para ello no debe resolver sobre la culpabilidad o la inocencia, sino que simplemente debe comprobar si concurren los presupuestos necesarios para que se celebre el juicio o trial.

Una vez examinado el material probatorio proveniente de la investigación inicial, los jurados deben decidir si optan por la paralización de la causa (no bill), pudiéndose motivar esa resolución en la insuficiencia de pruebas, o bien decretar el envío a juicio.

En conclusión, el Derecho Comparado nos pone de relieve la tendencia a utilizar el sobreseimiento e instituciones similares para evitar procesos penales inútiles, ineficaces, costosos, que provocan el atasco de la organización jurisdiccional, las demoras, dilaciones y la perversión del proceso, así como del principio justicia tardía no es justicia.

El Tribunal Supremo (Sentencias, entre otras, de 16 de febrero de 1995, 3 de febrero de 1998 y 15 de octubre de 1998 y Autos de 14 de octubre de 1998 y 25 de marzo de 1999) y un sector doctrinal venían también anudando efectos interinos a la otra resolución prevista en el precepto antes citado, pese a que se fundaba en el carácter no delictivo de los hechos. De esta forma, el silencio de la norma sobre el tipo de resolución que se debiera adoptar en este caso, se interpretaba como deseo del legislador de distinguir esta resolución, a la que no se anudaba fuerza de cosa juzgada material, de los autos de sobreseimiento libre, pese a la coincidencia en el motivo que les daba lugar. En consecuencia, el archivo era considerado como un tertium genus, a modo de resolución análoga al sobreseimiento provisional, si bien motivado por las causas del libre.

La doctrina especializada llegó a mantener como técnica procesal correcta, que no debería hablarse de sobreseimiento provisional, sino simplemente de archivo provisional.

Sin embargo, la interpretación no dejaba de ser discutible -en opinión de otro sector doctrinal-, que argumentaba que lo lógico sería que, como ocurre en el proceso penal ordinario respecto de los hechos alegados en la querrela (art. 313 LECr), si durante la instrucción se estimare que el hecho no constituye delito, el proceso terminara definitivamente. De hecho, el Tribunal Constitucional ha reconocido en reiteradas ocasiones la virtualidad de estas resoluciones para poner fin anticipado al proceso, incluso antes de la fase intermedia, sin que esto suponga vulnerar la tutela judicial efectiva en cuanto derecho a una respuesta de los órganos judiciales sobre la cuestión debatida; así en la STC 351/1993, de 29 de noviembre, se afirma que: "Según doctrina reiterada del Tribunal Constitucional, la decisión judicial de archivar unas diligencias previas, por estimar que los hechos objeto del proceso no son

constitutivos de infracción penal, no es en sí misma lesiva del derecho a la tutela judicial efectiva, ya que éste no otorga a sus titulares un derecho incondicionado a la plena sustanciación del proceso sino que es compatible con un pronunciamiento motivado del órgano judicial en fase instructora que le ponga término anticipadamente, siempre que el órgano judicial entienda razonadamente que los hechos imputados carecen de ilicitud penal” (fj 2º; en igual sentido, SSTC 203/1989, de 4 de diciembre y 36/1989, de 14 de febrero). Tomando esto en consideración, no resultaba descabellado pensar que el legislador no hacía mención expresa de la resolución concreta que debía dictarse, pues entendía que la simple mención del motivo del art. 637.2 LECr, daría lugar a que se dictara un auto de sobreseimiento libre. En este mismo sentido se pronunciaba el Tribunal Constitucional (Auto del Tribunal Constitucional 246/1992).

El legislador de 2002 acoge el término “sobreseimiento” para referirse a las resoluciones del artículo 779 LECr, relegando la denominación de “archivo” para referirse a la resulta de estos autos o, como señala el Tribunal Constitucional, a la actividad material consistente en guardar las actuaciones en un lugar ad hoc, medida burocrática en ejecución de aquella que es su presupuesto lógico” (fj 3º del Auto del TC 305/1994, de 14 de noviembre; en igual sentido fj 1º del Auto 246/1992, de 25 de agosto). Mas, aparte de esta modificación, el nuevo precepto introduce, aún a pesar de su difícil encaje, la posibilidad de acordar el sobreseimiento de las actuaciones en este momento del proceso con arreglo al motivo previsto en el apartado primero del artículo 641 LECr.

La declaración de sobreseimiento provisional no puede resultar ajustada a Derecho, ni acorde con los principios de legalidad, seguridad jurídica, proporcionalidad.

Las Resoluciones jurídicas pueden ser estimatorias o desestimatorias incluso nulas, pero no resulta razonable que el proceso quede sobreseído provisionalmente, mientras no concurra un hipotético requisito, que las más de las veces, no resulta posible o factible que se cumplan, sometiendo al acusado a una situación de permanente inseguridad jurídica, que pudiera ser calificada de kafkiana. La Ley de Enjuiciamiento Criminal suprimió la absolucón en la instancia, por lo que la misma no puede revivir por la vía indirecta de sobreseimiento provisional.

Si no se puede conocer el actuar injusto, ni existe dolo, ni culpa penal, no se puede pretender tramitar el proceso penal, imponiendo la pena de banquillo.

Si existe una interpretación dudosa no se puede perjudicar al acusado, debiendo aplicarse la hermenéutica jurídica más favorable al mismo y teniendo en cuenta la presunción de inocencia.

No se vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva por decretarse el sobreseimiento libre y archivo de la causa al no resultar debidamente justificada la hipotética perpetración del supuesto delito. Por el contrario, se cumple con los principios de seguridad jurídica, legalidad, economía procesal y derecho al proceso debido y los valores superiores de justicia y libertad, así como respecto al principio de presunción de inocencia.

La distinción entre desestimación e inadmisión fue originada por el legislador penal como lo evidencia el art. 313 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que utiliza el término desestimación para hacer referencia a la inadmisión “in limine litis” de la querrela. El legislador utiliza el término desestimación en sentido amplio comprendiendo en ocasiones dentro del mismo la desestimación en sentido estricto y la inadmisión.

La Ley de Enjuiciamiento Criminal española vigente establece una regulación discutible de los motivos de sobreseimiento provisional, que ha dado lugar a numerosas críticas y que provoca en la práctica contradicciones derivadas de la deficiencia del artículo, que regula los dos motivos de sobreseimiento provisional.

La doctrina distingue entre:

- a) Insuficiente acreditación del hecho punible.

- b) Falta de pruebas para la imputación.

El antecedente histórico del primer motivo del sobreseimiento provisional se encuentra en los arts. 555.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1872 y 803.1 de la Compilación general de las disposiciones vigentes sobre el enjuiciamiento criminal de 1879, que establecían que debía dictarse Auto de sobreseimiento libre cuando no resultare justificado el hecho que hubiere dado motivo a la formación de la causa. Sin embargo, la vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal recoge este motivo como de sobreseimiento provisional, separándose de la regulación anterior.

El segundo motivo hace referencia a la falta de pruebas para la imputación.

El antecedente de este motivo de sobreseimiento provisional se encuentra en los arts. 559 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1872 y 810 de la Compilación general de las disposiciones vigentes sobre el enjuiciamiento criminal de 1879 donde se disponía que procedería el sobreseimiento provisional “cuando resultare del sumario haberse cometido un delito y no hubiere indicación de sus autores cómplices o encubridores”.

El supuesto concreto sometido a conocimiento del Magistrado Instructor, no resulta subsumible en las categorías de sobreseimiento provisional recogidas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

En la práctica jurídica española se realiza, en ocasiones, una utilización del sobreseimiento provisional no ajustada al texto legal.

El sobreseimiento provisional no puede convertirse ni en una absolución en la instancia, ni en un archivo provisional de la causa, que permita alzarlo, sin nuevas pruebas que lo justifiquen, lo que conculcaría el principio de legalidad y supone incurrir en arbitrariedad jurídica como lo reflejó la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 1997.

Cualquiera que sea el sentido y la interpretación que pretenda dársele al sobreseimiento provisional como diferente del sobreseimiento libre o admitiendo un “tertium genus”, esto es, distinguir estas dos clases de sobreseimiento de la categoría jurídica del “Archivo”, el supuesto fáctico jurídico

de este caso debe dar lugar al sobreseimiento libre o al archivo pleno sin condicionamientos.

A diferencia de lo que ocurre en el Derecho comparado, que la denominación de ARCHIVO se impone sobre la de sobreseimiento; en el Derecho español el archivo parece configurarse por el legislador como un efecto del sobreseimiento, y no como una categoría distinta del sobreseimiento, a pesar de que un sector doctrinal no lo entiende así. La reforma procesal penal de 2002, parece implicar una vuelta al sobreseimiento y una limitación para la interpretación favorable a la existencia de una nueva categoría jurídica autónoma del archivo, como sucede en el Derecho Comparado.

No obstante, se reconozca o no la existencia de una nueva institución jurídica, esto es, el archivo, como “tertium genus” frente al sobreseimiento libre y provisional o se mantenga que el archivo es un mero efecto del sobreseimiento, el querellado tiene derecho al sobreseimiento libre.

No resulta aplicable el artículo 641 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, ya que no resulta acreditada, ni debidamente justificada la perpetración de un delito, que haya dado motivo a la formación de la causa penal. Si los hechos no son constitutivos de delito procede el sobreseimiento libre.

La Ley de Enjuiciamiento Criminal vigente contiene una regulación del sobreseimiento provisional antigua, obsoleta, trasnochada y contradictoria jurídicamente.

La Jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo es menos crítica que la de la doctrina científica en relación con el sobreseimiento. El Tribunal Constitucional reconoce la constitucionalidad del sobreseimiento libre y su compatibilidad con el derecho a la tutela judicial efectiva, sin que se origine indefensión la conclusión anticipada del proceso penal es perfectamente lícita cuando se cumplen los requisitos legales.

La doctrina del TC es constante al declarar que si bien el derecho a la tutela judicial efectiva se satisface; normalmente, con una sentencia de fondo motivada, nada impide que el proceso pueda concluir anticipadamente

mediante otro tipo de resolución judicial configurada legalmente al efecto, “cuando ninguna tacha de orden constitucional pueda oponerse a la regulación legal” (por todas, STC 40/1988, 10 marzo, F.2º; STC 171/1988, 30 septiembre, F. 3º; STC 212/1991, 11 noviembre, F. 4º).

El TC ha reconocido que los titulares de la acción penal no tienen un derecho incondicionado a la apertura del juicio oral (STC 212/1991, 11 noviembre, F.4º; STC 85/1997, 22 ABRIL, F 3º; ATC 175/1997, 21 mayo, F. 2º).

La regulación que del sobreseimiento realiza la LECrim. es conforme a la CE: “no resulta posible formular una crítica de carácter constitucional a la regulación que del sistema del sobreseimiento hace nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal. Ninguna tacha puede oponerse al sistema del sobreseimiento previsto por el art. 637 para los casos en que no existen indicios racionales de haberse perpetrado los hechos y para los casos en que los hechos no son constitutivos de delito o en que hay una manifiesta exención de responsabilidad criminal, así como en aquellos otros en que prospera lo que nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal denomina artículo de previo y especial pronunciamiento, según el art. 675.(...)(STC 40/88, de 10 de marzo, Fundamento 3º).

La doctrina jurisprudencial de la Sala 2ª de lo Penal del Tribunal Supremo sintetiza perfectamente la institución jurídica del sobreseimiento.

El sobreseimiento -arts. 634 y ss. LECrim.- es una resolución dictada en forma de auto que produce la terminación del proceso-si es libre- o su suspensión cuando se trata del provisional-, por ausencia de los presupuestos necesarios para la apertura del juicio oral.

El sobreseimiento libre se configura así como una resolución definitiva, que produce el efecto de la cosa juzgada material, es decir, equivalente a una sentencia absolutoria anticipada. De ahí las especiales cautelas y el acopio de fundamentos que es necesario reunir para su adopción. Sin embargo, su previsión en el art, 637 LECrim. autoriza el mismo en los tres casos previstos por aquél, siendo el tercero el referido a la exención de responsabilidad criminal de los procesados aun cuando los hechos constitutivos del tipo penal estén presentes en la instrucción. Así el TC. Ha señalado que la fase preliminar de un proceso penal, conocida con el nombre de sumario o de investigación sumaria,

puede concluir legítimamente por una resolución distinta de la sentencia y, en especial, mediante auto de sobreseimiento, añadiendo que desde la perspectiva constitucional no resulta posible formular crítica a la regulación que del sistema de sobreseimiento hace la mencionada Ley, ni puede oponerse tacha alguna al sistema de sobreseimiento libre previsto por el precepto citado, para los casos en que no existan indicios racionales de haberse perpetrado los hechos y para los casos en que los hechos no son constitutivos de delito o en los que hay una manifiesta exención de responsabilidad criminal, por lo que si la presencia de una causa de inimputabilidad o de justificación se deduce nítida, rotunda y diáfana del material instructorio, el órganos judicial competente puede acordar el sobreseimiento libre (STS 2.^a 7-7-2000. Ponente: Saavedra Ruiz).

La jurisprudencia del T. Supremo trata de distinguir constantemente las dos clases de sobreseimiento, declarando que el sistema de la Ley de Enjuiciamiento Criminal es claro: El sobreseimiento libre se pronuncia ante la falta de tipicidad de hecho o de la responsabilidad penal de su presunto autor con arreglo al art. 637 LECrim; el provisional es un supuesto de impotencia investigadora (STS. 2.^a 16-12-1991. Ponente: Ruiz Vadillo).

Tanto la Jurisprudencia del T. Constitucional como la del Tribunal Supremo coinciden en considerar constitucional y afectado a derecho el sobreseimiento libre ante la falta de tipicidad del supuesto hecho (cuando el hecho no aparece como constitutivo de delito) o exención de responsabilidad penal de su autor.

Vistos los preceptos de general aplicación,

FALLO

PRIMERO.- No ha lugar ni al sobreseimiento libre ni al sobreseimiento provisional interesado por D. Rafael.

SEGUNDO.- No ha lugar a la aplicación de la excusa absolutoria mientras no cumpla los requisitos exigidos en el artículo 305 del Código Penal y la jurisprudencia.

TERCERO.- No procede la sustitución de la responsabilidad del padre por el hijo cuestión, que se decide en otra resolución.

Contra la presente resolución cabe Recurso de Reforma en el plazo de 3 días ante este Instructor o Recurso de Apelación en el plazo de 5 días ante este Instructor para ante la Sala de lo Civil y Penal de este Tribunal o Recurso de Reforma y subsidiario de Apelación en el plazo de 3 días ante este Instructor, con la advertencia para la acusación popular de la necesidad de constituir depósito de 25 euros para recurrir, en la Cuenta de Consignaciones de esta Secretaría, de conformidad con lo establecido en la Disposición Adicional Decimoquinta de la LOPJ (redacción LO 1/09 de 3 de noviembre).

Notifíquese esta resolución al Ministerio Fiscal y a las demás partes personadas.

Así lo manda, acuerda y firma D. Antonio Pedreira Andrade, Magistrado de la Sala de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid. Doy Fe.