

En la Villa de Madrid, a veintiocho de febrero de dos mil doce.

En los recursos de Casación por infracción de Ley y de precepto constitucional, así como por quebrantamiento de Forma que ante Nos penden, interpuestos por Arnaud, Azam, Francisco Javier, Rafael, David y la Compañía Mercantil Al Rima S.A., contra sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (sede Granada), Sala de lo Civil y Penal, con fecha dieciocho de junio de dos mil diez, en causa seguida contra Francisco Javier, Arnaud, Igor y Azam, por delitos de prevaricación, cohecho y revelación de secretos, los Excmos. Sres. componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para Votación y Fallo bajo la Presidencia del primero de los citados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca, siendo partes recurrentes los acusados Arnaud, representado por la Procuradora D^a Isabel Julia Corujo y defendido por el Letrado D. Javier Boix Reig; Azam, representado por el Procurador D. Alvaro Ignacio García Gómez y defendido por el Letrado D. Javier Huete Nogueras; y Francisco Javier, representado por el Procurador D. Alvaro Ignacio García Gómez y defendido por el Letrado D. David García Virto; y las acusaciones particulares Rafael, representado por la Procuradora D^a Paloma Ortiz-Cañavate Levenfeld y defendido por el Letrado D. Luis Rodríguez Ramos; y David y la Compañía Mercantil Al-Rima, S.A., representados por la Procuradora D^a María Luisa Torrecillas Cabrera y defendidos por el Letrado D. Ignacio Gordillo Álvarez-Valdés. En calidad de parte recurrida, el acusado absuelto Igor, representado por el Procurador D. Andrea de Dorremocha Guiot y defendido por la Letrado D^a Cristina López Antón; y el responsable civil subsidiario El Estado, representado y defendido por el Sr. Abogado del Estado.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Elevada por el Juzgado de Instrucción núm. 11 de los de Málaga Exposición Razonada junto con las Diligencias Previas núm. 5182/2007 de dicho Juzgado, se incoaron por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Málaga, las diligencias previas núm. 1/08, designando Instructor de las mismas al Ilmo. Sr. Magistrado de la Sala D. Miguel Pasquau Liaño; continuándose posteriormente las diligencias por el procedimiento Abreviado con el número 1/2009, contra Francisco Javier, Arnaud, Igor y Azam, y, una vez decretada la apertura del Juicio Oral, lo remitió a la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia (sede en Granada, rollo 1/09) que, con fecha dieciocho de junio de mil diez, dictó sentencia que contiene los siguientes Hechos Probados:

“a) De los acusados, sus relaciones, antecedentes, de las diligencias previas 1455/2006 -Operación Hidalgo- del Juzgado de Instrucción 2 de Marbella y del inicio de la presente causa.

1. El acusado aforado Francisco Javier, con DNL núm. ...K, nacido en Alicante el día 18 de agosto de 1978, hijo de Faustino y de María del Buensuceso, de profesión Magistrado, mantiene o, al menos en el momento de los hechos que dieron lugar a esta causa, mantenía una muy estrecha amistad con los acusados Igor, con DNI núm. ...W, nacido en Madrid el día 5 de abril de 1974, hijo de José y de Lucía, de profesión comercial y sin antecedentes penales, y a Arnaud, con pasaporte núm. ...796, nacido en Suresnes (Francia) el día 14 de febrero de 1971, hijo de Albert Abraham y de Olivia y sin antecedentes penales.

2. Por su parte, Arnaud conocía desde hace siete u ocho años a Azam, con tarjeta de residencia en Bélgica núm. ...312, nacido en Mardan (Paquistán) el día 4 de marzo de 1965, hijo de Kashmir y de Halima, de profesión comerciante y sin antecedentes penales. Azam considera a Arnaud un muy buen amigo manifestando tener confianza en él.

3. Como titular del Juzgado de Instrucción número 2 de Marbella, Francisco Javier cumplía las funciones como Magistrado Instructor de las Diligencias Previas seguidas con el número 1.455/2006 en tal órgano jurisdiccional, conocidas como Operación Hidalgo, en adelante DP Hidalgo, que fueron por él incoadas mediante auto de 30 de marzo de 2006 (folio 57 Vol. I DP Hidalgo, en Pieza Separada III de estas actuaciones), acordándose en esa misma fecha el secreto de las actuaciones para todas las partes excepto para el Ministerio Fiscal (folio 59 Vol. I DP Hidalgo DP Hidalgo, en PS III).

El 25.9.07 se dictó en las DP Hidalgo auto levantando el secreto de las actuaciones (folios 6638 a 6643 Tomo XXII DP Hidalgo, en PS III) a excepción de la parte referente a las comisiones rogatorias acordadas y remitidas a las autoridades extranjeras, así como a los particulares judiciales y policiales que a las mismas se referían, para la que se acordó la formación de pieza separada.

4. Estas Diligencias del Juzgado de Instrucción número 2 de Marbella fueron registradas y repartidas el 20 de marzo de 2006 en virtud de la denuncia

11183/2006 fechada el 17 de marzo de 2006 y formulada por agentes dependientes de la Unidad contra la Droga y el Crimen Organizado (UDYCO) y por la posible existencia de graves delitos de blanqueo de capitales y contra la Hacienda Pública.

5. En estas Diligencias Previas numero 1.455/2006 -DP Hidalgo- estaban imputados, entre otros, las siguientes personas que han tenido actuación en el presente procedimiento abreviado:

- Azam, auto de detención judicial de 17.4.07 (folios 117-118 de la pieza separada 3 de estas actuaciones), detenido el 20-4-07, auto de prisión provisional sin fianza de 20.4.07 (folios 123-124-125 pieza separada 3), auto de libertad provisional con fianza de 100.000 euros de 03.5.07 (folios 133-134 pieza separada 3), todos ellos de Francisco Javier.

- Jan, auto de detención judicial de fecha 17.4.07 (folios 60-61 pieza separada 3), detenido el 17.4.07, auto de prisión provisional sin fianza de 19.4.07 (folios 66-67-68 pieza separada 3), auto de libertad provisional con fianza de 100.000 euros de 03.5.07 (folios 93-94 pieza separada 3), todos ellos de Francisco Javier.

- Luis María, autos de fecha 17.4.07 de detención judicial (folios 1385-86, Tomo VIII DP Hidalgo, en PS III) y de entrada y registro (folios 1433-1436 Tomo VIII DP Hidalgo, en PS III), detenido el 17.4.07, auto de prisión provisional sin fianza de 20.4.07 (folios 2006-2007 Tomo DP Hidalgo, en PS III) de Francisco Javier. En libertad dos meses después según refirió en el plenario.

- Rafael, auto de fecha 17.4.07 de detención judicial (folios 1393-94, Tomo VIII DP Hidalgo, en PS III) y de entrada y registro (folios 1441-1444 Tomo VIII DP Hidalgo, en PS III), detenido el 17.4.07, auto de prisión provisional sin fianza de 20.4,07 (folios 2012-2013 Tomo X DP Hidalgo, en PS III) de Francisco Javier.

- David, declaración como imputado en las DP Hidalgo ante Francisco Javier el día 28.6.07 (folio 4971 DP Hidalgo, PS III). El 18 de abril de 2007 tuvo lugar en las DP Hidalgo, entre otros acontecimientos, la entrada y registro en los locales

del grupo S. ADH acordada por Marcial mediante auto de 17 de abril (folio 1424-1428 Tomo VIII DP Hidalgo, en PS III).

- Leleu imputado en las DP Hidalgo según declaró en el plenario.

- José Andrés, imputado en las DP Hidalgo (providencia de Francisco Javier de 25 de junio de 2007 folio 4788 de las DP Hidalgo).

6. Francisco Javier continuó instruyendo como Magistrado Instructor las DP Hidalgo hasta que el día 6 de julio de 2007, fecha en la que se le notificó la decisión de suspensión a resultas de las diligencias previas número 3/2007 que contra él se habían incoado el 4 de julio de 2007 en la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía relativos a unos hechos acontecidos en el mes de marzo de 2006, diligencias incoadas en virtud de una exposición razonada remitida el 28 de junio de 2007 por el entonces Magistrado titular del Juzgado de Instrucción núm. 5 de Marbella el Ilmo. Sr. D. Miguel Ángel Torres Segura.

Las diligencias previas número 3/2007 luego fueron transformadas en el procedimiento abreviado 2/2008, dictándose en él sentencia por este Tribunal Superior de Justicia el 7 de agosto de 2008 con el siguiente fallo: “Que debemos absolver y absolvemos a los acusados Francisco Javier, Juan Antonio y Arnaud por el delito de asesoramiento accidental o negociación prohibida a funcionario público del que venían siendo acusados. Declarando de oficio una cuarta parte del total de las costas procesales causadas.

Que debemos absolver y absolvemos al acusado Arnaud de los delitos de cohecho de los que venía siendo acusado.

Que debemos condenar y condenamos al acusado Francisco Javier:

a) Como autor criminalmente responsable, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de responsabilidad criminal, de un delito de prevaricación judicial, a la pena de multa de doce meses, con una cuota diaria de cien euros (100 Euros), con responsabilidad personal y subsidiaria de un día

de arresto por cada dos cuotas insatisfechas; e Inhabilitación Especial para empleo o cargo público que implique el desempeño de funciones judiciales, por tiempo de diez años.

b) Como autor criminalmente responsable, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, de un delito de cohecho, ya definido, a la pena de dos años de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de dicha condena; multa en cuantía de 73.800 euros, con la responsabilidad personal y subsidiaria de un mes caso de impago; y siete años de inhabilitación especial para empleo o cargo público que implique el desempeño de funciones judiciales. Así como al abono de las dos cuartas partes del total de las costas procesales.

Igualmente debemos condenar y condenamos al acusado Juan Antonio, como autor criminalmente responsable, sin la concurrencia de circunstancias modificativas, de un delito de cohecho ya definido, a la pena de un año de prisión con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de dicha condena; multa en cuantía de 73.800 euros con la responsabilidad, personal y subsidiaria de un mes. Así como al abono de una cuarta parte del total de las costas procesales causadas”.

Esta sentencia fue objeto de recurso de casación ante el Tribunal Supremo, que dictó sentencia núm. 308/2009 de 23 marzo, en la que resolvió no haber lugar al recurso de casación formulado por Juan Antonio contra la sentencia que le condenó por delito de cohecho dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla con fecha siete de agosto de dos mil ocho y haber lugar al recurso de casación interpuesto por Francisco Javier, por estimación total del motivo undécimo y parcial del décimo, ambos referidos a infracción de ley.

Por ello el Tribunal Supremo anuló la sentencia de este TSJ de 7 de agosto de 2008 que condenó a Francisco Javier por delito de cohecho y por otro de prevaricación, dictándose por el Tribunal Supremo nueva sentencia el 23 de marzo de 2009 con el siguiente fallo:

“Condenamos a Francisco Javier como autor de un delito de cohecho del art. 425.1 CP sin circunstancias modificativas, a veintiún meses de suspensión de su cargo de magistrado y multa de 73.800 € (setenta y tres mil ochocientos euros) con responsabilidad personal subsidiaria de un mes, y al pago de una cuarta parte de las costas de la instancia.

Condenamos a Juan Antonio como autor de otro delito de cohecho del art. 423.2 CP, también sin circunstancias, a la pena de multa de 36.900 € (treinta y seis mil novecientos euros) con responsabilidad personal subsidiaria de quince días, así como al pago de una cuarta parte de las costas de la instancia.

Absolvemos a Francisco Javier del delito de prevaricación por el que acusó el Ministerio Fiscal”.

7. Por el Iltmo. Sr. Juan Francisco Ramírez Barroso, Magistrado del Juzgado de Instrucción núm. 11 de los de Málaga se remitió el 8 de enero de 2008 a este Tribunal Exposición Razonada (folios 1843-1868 de estas actuaciones) junto con las Diligencias Previas núm. 5182/07 de dicho Juzgado, incoándose por este Tribunal las Diligencias Previas núm. 1/08 por auto de fecha 11 de enero de 2008 de Iltmo. Sr. Magistrado Instructor de estas diligencias, diligencias luego transformadas en el Procedimiento Abreviado 1/2009 que ahora nos ocupa.

Las Diligencias Previas núm. 5182/07 del Juzgado de Instrucción núm. 11 de los de Málaga fueron incoadas con la entrega en los juzgados de las Diligencias Policiales 050/07 del Equipo de Patrimonio de la Unidad Orgánica de Policía Judicial, de las que fue instructor el Alférez de la Guardia Civil con TIP. número Y-...-I, Gabriel.

Las Diligencias Policiales 050/07 se iniciaron por tal instructor a las 16.30 horas del mismo día en el que fue suspendido Francisco Javier, el 6 de julio de 2007, tras comparecer a declarar ante la Guardia Civil ese mismo día, a las 13.30 horas, Daniel al quien el instructor de las diligencias policiales dio la cualidad de testigo protegido (folio 6 de estas actuaciones).

El día 28 de junio se había recibido por Francisco Javier declaración en calidad de imputado a David (folio 4971 DP Hidalgo, PS III).

Con la apertura de estas diligencias policiales, José Andrés fue cuando conoció al Alférez Gabriel.

Con el tiempo Alférez de la Guardia Civil y José Andrés trabaron una reconocida amistad.

b) De algunas actuaciones realizadas por Francisco Javier en las DP Hidalgo y de la Administración y el Administrador Judicial de las ahora acusaciones particulares.

8. En el ámbito de las DP Hidalgo del Juzgado de Instrucción núm. 2 de Marbella, mediante auto de 16 de abril de 2007 (folio 1303 y ss del vol. VIII de DP Hidalgo, en PS III), atendiendo a la propuesta efectuada en el Informe Policial de la UDYCO 731/07 JLM (folios 963 y ss., vol. V, DP Hidalgo, DP Hidalgo, en PS III), y con el criterio favorable del Ministerio Fiscal, Francisco Javier, Magistrado Instructor de las DP Hidalgo, acordó la adopción de determinadas medidas consistentes en la prohibición de disponer de bienes inmuebles y vehículos, el bloqueo de productos financieros pertenecientes, entre otras, a las mercantiles Santa Ana 1 SL y Rafael y otros CB.

9. Mediante auto de la misma fecha, 16 de abril de 2007 (folios 1.340 y ss., vol. VIII DP Hidalgo, en PS III), Francisco Javier, en su misma calidad de Magistrado Instructor de las referidas diligencias previas, acordó la adopción de esas mismas medidas respecto de los bienes de las sociedades del grupo Asesoramiento y Dirección de Hoteles (ADH), perteneciente a David.

10. No consta que esta resolución de 16 de abril de 2007 fuera adoptada por Francisco Javier, con ánimo de comenzar a presionar a David ni como resultado de un plan urdido entre Francisco Javier y sus amigos Arnaud e Igor para que éstos dos últimos ofrecieran a David, a través de su hijo Daniel, resolver la situación de los intereses de David en las DP Hidalgo del Juzgado de Instrucción 2 de Marbella a cambio del pago de varios millones de euros.

11. A petición de la representación de diversas empresas, Francisco Javier, Magistrado Instructor de las DP Hidalgo, con fecha 20 de abril de 2007 dictó auto (folio 220, vol. I de la Pieza Separada de Administración Judicial de las DP Hidalgo, en PS III) resolviendo dejar sin efecto el bloqueo de activos financieros acordado por los autos anteriores y nombrando a José Andrés administrador provisional de las entidades Al Rima SA, Benahavis Golf & Country Club, Las Angosturas de Benahavis SA, Mediterranean Real State SL, Notante Construcciones SLU, Briján SL, Nueva Promotora Benahavis SA, el Quejigal de Benahavis SA, Rspartuing SL, Lahnaleda SL, Sejas de Mar SL, Takakurunna SL y Príncipe Alfonso Suites SL, hasta que se proveyera sobre la administración judicial de las mismas.

En esta resolución de 20 de abril de 2007 como fundamento jurídico único se refería por Francisco Javier “que a la vista de las alegaciones del solicitante y con el fin de mantener la viabilidad de las empresas intervenidas, y, en particular, con la de salvar los puestos de trabajo de los empleados de la empresa, y mientras no se provea sobre la administración judicial de la misma...”.

José Andrés venía actuando como representante en la ciudad de Marbella y persona de confianza de David, siendo empleado de éste desde hace unos 12 o 13 años.

12. Posteriormente, mediante auto de 26 de abril de 2007, Francisco Javier acordó la constitución de la Administración Judicial de las empresas intervenidas (folio 2602-2604, vol. XI DP Hidalgo, PS III).

Este auto fue recurrido en reforma por las empresas sobre las que se constituyó la Administración Judicial (folios 730-794 de la de Pieza Separada de Administración Judicial de DP Hidalgo, PS III), recurso de reforma que no fue resuelto en sentido negativo hasta el auto de 1 de octubre de 2007 dictado por el Magistrado encargado entonces, en Juzgado de Instrucción número 2 de Marbella, de la instrucción de las DP Hidalgo, por tanto, una vez ya estaba suspendido de funciones Francisco Javier.

13. El día 2 de mayo se celebró comparecencia para designación del Administrador Judicial (folios 2711 a 2721 vol XII DP Hidalgo, PS III),

designándose por Francisco Javier para tal cargo a Alfonso, al que antes llamó por teléfono para comunicarle su intención, siendo Alfonso en aquél entonces Diplomado y careciendo experiencia previa en administraciones judiciales.

El mismo día 2 de mayo de 2007 Alfonso firmó en el Juzgado el acta de aceptación del cargo de Administrador Judicial (folio 2724 DP Hidalgo, en PS III) tras serle comunicado (folio 2722 DP Hidalgo, en PS III) que quedaba nombrado Administrador Judicial.

14. Con fecha 4 de mayo de 2007 (folio 612, vol II de Pieza Separada de Administración Judicial de DP Hidalgo, PS III), Alfonso dictó auto formalizando el nombramiento del Administrador Judicial y fijando sus honorarios, sobre la base de la propuesta efectuada por el Administrador (folios 610 y 611 de la Pieza Separada de Administración Judicial de DP Hidalgo, PS III), propuesta que presentó el Administrador Maximiliano a la vista del acuerdo al que él llegó con los representantes de las mercantiles Santa Ana 1 SL y CB, y el desacuerdo con los representantes de las mercantiles del grupo ADH ()).

15. Dicha designación se produjo por decisión personal de Francisco Javier, aunque en el citado auto de 4 de mayo de 2007 formalizando tal nombramiento del Administrador Judicial (folio 612, vol II de Pieza Separada de Administración Judicial de DP Hidalgo, PS III), motivó que “el Instructor... no creyó conveniente sujetarse a las peticiones de las partes y consideró que la forma de designación del Administrador Judicial más ajustada a las necesidades del momento era la insaculación, que evitaba ab initio la posibilidad de confabulación. Es decir, que el Administrador Judicial designado lo ha sido por simple azar”.

16. No consta que esta resolución de 4 de mayo de 2007 de nombramiento y retribución del Administrador Alfonso fuera adoptada por Francisco Javier con ánimo de presionar a David ni como resultado de un plan urdido entre Francisco Javier y sus amigos Arnaud e Igor para que éstos dos últimos ofrecieran a David, a través de su hijo Daniel, resolver la situación de los intereses de David en las DP Hidalgo del Juzgado de Instrucción 2 de Marbella a cambio del pago de varios millones de euros.

17. La propuesta presentada por el Administrador Alfonso desglosaba una remuneración de 63.350 € mensuales por las empresas del Grupo S., calculada por unilateralmente y sin intervención alguna de Francisco Javier, 6.000 € mensuales por las mercantiles Petroazul SL y General Petrol SL, 4.000 mensuales por Santa Ana 1 SL y 3.000 mensuales por Rafael y otros CB.

18. Esta retribución propuesta por el Administrador Alfonso fue aprobada por Francisco Javier en el referido auto de 4 de mayo de 2007 y a la misma añadió además Francisco Javier, por su propia iniciativa, el derecho del Administrador Alfonso a percibir una comisión de un 1% respecto del valor de cualquier acto de transmisión y enajenación de activos de las respectivas masas patrimoniales de las empresas intervenidas.

19. No consta que esta decisión de Francisco Javier, de fijar como parte de la retribución del Administrador Alfonso el derecho de éste a percibir una comisión de un 1% respecto del valor de cualquier acto de transmisión y enajenación de activos de las respectivas masas patrimoniales de las empresas intervenidas, tuviera como motivo el ánimo de Francisco Javier de ejercer una mayor presión a David ni que fuera el parte de un plan urdido entre Francisco Javier y sus amigos Arnaud e Igor para que éstos dos últimos ofrecieran a David, a través de su hijo Daniel, resolver la situación de los intereses de David en las DP Hidalgo del Juzgado de Instrucción 2 de Marbella a cambio del pago de varios millones de euros.

20. Francisco Javier y Alfonso no se conocían con anterioridad ni tenían relación alguna previa.

21. Frente a los ingresos en el año anterior del Administrador Alfonso, que ascendían a unos 50.000 euros mensuales, el Administrador Alfonso percibió por sus servicios en las DP Hidalgo alrededor de 500.000 euros, aproximadamente, servicios que se extendieron durante siete meses, en concreto, entre el 4 de mayo de 2007 y el 11 de diciembre de 2007.

22. La representación de Daniel presentó, con fecha 10 de mayo de 2007, escrito en las DP Hidalgo en el que, además de pedir información sobre su imputación, ofreció aval bancario sustitutivo de lo que consideraba eran unas

gravosas medidas cautelares acordadas sobre sus empresas (folio 3181 y ss., vol. XIII, DP Hidalgo, PS III).

Dicho escrito fue resuelto por providencia de 28 de junio de 2007 (folio 4954, vol. XVIII DP Hidalgo, PS III), en la que Francisco Javier informó al Daniel de que la imputación iba referida a un delito de blanqueo de capitales y a un delito contra la Hacienda Pública, acordando no haber lugar al señalamiento de caución, lo que se argumentó, en línea con lo informado por el Ministerio Fiscal en su escrito de 23 de mayo de 2007 (folio 4953 vol XVIII DP Hidalgo, PS III), por ser una medida prematura dada la fase en que se encontraba el procedimiento y por no estar cuantificada la responsabilidad pecuniaria a cubrir.

23. Mediante auto de 24 de mayo 2007 (folio 1.203 vol III, Pieza Separada de Administración Judicial en DP Hidalgo, PS III), Francisco Javier desestimó los recursos de reforma interpuestos por todas las sociedades que quedaron sujetas a la administración judicial (escritos de recurso a los folios 870-964 vol III, Pieza Separada de Administración Judicial en DP Hidalgo, PS III) contra el auto de 4 de mayo de 2007 de nombramiento y retribución del Administrador Alfonso.

El Ministerio Fiscal impugnó tales recursos de reforma (folios 1192, 1193, 1194 y 1203 de la Pieza Separada de Administración Judicial en DP Hidalgo, PS III).

24. Frente al auto de 24 de mayo 2007 desestimando Francisco Javier los recursos de reforma interpuestos contra el auto de 4 de mayo de 2006, se interpusieron sendos recursos de apelación ante la Audiencia Provincial de Málaga, la cual, mediante auto de 19 de septiembre de 2007, dejó en suspenso su tramitación hasta que se resolviese el recurso de reforma que se había interpuesto contra el auto de 26 de abril de 2007 en el que Francisco Javier había acordado la constitución de la Administración Judicial.

Recibido en la Audiencia Provincial de Málaga el 25 de octubre de 2007 testimonio del auto de 1 de octubre de 2007 dictado por el Juzgado de Instrucción número 2 de Marbella en las DP Hidalgo que resolvió el mencionado recurso de reforma, argumentando el entonces Instructor de las DP Hidalgo la conveniencia de demorar la decisión sobre la posibilidad de sustituir la medida de administración judicial por una caución, se dictó por la

Audiencia Provincial de Málaga, en los rollos de apelación 490/2007, 492/2007 y 494/2007, los autos 576, 578 y 579 de 5 de noviembre de 2007 (folios 1476 a 1480 y 5602 a 5612 de esta causa) en los que se motivó, entre otros extremos, que el principal escollo para la constitución de una administración judicial era la deficiencia del presupuesto habilitante, el embargo previo, por lo que la Audiencia Provincial de Málaga acordó “estimar el recurso de apelación interpuesto contra la resolución indicada en los antecedentes de ésta y revocándola en su integridad, dejar sin efecto el nombramiento del administrador judicial en ella designado así como todos sus pronunciamientos complementarios”.

El Ministerio Fiscal había interesado la desestimación de tales recursos de apelación.

25. El día 12 de diciembre de 2007 se notificó a David el auto núm. 579/2007 dictado por la Audiencia Provincial de Málaga y el día 25 de febrero de 2008 le fue notificado a Al Rima el auto núm. 578/2007 dictado por la Audiencia Provincial de Málaga (folio 5619 de estas actuaciones).

Por Providencia de fecha 22 de septiembre de 2008 del Magistrado instructor de las DP Hidalgo se acordó librar mandamiento al Registro Mercantil Central y al Registro Mercantil correspondiente al objeto de proceder a anotar el levantamiento del nombramiento del Administrador Judicial Alfonso, lo que se hizo constar en Registro Mercantil en octubre de 2008 (folios 7516, 7556, 7590, 7603 y 7613, entre otros, de estas actuaciones).

c) De la situación procesal en esta causa del Administrador de las DP Hidalgo Alfonso.

26. Se da la circunstancia que mediante auto de 21 de agosto de 2007 del Juzgado de Instrucción núm. 11 de los de Málaga (folio 172 de estas actuaciones) se acordó en las Diligencias Previas núm. 5182/07 de aquél Juzgado la intervención, entre otros, del teléfono ...133 utilizado por el Administrador Alfonso y mediante auto de 20 de septiembre de 2007 (folio 500 de estas actuaciones) la intervención, entre otros extremos, de otro teléfono utilizado por Administrador Alfonso, ahora, con el número ...476.

Las intervenciones quedaron sin efecto cuatro meses después respecto del Administrador Alfonso (folio 1591, auto de 19 de diciembre de 2007 del Juzgado de Instrucción núm. 11 de los de Málaga) una vez se decidió por la Audiencia Provincial de Málaga dejar sin efecto su nombramiento.

27. Por el Ilmo. Sr. Magistrado Instructor de las Diligencias Previas 1/2008 de este Tribunal se dictó providencia el 26 de febrero de 2008 en el que estimó que con los datos que obraban en la causa no existía justificación o sospecha alguna para recibir declaración en calidad de imputado al Administrador Alfonso, manteniendo por tanto su condición de testigo, criterio luego reiterado en el auto de 10 de marzo de 2008, folio 2599 de estas actuaciones, en el que Ilmo. Sr. Magistrado Instructor denegó una solicitud en tal sentido presentada ante el Instructor por la representación de David.

Mediante auto de este Tribunal de 14 de abril de 2008 (folio 2889 de estas actuaciones) se desestimó el recurso de apelación interpuesto por David en el que pretendía la imputación del Administrador Alfonso.

d) De las solicitudes realizadas por los amigos de Francisco Javier, Arnaud e Igor, a Daniel en las que se ofrecía resolver la situación de los intereses de David en las DP Hidalgo del Juzgado de Instrucción 2 de Marbella a cambio del pago de varios millones de euros.

i. Gestiones realizadas por Arnaud a través de Philippe.

28. Philippe, amigo íntimo de David desde hace 15-20 años, a finales del mes de abril de 2007, tras un encuentro casual con Arnaud, recibió llamada de éste citándole para tratar con él de un asunto que afectaba a David, sin dar más detalles.

En esa posterior reunión, a finales de abril o primeros de mayo, entre Philippe y Arnaud, cuya madre, Oliviere, conocía Philippe, le manifestó Arnaud a Philippe que su amigo David tenía un problema judicial importante con unas propiedades embargadas y que él, con un Juez que él conocía, Francisco Javier, podría ayudar para solucionar sus problemas a cambio de una cantidad de dinero, de 5 millones, de euros o de dólares.

Arnaud pidió a Philippe que trasladara a David esa oferta, cosa que Philippe aceptó e hizo personalmente.

Rechazada la oferta por David, procedió luego Philippe a informar de ello a Arnaud, sin que exista más constancia de que Arnaud volviera a insistir más a Philippe sobre lo ofrecido.

29. No consta que estas gestiones realizadas por Arnaud con Philippe ofreciendo resolver la situación de los intereses de David en las DP Hidalgo del Juzgado de Instrucción 2 de Marbella a cambio del pago de varios millones de euros, fueran encargadas o siquiera conocidas por Francisco Javier o que fueran parte de un plan urdido en tal sentido entre Francisco Javier y sus amigos Arnaud e Igor.

ii. Del documento, llamado “comanda” o “papel autocopiativo”, obrante al folio 8269 de estas actuaciones.

30. En el referido encuentro de finales de abril o primeros de mayo Arnaud le dio a Philippe un papel o papeles, para mostrar Arnaud su acceso a las DP Hidalgo y en definitiva, para mostrar Arnaud la implicación y conformidad de Francisco Javier en la oferta que estaba realizando a Philippe.

Este papel o papeles los entregó Philippe a David cuando le vio para darle personalmente el mensaje que había recibido de Arnaud.

31. No consta que el documento o parte de los documentos entregado por Arnaud en esta reunión fuere el siguiente documento, llamado “comanda” o “papel autocopiativo”, cuya medida es 14 cm x 10 cm, que obra al folio 8269 de estas actuaciones:

Finca Tomo 1983.

Libro 24, folio 32.

Finca núm. ...237.

Registro de la Propiedad núm. 4

Vendedor

Benahavis Golf

& Country club

Comprador Barry Follen.

32. No consta que los datos que aparecen en el documento manuscrito llamado "comanda" o "papel autocopiativo" que obra al folio 8269 de estas actuaciones fueran revelados por Francisco Javier.

El autor de tal documento no es Francisco Javier.

33. No puede atribuirse a Arnaud la autoría de documento manuscrito llamado "comanda" o "papel autocopiativo" que obra al folio 8269.

34. El Ilmo. Sr. Magistrado Instructor de las Diligencias Previas 1/2008 de este Tribunal había dictado auto en fecha 24 de noviembre de 2008 (folios 3657-3676 de estas actuaciones) acordando el sobreseimiento provisional del Francisco Javier respecto de apartado I del hecho segundo de tal resolución: "Sobre las ofertas a David de determinadas medidas judiciales a cambio del pago de una cantidad de dinero; la intervención de sociedades en las diligencias previas núm. 1455/2006 del Juzgado de Instrucción 2 de Marbella, el nombramiento de Administrador Judicial de las mismas, y su remuneración".

35. Se entregaron, al Ilmo. Sr. Magistrado Instructor de las Diligencias Previas 1/2008 de este Tribunal, las Diligencias Policiales núm. 56/07 (Ampliatorias II) de la Unidad Orgánica de Policía Judicial de la Guardia Civil, de fecha 15 de enero de 2009 (folios 3872-3883 de estas actuaciones), en la que se hacía constar, por diligencia del día 15 de enero de 2009, que el día 10 a través de llamada telefónica dimanante del número de teléfono ...810 perteneciente a José Andrés, la Guardia Civil fue informada que Philippe le había hecho entrega a José Andrés de la autocopia de la comanda de bar que manifestó Philippe le fue entregada por Arnaud como muestra de el acceso a las DP Hidalgo, trasladándose la fuerza instructora a Marbella en donde se le recibió declaración a José Andrés el día 13 (folio 3876 de estas actuaciones), momento en que entregó a la Guardia Civil el documento siguiente, el documento que consta en el hecho probado 31.

36. En estas Diligencias Policiales núm. (Ampliatorias II) de la Unidad Orgánica de Policía Judicial de la Guardia Civil, la fuerza instructora (folio 3876 de estas actuaciones) hizo constar que en tal documento “.....se encuentra manuscrito con una serie de datos, los cuales son:

Finca “tomo” ...983

Libro 24, folio 32

Finca núm. ...237

“Registro la propiedad núm.4”

Vendedor

Benahavis Golf & Country Club

Comprador Barry Polley

El citado documento se adjunta en el anexo número Uno, de las presentes diligencias”.

37. Motivada por la aparición y entrega de este documento, el lltmo. Sr. Magistrado Instructor de las Diligencias Previas 1/2008 de este Tribunal dictó auto el 19 de enero de 2009 (folios 3885 y 3886 de estas actuaciones) dejando sin efecto el Tribunal su auto de fecha 24 de noviembre de 2008 y acordando la reapertura de las diligencias previas núm. 1/2008 en lo relativo a la participación de Francisco Javier en los hechos expuestos en el apartado I del antecedente de hecho segundo del auto de 24 de noviembre de 2008, así como la realización de prueba pericial.

iii. Gestiones realizadas por Igor con Daniel y referencia a algunas conversaciones telefónicas y mensajes SMS entre los acusados Francisco Javier, Arnaud e Igor.

38. Iniciada las primeras detenciones y registros por la Operación Hidalgo el 17 de abril de 2007, a finales de abril o primeros de mayo de 2007, Igor se mostró interesado en contactar con Daniel, que no se encontraba en Marbella, y pidió a Rafael C., Cargo000 del hotel Puente Romano, que le diera aviso de que quería hablar con él, quien así lo hizo.

Previamente a ese contacto, Daniel e Igor (y su esposa) tenían contactos profesionales con motivo de la inserción de la publicidad de las empresas de aquél en la revista Social Life, regentada por éstos.

39. Igor y Daniel tuvieron las entrevistas, encuentros y conversaciones, que se describen en los siguientes hechos probados 40 a 51, y en las que aquél ofrecía a éste resolver la situación de los intereses de en las DP Hidalgo del Juzgado de Instrucción 2 de Marbella a cambio del pago de varios millones de euros.

No consta que estas gestiones realizadas por Igor con Daniel ofreciendo resolver la situación de los intereses de David en las DP Hidalgo del Juzgado de Instrucción 2 de Marbella a cambio del pago de varios millones de euros,

fueran encargadas o siquiera conocidas por Francisco Javier o que fueran parte de un plan urdido en tal sentido entre Francisco Javier y sus amigos Arnaud e Igor.

No consta que los datos de las DP Hidalgo, o relacionado con ellas, que Igor comentaba a Daniel en tales entrevistas, encuentros y conversaciones fuesen revelados por Francisco Javier a Igor.

Las entrevistas, encuentros y conversaciones entre Igor y Daniel fueron las siguientes.

1. Entrevista Igor y Daniel en VIP, Madrid, del día 11 de mayo de 2007 grabada por Daniel.

40. Igor y Daniel se citaron por primera vez en el VIP de Serrano, de Madrid, el día 11 de mayo de 2007. Dicha entrevista fue grabada por Daniel estando incorporada a la causa (CD-0587 A 07/PG2/CD2, pistas 1 y 2) y transcrito su contenido por la Secretaria Judicial, folios 3183 a 3190 y 3203 a 3217 por reproducidos.

En este primer contacto, Igor hace saber a Daniel que los problemas por los que atravesaba su padre con motivo de la intervención judicial de sus empresas en la Operación Hidalgo podían arreglarse a cambio de la entrega por su parte de cinco millones seiscientos mil euros, a realizar en Praga, donde la familia S. tenía inversiones.

Igor se presentó en esa entrevista como mandado por una o varias personas de Madrid, a las que no identificó, que le habían llamado hacía una semana, que podrían preparar todo para que se levantara la intervención de algunas empresas en pocos días, y solucionar todo en tres o cuatro meses, pero que querían dinero a cambio; manifestando que el Juez del caso, a quien conocía y con quien ya había hablado de la situación, iba a ayudarle dando el visto bueno a lo que preparasen desde Madrid.

Añadió afirmaciones como las siguientes: “Quien me manda, sabe muy bien lo que hace” (f. 3211); “si arregláis esta cosa, te garantizo que en Marbella no tendréis ningún problema judicial nunca” (f. 3211); “lo que entra en el Juzgado yo te lo puedo hacer llegar a controlar” (f. 3211).

Igor trataba de convencer a Daniel para que a su vez convenga a su padre de que debe aceptar el trato, y a tal efecto alude a que el día 15 de julio vencía el contrato preparatorio de la venta del Hotel Puente Romano, lo que le podía suponer una importante penalización o pérdida de dinero.

También insistió en este encuentro Igor a Daniel que la liberación de las empresas, dejada a su curso habitual, podía demorarse mucho, diciéndole que habían llegado al Juzgado dos tralleros con documentación que debía ser traducida y analizada. “Si decidís que queréis arreglarlo, lo tenéis arreglado rapidísimamente” (f. 3217)

El modus operandi propuesto en esa primera reunión fue el siguiente: Igor ofrecería una “demostración”, liberando una empresa que señalase Daniel (solicitándolo los abogados en el Juzgado); unos días antes de la liberación de “Marbella Club” y “Puente Romano”, harían entrega de la mitad de la cantidad (personalmente a Santos), y después la otra mitad cuando se terminase todo.

No consta que estos datos fuesen revelados por Francisco Javier a Igor.

Igor se pondría como garantía, y estaba dispuesto, si Daniel no se fiaba de él, a ir a Londres a hacer la operación con cinco amigos de Daniel.

Quedaron en que Daniel comentaría el asunto con su padre, que es quien había de decidirlo.

41. Junto a otras informaciones, Igor comentó con Daniel determinados datos. Las DP Hidalgo se encontraban declaradas en ese momento secretas.

En particular comentó entre otros extremos:

- Que se había encontrado una oficina con papeles “en B”, gracias a un chivatazo de un abogado de Marbella (f. 3190)

- Que se hizo una transferencia a Rafael de un traficante de hachís al que estaban investigando en “Ballena Blanca”, y que eso fue detonante de la “Operación Hidalgo” (f. 3190).

- Que el Administrador se llevaba un 1%, y que en un año podía ganar 720 millones de pesetas (f. 3210).

- Que existía un contrato preparatorio de venta del Hotel Puente Romano (f. 3211)

- Que había unas cuentas en las Islas Caimán de las empresas de S. (f. 3212), y que trabajan en Praga.

No consta que estos datos fuesen revelados por Francisco Javier a Igor.

2. Entrevista Igor y Daniel en entre finales de mayo y primeros de junio en el restaurante Travel Vic de Marbella grabada por Igor.

42. En fecha indeterminada entre finales de mayo y junio, Igor y Daniel se entrevistaron en el restaurante Travel Vic de Marbella. Dicha entrevista fue grabada por Daniel, grabación que consta incorporada a la causa (CD-0587 A 07/PG1/CD2) estando transcrito su contenido por la Secretaria Judicial, folios 3191 a 3202 por reproducidos.

En esta entrevista Daniel traslada a Santos que su padre no parece dispuesto, y que no están acostumbrados a este modo de actuar, Santos le dice “dile a tu padre que no sea tonto” (f. 3195), que la cosa puede ir a peor (“van a apretar más”, f. 3193 y 3194), y que quienes le mandan saben que tarde o temprano aceptarán, pero que “cuanto más tarde, más caro”

Igor se propone como garantía, llegando a proponer que se quedaría en una habitación del hotel Puente Romano hasta que acabase el proceso (f. 3194)

Daniel le dice que alguien, que no sabe quién es, ha ido a Philippe, e Igor le pregunta si no es verdad que “ya se ha quitado de en medio”.

Igor pregunta a Daniel si él u otra persona de su familia pueden disponer del dinero al margen de su padre.

3. Entrevista Igor y Daniel el 2 de julio de 2007, cuatro días antes de la suspensión de Marcial, en “Beach Club” de Puente Romano, entrevista grabada por una agencia de detectives británica

43. El día 2 de julio de 2007 Igor y Daniel vuelven a reunirse en “Beach Club”, de Puente Romano. Esta entrevista fue grabada por una Agencia de detectives británica estando incorporada a la causa (DVD-Indicio 5), y transcrita por la Secretaria Judicial, folios 2290 a 2307 por reproducidos.

En esta entrevista Igor reitera su ofrecimiento, concretando algo más el modus operandi: se acordaría, como señal o demostración, y de manera inmediata (“tres o cuatro días”) la liberación de alguna empresa o de las cuentas de Joseph, se procedería a hacer un depósito de tres millones en Suiza como depósito por un contrato de opción de compra, y un tiempo después, se pagaría el resto.

Comentan el contenido de la declaración de David ante Francisco Javier en calidad de imputado en las DP Hidalgo, de la que Igor se mostraba conoedor, y valoran si ha sido conveniente o no para sus intereses, diciendo Santos que ha complicado más las cosas, exhibiendo estar al tanto de los motivos por los que está imputado y del montante de la responsabilidad pecuniaria que pudiera imponérsele, 420 millones de euros.

Comentan la importante remuneración del Administrador, haciendo alusión Igor a que, además de la retribución mensual, el 1% del Puente Romano son 1.300.000 euros, y que si en un momento posterior decidieran vender el “Marbella Club” sería otro 1%,

Trata Igor de convencer a Daniel de que la vía que le propone le sale más barata, porque de lo contrario estarían tres o cuatro años “sin tocar un duro de la caja”, además de tener que pagar a los abogados: “no seáis tontos”, vuelve a decirle, “no seas tonto y no te lo pienses más Daniel, porque esta gente, escúchame, cuanto más tiempo pase, ya querrán pedir más dinero”.

No consta que los datos manifestados por Igor y relacionados con las DP Hidalgo fuesen revelados por Francisco Javier a Igor.

4. Entrevista Igor y Daniel el 8 de agosto de 2007 en Suite del Mar, Marbella, cuya grabación se dice fue realizada por Daniel y que, según manifestó José Andrés, fue por él accidentalmente borrada.

44. El día 7 de agosto, por la mañana. (11:38, 11:39, 11:48, 11:54) Igor estuvo intentando localizar a Daniel. Finalmente, éste recibió el aviso que al respecto le dio una recepcionista del “Marbella Club” y llamó a Igor (13:08), quien le dijo que tenía muy buenas noticias para él, y concertaron una cita para la noche del día siguiente, en Suite.

Para esta reunión se estableció diligencia de establecimiento de vigilancia por Instructor de las diligencias de la Guardia Civil, el Alférez de la Guardia Civil con TIP. numero Y-...-I (folio 90). La reunión tuvo lugar en la noche del día 8 de agosto, entre las 23.20 y las 0 23, Daniel y Igor se encontraron en Suite del Mar, en Marbella.

No existe constancia de lo tratado en tal reunión del 8 de agosto.

El día antes, 7 de agosto, a las 21.47, Igor y Francisco Javier hablaron por teléfono y concertaron para el día siguiente una comida con Arnaud, para

decidir “entre todos” lo que van a hacer, con relación a un asunto del que no quería Francisco hablar por teléfono.

Igor había quedado unas horas antes para entrevistarse con Daniel al día siguiente por la noche.

El 8 de agosto, a las 13.22, vuelven a llamarse Igor y Francisco Javier para concretar la cita de la comida, afirmando Igor que tenía esa noche una cena (con Daniel en torno a las 23 h.) “y quería hacer las cosas bien”.

45. En la observación telefónica del número de teléfono intervenido a Igor consta que:

- A las 0 horas 23 minutos 21 segundo del 8 de agosto, se emite desde su teléfono móvil al de Arnaud (619 212 327), la palabra OK.

- A las 0 horas 23 minutos 36 segundo del 8 de agosto, emite desde su teléfono móvil al teléfono de Francisco Javier (núm. 008), la palabra OK.

- A las 0 horas 25 minutos 58 segundos del 8 de agosto, recibe en su teléfono móvil desde el teléfono de Francisco Javier la palabra OK.

5. Entrevista Igor y Daniel el 5 de septiembre de 2007 en el Restaurante MC de Marbella grabada con autorización del Juez Instructor del Juzgado de Instrucción núm. 11 de Málaga.

46. Tras diversos contactos a lo largo del mes de agosto en las que fueron posponiendo la siguiente cita por razones diferentes (16 agosto, 11:04, 17 agosto, 11:09, 20 de agosto, 10:20, 21 agosto, 17:30, 23 agosto, 18:45, 29 agosto, 10:35), 31 agosto, 14:53, 3 septiembre, 16:54 y 4 septiembre, 16:05), Igor y Daniel se reunieron el día 5 de septiembre, en torno a las 18 horas.

El día 4 de septiembre, a las 16.15, Igor le dice a Francisco Javier por teléfono que al día siguiente tenía una “citita con muy buena pinta”, aunque concretando después que se trataba de la firma de un contrato de publicidad.

La reunión de 5 de septiembre fue grabada en video y audio por la Policía judicial, con autorización del Juez Instructor del Juzgado de Instrucción núm. 11 de Málaga y con la del propio Daniel. Su contenido está transcrito por la Secretaría Judicial en los folios 2271 a 2287 que se dan por reproducidos.

En tal ocasión, Igor reitera la propuesta a Daniel, con algunas modificaciones. Así ahora la señal propuesta sería la autorización para la venta del hotel Puente Romano, con retención y bloqueo en el Juzgado del precio recibido y el precio a pagar por S. sería 6 millones de euros, y no los 8 millones de los que hablaron el día 8 de agosto.

Igor dice que con quien habla no es ni el Juez de antes ni el de ahora, que es gente de fuera del Juzgado, aunque también alude al Fiscal como persona que está al corriente.

Quedan en que Daniel lo consultará con su padre y le dará la respuesta y tratan también sobre la publicidad del establecimiento de Daniel en la revista Social Life, de Igor.

Ese mismo día 5 de septiembre, a las 19:39, Daniel llama a Igor para comunicarle que su padre no está de acuerdo en que la señal para el pago sea la autorización de la venta de Puente Romano, y le propone que sea la empresa “Nonante Construcciones, SL.”. Quedan para el día siguiente, a las diez de la mañana.

Con anterioridad, el mismo día 5 de septiembre pero a las 18.52, después de terminar su entrevista con Daniel, Igor llamó “camino de Marcial, y éste le pregunto:

“¿Hablaste con tu amigo?”, contestándole Igor:

“Todo OK”.

6. Entrevista Igor y Daniel el 6 de septiembre de 2007 en el Restaurante MC de Marbella grabada con autorización del Juez Instructor del Juzgado de Instrucción núm. 11 de Málaga.

47. El día 6 de septiembre, hacia las diez de la mañana, Igor y Daniel volvieron a reunirse. Dicha reunión fue grabada en video y audio por la Policía judicial, con autorización del Juez Instructor del Juzgado de Instrucción núm. 11 de Málaga y con la del propio Daniel. Su contenido está transcrito por la Secretaria Judicial en los folios 2255 a 2270 que se dan por reproducidos.

En ella Daniel pide a Igor que la señal sea la liberación de la empresa “Nonante Construcciones, SL.”. Igor no da respuesta en ese momento, porque, según le dice, irá a Madrid a comentarlo con quienes le mandan para ver si es posible, mostrando contrariedad porque ya estaba preparado lo de la autorización de la venta del hotel Puente Romano.

A lo largo de la reunión comentan muchos otros temas, fingiendo Igor no tener conocimiento de que Arnaud estuviera también imputado en el procedimiento que se seguía contra Francisco Javier en el TSJA.

Ese mismo día Francisco Javier estaba declarando en Granada como imputado en las diligencias previas número 3/2007 que contra él se habían incoado el 4 de julio de 2007 en la Sala Civil y Penal de este Tribunal Superior de Justicia.

También en esta reunión ofreció Igor a Danielo S. datos sobre la Operación Hidalgo, que aún permanecía secreta, como que Rafael estaba imputado por blanquear dinero procedente de tráfico de droga y de armas o que el Juez Instructor había recibido un informe con una lista de personas a detener.

No consta que éstos fuesen revelados por Francisco Javier a Igor.

Igor no fue a Madrid a comentar con nadie esta contraoferta de Daniel.

El 8 de septiembre Igor recibe a las 12.32 una llamada de Daniel desde una cabina, en cuya conversación Igor le dice: “es posible, pero me han puesto una condición”.

El mismo día de la reunión del 6 de septiembre, a las 18.22, varias horas después de este encuentro con Daniel, Igor llama a Francisco Javier y le dice que tienen que verse urgentemente. Luego, en conversación de las 20.37, explica que tiene que verle “porque me ha surgido una cosita”. A las 20.33 también envió un SMS a Arnaud diciéndole “nos tenemos que ver”.

48. Igor llamó a Francisco Javier (18:22 y 20:37) y a Arnaud (20:33) diciéndoles que tenían que verse urgentemente “porque le había surgido una cosita”.

7. Entrevista Igor y Daniel el 8 de septiembre de 2007 fuera del MC.

49. El día 8 de septiembre vuelven a hablar por teléfono Daniel e Igor (11:22 y 12:32), diciéndole Igor a Daniel que “es posible, pero me han puesto una condición”.

Según la conversación telefónica entre Igor y Daniel de las 13:06:04 (folio 2653), vuelven ambos a encontrarse fuera del MC no constando en las actuaciones el contenido de esa nueva reunión.

Terminada la misma, Igor llama a Arnaud, no a Francisco Javier, y le dice: “Esta tarde me dan el OK, pero en un principio todo bien, voy a venderle la doble página al final, tío”.

8. Entrevista Igor y Daniel el 10 de septiembre de 2007 en el restaurante “Los Pacos” grabada por Daniel con “voicetracer”.

50. La última reunión habida entre Igor y Daniel de la que se tiene constancia se produjo el día 10 de septiembre, en el restaurante “Los Pacos”, hacía las 14 horas. Fue grabada personalmente por Daniel sin autorización judicial, y su contenido ha sido transcrito por la Secretaria Judicial, folios 2309 a 2314 que se dan por reproducidos.

En esta reunión Igor cambia de nuevo los detalles del modus operandi, proponiendo a Daniel que previamente a la liberación de la empresa Nonante Construcciones, SL (que era lo solicitado por Daniel), ambos firmasen, como garantía recíproca del buen fin de la operación, un contrato de opción de compra de su revista Social Life, con una cláusula de penalización de 500.000 ptas, que Daniel perdería si se liberaba la empresa y no pagaban la cantidad de 6 millones de euros.

Tras no aceptar Daniel tampoco esa fórmula, convienen finalmente en que en el momento en que se liberase la empresa, S. pagaría los 6 millones de euros.

El mismo día de esta reunión del 10 de septiembre, a las 10.11, Francisco Javier llama a Igor diciéndole que iba de camino a Granada. Igor dice a Francisco que tiene que ver a Jaione porque “a lo mejor me tiene que redactar la venta de la revista”, preguntando Francisco con sorpresa si iba a vender la revista, a lo que Igor le dice “no, ya te contaré, ya te contaré para... vale?”.

Al día siguiente, 11 de septiembre, la representación procesal de David presenta en el Juzgado solicitud de alzamiento de la administración judicial sobre la empresa “Nonante Construcciones”, SL. (folio 6684 del vol. XXII de DP Hidalgo, PS III), remitiéndose a Igor una copia del mismo para su consideración (conversaciones habidas con Daniel el 13 septiembre, a las 17:29, y con César el 14 de septiembre, a las 21:49).

Dicho escrito fue rectificado y completado por otro presentado en el Juzgado el 18 de septiembre que se encuentra en la Pieza Separada de Administración Judicial.

9. Fin de los contactos entre Igor y Daniel.

51. A partir de esa fecha, Igor y Daniel no volvieron a reunirse, aunque si mantuvieron nuevos contactos telefónicos en los que Igor todavía daba esperanzas a Daniel (26 septiembre, 18:28, 27 de septiembre a las 11:27 y a las 12:27. 13 de octubre a las 11:22).

Finalmente, el día 25 de octubre, a las 19:58, Igor envía un SMS a Daniel diciéndole: a(...)Lo siento, no puedo ayudarte con tus problemas (...)"

e) De las intervenciones telefónicas acordadas y de la transcripción de las conversaciones producidas y mensajes SMS enviados.

52. Por el Ilmo. Sr. Juan Francisco Ramírez Barroso, Magistrado del Juzgado de Instrucción núm. 11 de los de Málaga se acordó, en el ámbito de las Diligencias Previas núm. 5182/07 que instruía, las siguientes intervenciones telefónicas, con el resultado y transcripciones que obran en esta causa y que se dan por reproducidas:

- Por auto de 20 julio de 2007 se acordó la intervención del teléfono ...670, utilizado por Igor (folio 50 de estas actuaciones).

- Por auto de 21 de agosto de 2007 se acordó la intervención de los teléfonos ...133, utilizado por Alfonso y ...337 utilizado por Arnaud, así como la prórroga por otro mes del utilizado por Igor (folio 172 de estas actuaciones).

- Por auto de 6 septiembre de 2007 se acordó la intervención por quince días del teléfono ...008 utilizado por Francisco Javier (folio 269 de estas actuaciones).

Obra a los folios 7916 a 7922 de esta causa listado en el que se relaciona y numera todas las conversaciones transcritas en esta causa ya sean de reuniones o encuentros, ya sea de conversaciones telefónicas seleccionadas, ya de mensajes SMS seleccionados.

53. Mediante auto de 4 de enero de 2008, el Juzgado de Instrucción núm. 11 de los de Málaga se acordó, el cese de la intervención de los teléfonos de Igor, Arnaud y Francisco Javier “con motivo de que los implicados han tenido conocimiento por medio de terceras personas no identificadas de la existencia de la intervención hasta el punto de que han decidido paralizar cualquier gestión sobre el hecho presuntamente ilícito objeto de investigación” (folio 1838 y siguientes de estas actuaciones),

54. Respecto de la intervención telefónica y las sucesivas prórrogas sobre el teléfono utilizado por el aforado Francisco Javier, una vez recibida en este Tribunal Superior la Exposición Razonada del Magistrado del Juzgado de Instrucción núm. 11 de los de Málaga, se acordó de oficio por el Ilmo. Sr. Magistrado Instructor de la causa que ahora nos ocupa, mediante providencia de 15 de enero de 2008 (folio 1881 de estas actuaciones), dar traslado al Ministerio Fiscal para que se pronuncie sobre la validez o nulidad de las intervenciones telefónicas y sus prórrogas respecto del aforado.

En fecha 21 de enero de 2008 el Ilmo. Sr. Magistrado Instructor dictó auto acordando la nulidad de los autos del Juzgado de Instrucción núm. 11 de Málaga de 6 de septiembre, 20 de septiembre, 19 de octubre, 20 de noviembre y 19 de diciembre de 2007, en cuanto que en ellos se acordó la intervención del teléfono núm. 676612008 titular de Francisco Javier y las prórrogas sucesivas de dicha medida, acordando desglosar de las actuaciones principales los diez CDs en los que se contiene el resultado de la intervención de dicho teléfono, así como los folios 328 a 369, 540 a 610, 693 a 711, 778 a 787, 820 a 885, 1097 a 1103, 1110 a 1171, 1482 a 1561 y 1827 a 1836, formando con todo ello la pieza separada I de estas actuaciones.

f) Del ofrecimiento por Arnaud a Francisco Javier para que éste a cambio del pago de 60.000 euros por Azam acordase la libertad provisional de Azam, la de su esposa Khadija y la de su sobrino Jan en las DP Hidalgo, de la aceptación por Francisco Javier de tal ofrecimiento y de lo resuelto por Francisco Javier respecto de la situación personal de Jan, Khadija y Azam en las DP Hidalgo.

55. Mediante autos del martes 17 de abril de 2007 Francisco Javier acordó en las DP Hidalgo la detención de Jan (folios 60-61 PSIII) y de Khadija (folios 2-3 PSIII) como imputados por un posible delito de blanqueo de capitales siendo ambos detenidos el mismo día 17.

Mediante autos de la misma fecha Francisco Javier acordó en las DP Hidalgo la entrada y registro en los domicilios de Azam (folios 1453-1460 DP Hidalgo, en PS III) y Jan (folios 1461-1464 DP Hidalgo, en PS III).

56. Mediante autos del jueves 19 de abril de 2007 Francisco Javier, acordó la prisión provisional sin fianza de Jan (folios 66-68 PSIII) y Khadija (folios 8-10 PSIII), previa comparecencia en la que el Ministerio Fiscal manifestó, entre otras cosas, lo siguiente:

“(…) Por lo que se refiere Jan, aparece implicado en un procedimiento penal que se sigue en Bélgica en la actualidad por los presuntos delitos de defraudación a la Hacienda Pública por elusión del pago del IVA con un importe estimado de más de 136 millones de euros. Consta que a raíz de las investigaciones seguidas en dicho país por tal motivo se desplaza a España donde procede al ocultamiento de parte de las ganancias obtenidas por su actividad delictiva a través de la adquisición de las participaciones en (...). Asimismo, con el dinero procedente de la actividad delictiva antes referida, constituye en el año 2003 otras entidades también con el asesoramiento de la entidad Santa Ana mediante las cuales realiza actividades económicas en el sector petrolero”.

“Por lo que se refiere a la Señora Khadija, está acreditado que es la esposa del señor Azam, individuo éste igualmente implicado en el mismo procedimiento que se sigue en Bélgica contra Jan por la defraudación a la Hacienda antes referida”.

57. En la fundamentación del auto prisión de Khadija, esposa de Azam, del jueves 19 de abril de 2007, Francisco Javier motivó que “existen indicios bastantes de que la detenida ha colaborado con su marido para permitir a este la utilización del entramado societario proporcionado por el despacho de Abogados Rafael y por la Asesoría Santa Ana 1.SL. para ocultar el producto de un delito cometido previamente en Bélgica y consistente en la defraudación a la Hacienda Pública por elusión del pago del IVA por un importe estimado de más de 136 millones de euros, así como de mantener en la oscuridad la verdadera titularidad de los bienes adquiridos y de las inversiones realizadas en España con los fondos provenientes del mismo. Así, figura como administradora solidaria de la entidad Aloha Golf SL. sociedad que se constituye con un capital

social de 293 millones de pesetas, dinero que hay que referir a la defraudación cometida por su marido en Bélgica. Además, apertura una cuenta corriente en la que se ingresan tres millones de euros provenientes del mismo delito, de los que llega a disponer. Tales indicios unidos a la falta de arraigo del imputado, al hecho de que ya ha intentado eludir la acción de la justicia en otro país de la Unión Europea y a la posibilidad de disponer de grandes cantidades de dinero en otros países”.

58. En la fundamentación del auto prisión de Jan, sobrino de Azam, del jueves 19 de abril de 2007, Francisco Javier motivó que “existen indicios bastantes de que el detenido ha utilizado el entramado societario proporcionado por el despacho de Abogados Rafael y por la Asesoría Santa Ana 1 SL. para ocultar el producto de un delito cometido previamente en Bélgica y consistente en la defraudación a la Hacienda Pública por elusión del pago del IVA por un importe estimado de más de 136 millones de euros, así como de mantener en la oscuridad la verdadera titularidad de los bienes adquiridos y de las inversiones realizadas en España con los fondos provenientes del mismo. Además mediante operaciones de crédito sospechosas se ha evitado el embargo decretado por las autoridades belgas en el procedimiento incoado en aquel país. Tales indicios unidos a la falta de arraigo del imputado, al hecho de que ya ha intentado eludir la acción de la justicia en otro país de la Unión Europea y a la posibilidad de disponer de grandes cantidades de dinero en otros países”.

59. Comunicado a Azam, con domicilio en Bélgica, la detención e ingreso en prisión de sus familiares, Azam voló hasta España para ir a Marbella trayendo en efectivo algo menos de 100.000 euros.

60. Antes de su declaración ante Francisco Javier y de que éste acordar su ingreso en prisión el 20 de abril, consciente ya de que su esposa Khadija y su sobrino Jan se encontraban sometidos a medidas cautelares personales en las DP Hidalgo, y de que él tenía que declarar, Azam se encontró con su amigo Arnaud en las proximidades de los juzgados de Marbella y le comentó cuál era la situación en la que él y sus familiares se encontraban.

61. En el transcurso del encuentro, Arnaud le hizo saber a Azam que él conocía al Juez del caso, que todo iba a salir bien que no se preocupara y que podría ayudarle en su situación y en la de sus familiares en las DP Hidalgo, a cambio de dinero, ofrecimiento que, una vez concretado entre Francisco Javier y Arnaud, fue aceptado por Azam.

El ofrecimiento se concretó en que Azam entregase 60.000 euros como pago para que Francisco Javier acordase la libertad de Azam, de su esposa Khadija y de su sobrino Jan.

62. La entrega de los 60.000 euros la realizó, a Arnaud, Tariq, hermano de Jan, por orden de Azam una vez éste estaba ya en prisión y sin indicarle a Tariq cuál era la finalidad concreta de tal entrega.

Una vez realizado el pago, Francisco Javier dictó el 2 de mayo de 2007, cumpliendo con lo prometido, tres autos acordando la libertad provisional con fianza de Jan (100.000 euros), Khadija (50.000 euros) y Azam (100.000 euros).

63. Mediante auto del martes 17 de abril de 2007 (folios 117-118 PSIII) Francisco Javier había acordado en el ámbito de las DP Hidalgo la detención de Azam.

64. El viernes 20 de abril de 2007 declaró Azam como imputado ante Francisco Javier, y en su declaración Azam puso de manifiesto que estaba procesado en Bélgica y que “circula por Bélgica con plena normalidad”, habiendo quedado en libertad provisional en dicho país, aunque se le habían embargado propiedades.

No obstante estas manifestaciones, Francisco Javier convocó la Comparecencia prevista legalmente, y finalmente mediante auto del viernes 20 de abril de 2007 Francisco Javier acordó, a instancias del Ministerio Fiscal, la adopción de la medida de prisión provisional sin fianza de Azam (folios 123-124 PSIII).

65. En la comparecencia celebrada al efecto (folios 119-122 PSIII), el Letrado Sr. Aido Montañés, en defensa de Azam esgrimió, entre otros, el siguiente argumento: “Debemos poner de manifiesto el contenido del principio “non bis in ídem”, en virtud del cual no se podría imputar al Sr. Azam el presente delito que entendemos por hechos totalmente idénticos que se persiguen ante las autoridades belgas, como debe estar acreditado en las actuaciones y como no obstante hemos acreditado suficientemente con la nota simple del Registro de

la Propiedad aportada en el que consta la prohibición de disponer sobre la vivienda adquirida y que básicamente constituye la principal imputación del Sr. Azam, y por la que se le imputa de igual forma un delito de blanqueo de capitales en aquél país al entender que se está ya juzgado el verdadero titular de esa vivienda”.

Más adelante, añadió:

“Debemos recordar que se encuentra en libertad provisional en Bélgica por estos mismos hechos por lo que ningún miedo deberá tener a la acción de la justicia.

66. En la fundamentación del auto prisión de Azam de 20 de abril de 2007 Francisco Javier motivó que “existen indicios bastantes de que el imputado ha utilizado el entramado societario proporcionado por el despacho de Abogados Rafael y para la Asesoría Santa Ana 1. SL. para ocultar el producto de un delito cometido previamente en Bélgica y consistente en la defraudación a la Hacienda Pública por elusión del pago del IVA por un importe estimado de más de 136 millones de euros, así como para mantener en la oscuridad la verdadera titularidad de los bienes adquiridos y de las inversiones realizadas en España con los fondos provenientes del mismo. Para ella, constituyó la entidad Aloha Golf SL. sociedad que se constituye con un capital social de 293 millones de pesetas, dinero que hay que referir a la defraudación cometida en Bélgica, y la entidad Las Brisas 17, SL., sociedad que se constituyó con un capital social de 39.890.000 pesetas que nuevamente hay que referir a dicha defraudación. Además, apertura una cuenta corriente en la que se ingresan tres millones de euros provinientes del mismo delito, de los que llega a disponer. Tales indicios unidos a la falta de arraigo del imputado, al hecho de que ya ha intentado eludir la acción de la justicia en otro país de la Unión Europea y a la posibilidad de disponer de grandes cantidades de dinero en otros países”

67. Ese mismo viernes día 20 de abril, se presentó en el Juzgado de Guardia recurso de reforma contra el auto de prisión por la representación de Sergio (folios 70-80 PSIII).

68. El sábado día 21 de abril de 2007, se presentó en el Juzgado de Guardia recurso de reforma contra el auto de prisión por la representación de Josefa (folios 11-18 PSIII).

69. Mediante providencias del lunes 30 de abril de Francisco Javier acordó tener por presentados los recursos de las representaciones procesales de Khadija y Jan contra los autos de prisión, y se daba copia de los mismos al Ministerio Fiscal para informe.

El Ministerio Fiscal impugnó ambos recursos de reforma en sus escritos del mismo lunes 30 de abril (folios 23-24 y 82, respectivamente, de la PSIII).

70. El mismo 30 de abril, se presentó escrito por la representación de Jan de alegaciones complementarias al recurso presentado el día 20 de abril (folios 83-86 PS III). En este escrito se ofreció el argumento, no referido en el recurso de reforma, de que Jan se hallaba sujeto a un procedimiento en Bélgica por los mismos hechos, y que en ese procedimiento se había acordado su libertad, sin que conste ninguna orden de busca y captura contra el mismo, adjuntando una copia de un auto del Juzgado Central de Instrucción de la Audiencia Nacional, fechado hacía unos dos años y medio, en concreto de fecha 2.11.04 en el que, en el marco de una orden de detención europea, el Juzgado reformó su auto de 17.10.04 en el sentido de acordar la libertad provisional del reclamado Jan previa constitución de una fianza en metálico por importe de 12000 euros.

71. Francisco Javier dictó auto el miércoles 2 de mayo de 2007 estimando parcialmente el recurso de reforma formulado por Khadija, acordando su libertad provisional con fianza 50.000 euros (folios 25-36 PSIII) en contra del criterio del Ministerio Fiscal, sin haber efectuado comprobación alguna con la Audiencia Nacional de que los hechos imputados a Jan en Bélgica fueren los mismos que los imputados en las DP Hidalgo ni que su calificación jurídica fuese la misma o análoga, sin constancia de que ello fuere así, sin haberse aportado hasta ese momento a la causa documento alguno que justificase las mers alegaciones efectuadas en las comparecencias de los imputados sobre el proceso que se les seguía en Bélgica, sin haberse acreditado ni comprobado en las DP Hidalgo que la Justicia belga imputaba los mismos hechos a los por él investigados, y sin argumentar los motivos que justificaban la libertad por la existencia de arraigo o por la ausencia de riesgo de elusión de la acción de la justicia, en contraposición a los razonamiento expresamente utilizados, en los

autos de prisión provisional sin fianza, respecto a la ausencia de arraigo y al riesgo de fuga.

En este auto Francisco Javier motivó que “Sin embargo, se ha acreditado que la Justicia belga, después de conocer las actividades en España de Jan y de Azam, les ha imputado también un delito de blanqueo de capitales, sin que haya acordado ninguna medida cautelar en orden a su situación personal. Ello nos lleva a considerar desproporcionada la medida de prisión incondicional comunicada y sin fianza impuesta, pues parece ilógico que la Justicia española, conociendo de lo menos, imponga consecuencias más duras, máxime cuando con mucha probabilidad el conocimiento de la causa con respecto a D. Jan, D. Azam y D^a Khadija termine bajo la jurisdicción belga”.

72. Francisco Javier dictó auto el miércoles 2 de mayo de 2007 estimando parcialmente el recurso de reforma formulado por Jan, acordando su libertad provisional con fianza 100.000 euros (folios 89-90 PSIII) en contra del criterio del Ministerio Fiscal, sin haber efectuado comprobación alguna con la Audiencia Nacional de que los hechos imputados a Jan en Bélgica fueren los mismos que los imputados en las DP Hidalgo ni que su calificación-jurídica fuese la misma o análoga, sin constancia de que ello fuere así, sin haberse aportado hasta ese momento a la causa documento alguno que justificase las meras alegaciones efectuadas en las comparecencias de los imputados sobre el proceso que se les seguía en Bélgica, sin haberse acreditado ni comprobado en las DP Hidalgo que la Justicia belga imputaba los mismos hechos a los por él investigados y sin argumentar los motivos que justificaban la libertad por la existencia de arraigo o por la ausencia de riesgo de elusión de la acción de la justicia, en contraposición a los razonamiento expresamente utilizados, en los autos de prisión provisional sin fianza, respecto a la ausencia de arraigo y al riesgo de fuga.

En este auto Francisco Javier motivó que “Sin embargo, la representación del recurrente ha acreditado que la Justicia belga, después de conocer sus actividades en España, le ha imputado también un delito de blanqueo de capitales, sin que haya acordado ninguna medida cautelar en orden a su situación personal. Ello nos lleva a considerar desproporcionada la medida de prisión incondicional comunicada y sin fianza impuesta, pues parece ilógico que la Justicia española, conociendo de lo menos, imponga consecuencias más duras, máxime cuando con mucha probabilidad el conocimiento de la causa con respecto a D. Jan, D. Azam y D^a Khadija termine bajo la jurisdicción belga”.

73. El mismo miércoles 2 de mayo de 2007, Francisco Javier, de igual forma, sin haber efectuado comprobación alguna con la Audiencia Nacional de que los hechos imputados a Jan en Bélgica fueren los mismos que los imputados en las DP Hidalgo, sin constancia de que ello fuere así, sin haberse aportado hasta ese momento a la causa documento alguno que justificase las meras alegaciones efectuadas en las comparecencias de los imputados sobre el proceso que se les seguía en Bélgica, sin haberse acreditado ni comprobado en las DP Hidalgo que la Justicia belga imputaba los mismos hechos y por la misma o análoga calificación jurídica a los por él investigados, sin que en ese momento existiere razón alguna en derecho y datos fácticos de los que se pudiese concluir que, por aplicación del principio “non bis in idem”, con mucha probabilidad el conocimiento de la causa con respecto a D. Jan, D. Azam y D^a Khadija termine bajo la jurisdicción belga y sin argumentar los motivos que justificaban la libertad por la existencia de arraigo o por la ausencia de riesgo de elusión de la acción de la justicia, en contraposición a los razonamientos expresamente utilizados, en los autos de prisión provisional sin fianza, respecto a la ausencia de arraigo y al riesgo de fuga, dictó auto (folios 128-129 PS III) en el que, por considerar que el imputado Azam es “de la misma naturaleza procesal y jurídica” que Jan a quien se puso en libertad (antecedente de hecho segundo de tal resolución), reformaba de oficio el auto de 20 abril de 2007, “sustituyéndola por otra menos gravosa para el imputado”, acordando en su lugar la libertad provisional de Azam con fianza de 100.000 euros.

74. Ninguno de estos autos fue recurrido por el Ministerio Fiscal, quien no obstante indicó a Francisco Javier en conversación telefónica antes del dictado de estos autos que habría que comprobar que los hechos de Bélgica alegados y los que se investigaban en las DP Hidalgo eran coincidentes.

76. Por el letrado de Azam se presentó en las DP Hidalgo, el día 3 de mayo de 2007, escrito solicitando el sobreseimiento provisional de Francisco Javier alegando la existencia, “en la actualidad y al menos desde el año 2004, un procedimiento penal abierto en otro país de la Unión Europea, en concreto Bélgica, por un presunto delito fiscal y de blanqueo de capitales, en el que se encuentra imputado nuestro representado “por los mismos hechos ahora nuevamente imputados aquí en España en este procedimiento”.

Junto con su escrito solicitando el sobreseimiento y a fin de acreditar que los hechos que se investigaban en Bélgica eran los mismos que los investigados

en las DP Hidalgo, se adjuntaban por el letrado de Azam unos “documentos en francés, sin perjuicio de que acompañemos su traducción en cuanto nos se posible”, documentos que obran a los folios 1022-1048 de estas actuaciones.

La traducción de tales documentos obra a los folios 1049-1070 de estas actuaciones, no constando cuando tal traducción fue presentada a Francisco Javier en las DP Hidalgo.

77. Con fecha 13 de junio de 2007, Francisco Javier desestimó la petición de sobreseimiento del Letrado de Azam (folio 3945 Tomo XVI DP Hidalgo, en PS III), basándose en el informe evacuado por el Ministerio Fiscal el 30 de mayo de 2007 (folio 3944 Tomo XVI DP Hidalgo, en PS III) en el que oponía a dicho sobreseimiento “sin perjuicio de la decisión que pueda tomarse una vez efectuadas las comprobaciones oportunas sobre ese extremo”(sic).

SEGUNDO.- La Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (con sede en Granada) en la citada sentencia, dictó la siguiente Parte Dispositiva: “Que debemos absolver y absolvemos al acusado Francisco Javier de la imputación por el delito de prevaricación por el dictado en las DP Hidalgo del auto de 16 de abril de 2007, relativo a la adopción de medidas consistentes en la prohibición de disponer de bienes inmuebles y vehículos, el bloqueo de productos financieros y bienes de las sociedades del Grupo Asesoramiento y Dirección de Hoteles (ADH), perteneciente a David.

Que debemos absolver y absolvemos al acusado Francisco Javier de la imputación por el delito de prevaricación por el dictado en las DP Hidalgo del auto de fecha 4 de mayo de 2007, relativo al nombramiento del Administrador Judicial en las DP Hidalgo y al establecimiento de su retribución.

Que debemos absolver y absolvemos a los acusados Francisco Javier, Arnaud e Igor por la imputación del delito de cohecho que venían siendo acusados, respecto de las gestiones realizadas por Arnaud e Igor con los S.

Que debemos absolver y absolvemos al acusado Francisco Javier de la imputación por delito de delito de revelación de secretos del que venía siendo acusado.

Que debemos condenar y condenamos al acusado Francisco Javier, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de responsabilidad criminal, como autor criminalmente responsable de un delito comisión de un delito continuado de prevaricación del artículo 446.3 en relación con el artículo 74 del Código Penal, por el dictado de los autos de 2 de mayo de 2007 de libertad provisional con fianza respecto a Jan, Khadija y Azam, a la pena de 18 meses de multa a razón de una cuota diaria de cien euros, con responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas diarias no satisfechas, y a la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo de Juez o Magistrado por tiempo de diez años.

Que debemos condenar y condenamos al acusado Francisco Javier, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de responsabilidad criminal, como autor de un delito de cohecho del artículo 419 del Código Penal a la pena de dos años de prisión, con inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, al pago de la multa de 60.000 euros, con la responsabilidad personal subsidiaria de un mes de prisión en caso de impago y a la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo de Juez o Magistrado por tiempo de siete años.

Que debemos condenar y condenamos al acusado Arnaud, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de responsabilidad criminal, como autor de un delito de cohecho un delito de cohecho del artículo 423.1 en relación con el 419 del Código Penal a la pena de dos años de prisión, con inhabilitación para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y al pago de la multa de 60.000 euros, con la responsabilidad personal subsidiaria de un mes de prisión en caso de impago.

Que debemos condenar y condenamos al acusado Azam, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de responsabilidad criminal, como autor de un delito de cohecho un delito de cohecho del artículo 423.2 en relación con el artículo 423.1 y 419.1 del Código Penal, a la pena de un año de prisión y al pago de la multa de 50.000 euros, con la responsabilidad personal subsidiaria de un mes de privación de libertad en caso de impago.

Que debemos absolver y absolvemos al Estado, respecto de la petición como responsable civil subsidiario que se le reclamaba.

En cuanto a las costas:

1. Declararnos de oficio cuatro octavas partes del total de las costas procesales.
2. Condenamos a Francisco Javier, al pago de una octava parte del total de las costas procesales.
3. Y respecto a las restantes tres octavas partes del total de las costas procesales, condenamos a Francisco Javier al pago de un tercio de las mismas, a Arnaud al pago de otro tercio y a Azam al pago del tercio restante.

Reclámese del Magistrado-Instructor las correspondientes piezas separadas de responsabilidad civil, una vez concluida conforme a Derecho”(sic).

TERCERO.- Que en fecha 28 de junio de 2010, ha recaído auto aclaratorio de la sentencia anteriormente mencionada, en el que dictó la siguiente Parte Dispositiva: “Se rectifica el error material cometido en la página 2 de la sentencia dictada en el presente procedimiento con fecha 18 de junio de 2010, por lo que donde dice: “Representado por la Procuradora D^a María Victoria Aguilar Ros y defendido por el Letrado D. Javier Boix Reig”, debe decir: “Representado por la Procuradora D^a María Victoria Aguilar Ros y defendido por el Letrado D. Javier Boix Reig y la Letrada D^a Susana Boiz Palop”(sic)

CUARTO.- Notificada la resolución a las partes, se prepararon recursos de casación por infracción de Ley y de precepto Constitucional, así como por quebrantamiento de Forma, por Arnaud, Azam, Francisco Javier, Rafael, David y la mercantil “Al Rima S.A.”, que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose los correspondientes recursos.

QUINTO.- El recurso interpuesto por Arnaud, se basó en los siguientes motivos de casación:

Por infracción de precepto Constitucional.

1.- Se plantea el presente motivo amparado en el artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y el artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por cuanto se ha vulnerado en el presente procedimiento el derecho fundamental a la presunción de inocencia, a que se refiere el artículo 24.2 de la Constitución Española.

Por quebrantamiento de forma.

2.- Se formula al amparo del artículo 850.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por denegación de diligencias de prueba que, propuestas en tiempo y forma por esta parte, se consideran pertinentes.

A los efectos procedentes en derecho, se señala que el quebrantamiento de forma denunciado, supone también la vulneración de los artículos 24.1 y 2 de la Constitución española, al lesionar el derecho a la tutela judicial efectiva de su mandante, causándole indefensión, y el derecho de defensa y de utilizar los medios de prueba pertinentes para la misma.

Por infracción de Ley.

3.- Se formula al amparo del artículo 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por error de hecho en la apreciación de la prueba.

4.- Se formula al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por aplicación indebida del artículo 423.1 del Código Penal, en relación con el artículo 419.

SEXTO.- El recurso interpuesto por Azam, se basó en los siguientes motivos de casación:

1.- Por infracción de Ley al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por indebida aplicación del artículo 24 de la constitución Española.

SÉPTIMO.- El recurso interpuesto por Francisco Javier, se basó en los siguientes motivos de casación:

1.- Al amparo del artículo 852 de la LECrim: por vulneración del artículo 24.2 C.E., al haberse conculcado el derecho a la presunción de inocencia establecido por el artículo 24.2 CE.

2.- Al amparo del artículo 849.2 LECrim, por error en la apreciación de la prueba basado en documentos que obran en autos demostrativos de la equivocación del Juzgador.

3.- Al amparo del art. 849.1 LECrim, por infracción del artículo 446 CP.

4.- Al amparo del art. 849.1 LECrim, por aplicación indebida del art. 74 CP.

5.- Al amparo del artículo 849.1 LEcrim, por infracción del artículo 419 CP.

6.- Al amparo del artículo 852 de la LECrim, en relación con el artículo 24 y 120.3 de la Constitución española por falta de motivación en la cuantía dineraria de la multa impuesta por el delito de prevaricación, con infracción del art. 50.5 del Código Penal.

OCTAVO.- El recurso interpuesto por Rafael, se basó en los siguientes motivos de casación:

1.- Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva establecido en el artículo 24.1 de la Constitución, toda vez que en la sentencia se excluye del enjuiciamiento el dictado del auto de 26 de abril de 2007 en el que se acuerda la constitución de la administración judicial; y ello, no obstante el tenor del auto de apertura del juicio oral de fecha 18 de enero de 2010, en el que dicha apertura está expresamente referida a “los hechos expuestos en los escritos de acusación” y el sobreseimiento libre se circunscribe al delito de falsedad documental.-

2.- Quebrantamiento de Forma, al no haberse pronunciado la sentencia en cuanto al fondo sobre todos los puntos que han sido objeto de acusación. En concreto, al haber excluido del enjuiciamiento el dictado del auto de 26 de abril de 2007 acordando la constitución de la administración judicial.

3.- Error de hecho en la apreciación de la prueba: de un lado, al haber omitido en el relato de hechos probados determinados pasajes de los autos de la Audiencia Provincial de Málaga 576, 578 y 579 de 5 de noviembre de 2007 (folios 1476 a 1480 y 5602 a 5612 de esta causa) que resultan especialmente relevantes; y, de otro, al hacer referencia en el apartado 15 de dicho relato al “auto de 4 de mayo de 2007 formalizando tal nombramiento del Administrador Judicial (folio 612, vol. II de Pieza Separada de Administración Judicial de DP Hidalgo, PS III)” en lugar de a el “auto de 24 de mayo de 2007 resolviendo los recursos de reforma contra el auto de 4 de mayo de 2007 (folio 1203 col. III, Pieza Separada de Administración Judicial en DP Hidalgo, PS III)”.

4.- Infracción de Ley, por inaplicación de los artículos 446 3 y 74 del Código Penal al haber considerado que los hechos declarados probados no integran un delito continuado de prevaricación; o, alternativamente, por inaplicación del artículo 446, 3 citado en el caso de estimar que, pese a la pluralidad de actos, se trata de un único hecho, aunque fragmentado.-

NOVENO.- El recurso interpuesto por David y la mercantil “Al Rima SA”, se basó en los siguientes motivos de casación:

1.- Quebrantamiento de Forma.- Al amparo de lo dispuesto en el artículo 851-1, 2 y 3 de la ley procesal de este orden jurisdiccional denuncian los quebrantamientos de forma en que incurre la Sentencia que se impugna.

2.- Infracción del artículo 24 de la Constitución al amparo del art. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.-

3.- Inaplicación de los artículos 446.3 (delito de prevaricación), 425 (delito de cohecho) y 466,2º (delito de revelación de secreto) del vigente Código Penal.

DÉCIMO.- Instruido el Ministerio Fiscal y las partes recurridas; interesa el Ministerio Fiscal la estimación del motivo tercero del recurso interpuesto por el recurrente Francisco Javier y la inadmisión a trámite del resto de los motivos de los recursos interpuestos, por las razones que obran unidas a los presentes autos y subsidiariamente los impugnan; las partes recurridas se dan por instruidas; quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

UNDÉCIMO.- Hecho el señalamiento para Vista, se celebró la misma prevenida para el día veintiuno de febrero de dos mil doce.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Recurso interpuesto por la acusación particular en nombre de Rafael.

PRIMERO.- En el primer motivo se queja la parte recurrente de la exclusión del auto de 26 de abril de 2007 del objeto del enjuiciamiento. En el referido auto se acordó la constitución de la administración judicial y constituye el antecedente del auto de 4 de mayo en el que se procede al nombramiento del administrador y a la fijación de sus retribuciones. El dictado de dicho auto estaba incluido en el relato de las acusaciones y el auto de apertura del juicio oral se refiere a los hechos contenidos en tales escritos. Interesa el recurrente que en la sentencia de casación se valore la trascendencia jurídico penal del auto de 26 de abril.

En el segundo motivo se plantea la misma cuestión por la vía del quebrantamiento de forma al no haberse pronunciado sobre el auto de 26 de

abril de 2007, indebidamente excluido del enjuiciamiento, solicitando ahora la devolución de la sentencia al tribunal de instancia.

1. Los hechos que constituyen el objeto del proceso se van delimitando progresivamente desde la denuncia o querrela a través de la instrucción; en el auto de transformación a procedimiento abreviado que contiene los hechos justiciables; en los escritos de las partes acusadoras; en el auto de apertura del juicio oral y definitivamente en las conclusiones definitivas de las partes. En el procedimiento abreviado, una vez que el juez ha determinado los hechos justiciables, las partes tienen la oportunidad de incluir o excluir hechos mediante el uso de los recursos pertinentes. Pero en el caso de que se acuerde el sobreseimiento respecto de algunos hechos, éstos no podrán ser incluidos entre los que van a ser objeto de enjuiciamiento.

2. En las actuaciones consta que el juez consideró que no existían indicios suficientes para considerar delictivo el dictado del auto de 26 de abril de 2007, por lo que acordó el sobreseimiento, que fue confirmado por la Audiencia Provincial al resolver el recurso de apelación que fue interpuesto contra aquel. Por lo tanto ésta es una cuestión que ya fue resuelta definitivamente en su momento.

En consecuencia, el motivo se desestima.

SEGUNDO.- En el tercer motivo denuncia error en la apreciación de la prueba, con apoyo en el artículo 849.2 de la LECrim, y designa como documentos el auto de la Audiencia de Málaga de 5 de noviembre de 2007, concretando los pasajes del mismo que considera pertinentes para valorar la injusticia de los autos de 26 de abril y 4 de mayo, que entiende que debieron incluirse en los hechos; y denunciando en segundo lugar que en el apartado 15 del relato de hechos, aunque se menciona el auto de 4 de mayo, en realidad el tribunal se refiere al auto de 24 de mayo resolviendo el recurso de reforma contra el anterior.

1. El motivo debe ser desestimado. De un lado, porque el contenido del auto de la Audiencia de Málaga de 5 de noviembre, que no es contradictorio con el relato fáctico, puede ser tenido en cuenta a efectos de valoración de la conducta sin necesidad de incorporarlo al relato de hechos. Y el tribunal de

instancia ha entendido que no determina la injusticia de la resolución, aunque se mencionen irregularidades que considera suficientes para dejar sin efecto la resolución recurrida. En este sentido, como luego se recordará, la mera contradicción con el derecho no implica prevaricación.

2. De otro lado, porque lo denunciado en segundo lugar es simplemente un error, que carece de trascendencia respecto de la valoración jurídica del hecho.

Consecuentemente, el motivo se desestima.

TERCERO.- En el motivo cuarto denuncia infracción de ley al haber considerado que los hechos probados no constituyen un delito continuado de prevaricación o, alternativamente, que no constituyen un delito de prevaricación del artículo 446.3 del Código Penal. Sostiene que en los hechos probados se contiene la referencia al auto de 26 de abril y a la falacia del acusado al hacer constar que el administrador judicial había sido designado por insaculación cuando lo había designado a dedo. Además, se hace referencia al auto de la Audiencia de 5 de noviembre, del que resulta la injusticia.

1. La cuestión relativa al auto de 26 de abril de 2007 ya ha sido resuelta en el sentido de establecer que quedó excluido del enjuiciamiento.

2. En cuanto al nombramiento del administrador judicial, al que se refieren los autos de 4 de mayo y de 24 de mayo en el que se resuelven los recursos de reforma interpuestos contra el anterior, en la sentencia se declara probado que el designado y el juez acusado no se conocían con anterioridad, que el designado aparecía en las listas remitidas por el respectivo colegio y que la designación se produjo por decisión personal de Francisco Javier. De todo ello es posible deducir, como hace el tribunal de instancia, que el juez no atendía a una finalidad delictiva al designar a esa persona concreta, ni pretendía obtener resultados no contemplados por la ley mediante una interpretación y aplicación inasumible de ésta. Y en cuanto al procedimiento, aunque luego se motivara que la forma más ajustada a las necesidades del momento era la insaculación y aunque no constara el acto formal en ese sentido, el tribunal de instancia ha entendido que, dada la ausencia de relación anterior entre el juez y el administrador designado, y la falta de prueba respecto a una finalidad espuria, su nombramiento era casual, en el sentido de que se actuó eligiendo a uno de

los que constaban en la lista remitida por el respectivo colegio que no tenía relación alguna con las personas y sociedades interesadas, y con la única finalidad de asegurar la correcta administración judicial de las empresas afectadas.

Por lo tanto, aun cuando en el nombramiento fueran de apreciar irregularidades que se reflejaron en el auto de 5 de noviembre de la Audiencia, que revocó las anteriores decisiones, no aparece en el mismo el contenido de injusto necesario para apreciar la prevaricación.

En consecuencia, el motivo se desestima.

Recurso interpuesto por la acusación particular en nombre de David y la compañía mercantil Al-Rima, S.A.

CUARTO.- En el primer motivo se ampara en al artículo 851.1, 2 y 3 de la LECrim y se queja de que en la sentencia no se hace expresa relación de determinados hechos probados que enumera; que se ha impedido probar la relación de amistad entre Francisco Javier y el administrador judicial Alfonso, y que no se ha valorado la prueba pericial caligráfica.

1. El artículo 851 de la LECrim, en sus tres primeros apartados, regula la posibilidad de interponer recurso de casación sobre la base de defectos en el relato fáctico de la sentencia consistentes en falta de claridad, empleo de conceptos jurídicos que impliquen predeterminación del fallo y contradicción entre los hechos probados (1º); ausencia de hechos probados al limitarse la sentencia a señalar que los de las acusaciones no se han probado (2º); e incongruencia omisiva, al omitirse en la sentencia una respuesta a alguna de las cuestiones planteadas por acusación y defensa (3º).

Los casos contemplados en el apartado primero requieren que el recurrente especifique los párrafos en los que se aprecie falta de claridad, hasta el punto de hacer incomprensible el relato; cuales son los conceptos que considera jurídicos empleados en sustitución de la necesaria narración fáctica; y cuáles son los hechos concretos que entran en contradicción, de manera que suprimidos hipotéticamente quedara sin sentido el relato. El apartado tercero

del artículo 851 exige que se precisen los puntos oportunamente planteados que, a juicio del recurrente, no han obtenido respuesta suficiente.

Ninguno de los supuestos mencionados permite incluir nuevos hechos en el relato fáctico de la sentencia de casación. Por lo tanto, los hechos que enumera como antecedentes, no pueden ser valorados más que como la expresión de una creencia del recurrente inhábil para alterar la sentencia del tribunal de instancia.

2. Los motivos de casación basados en quebrantamientos de forma tampoco permiten proceder a una nueva valoración de las pruebas practicadas ni a realizar una nueva redacción de los hechos probados. En el caso, el recurrente no precisa ninguno de los aspectos antes mencionados contemplados en los tres primeros números del artículo 851 de la LECrim. Expone lo que considera antecedentes fácticos, diferentes de los hechos probados de la sentencia, pero no precisa cuáles son los hechos probados que resultan incomprensibles por falta de claridad o se contradicen entre ellos de forma insalvable, o cuáles son los conceptos jurídicos concretos que sustituyen a los hechos, ni tampoco aclara cuáles son las cuestiones jurídicas planteadas y no resueltas en la sentencia. Esta Sala entiende que, contrariamente a lo que se sugiere en el motivo, la sentencia contiene un relato pormenorizado de los hechos que el tribunal de instancia ha considerado probados, que resulta perfectamente inteligible y sin contradicciones internas y que ha dado respuesta a las pretensiones jurídicas de las partes, por lo que no aprecia ninguno de los vicios a los que se refieren los números primero a tercero del artículo 851.1 de la LECrim.

De todos modos, como ya se ha dicho, los motivos alegados no permiten incluir nuevos hechos probados en el relato fáctico. En cuanto a la prueba relativa a la amistad entre el administrador judicial Alfonso y Francisco Javier, se trata de una cuestión ya resuelta al acordar el sobreseimiento respecto de los hechos que se imputaban a aquel. Y respecto de la valoración de la prueba pericial caligráfica, lo cierto es que el tribunal valora las practicadas en el fundamento jurídico vigésimo quinto, aunque el resultado no coincida con la valoración que hace la parte recurrente.

En consecuencia, el motivo se desestima.

QUINTO.- En el segundo motivo denuncia vulneración del artículo 24 de la Constitución al amparo del artículo 852 de la LECrim. Consigna el recurrente una relación de los hechos que considera probados partiendo de la existencia de un acuerdo entre Francisco Javier, Arnaud e Igor para ofrecer a David resolver su situación en el proceso a cambio de dinero, argumentando que no pretende sustituir la valoración del tribunal, sino constatar el incumplimiento del requisito de la determinación racional de la hipótesis más aceptable en el análisis de la prueba.

1. El artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos no reconoce a las acusaciones el derecho a someter la sentencia absolutoria a un tribunal superior. La ley procesal penal permite a las acusaciones interponer recursos contra las sentencias absolutorias, pero tanto el TEDH como el Tribunal Constitucional han establecido, ya de forma reiterada, que la modificación de los hechos probados de una sentencia absolutoria para dictar otra de condena, cuando para ello sea preciso valorar pruebas personales, no puede llevarse a cabo por el tribunal que resuelve en vía de recurso sin oír a los testigos o peritos y al acusado que niegue la comisión del hecho. Dicho de otra forma, un tribunal no puede en vía de recurso modificar la valoración efectuada por el de instancia sobre pruebas personales que aquel no ha presenciado. Por lo tanto, en el recurso de casación, en cuya tramitación, de conformidad con su propia naturaleza, no prevé la ley la práctica de prueba alguna, no es posible rectificar los hechos de una sentencia absolutoria para sustituirlos por otros que den lugar a una condena.

De otro lado, tampoco asiste a las acusaciones un derecho a una valoración de las pruebas que conduzca a una condena a modo de presunción de inocencia invertida. De manera que, así como la prueba de la versión más razonable debe conducir a la absolución, la posibilidad de esa versión razonable no conduce necesariamente a la condena.

2. De los hechos probados de la sentencia impugnada puestos en relación con la fundamentación jurídica en lo que se refiere a la valoración del cuadro probatorio, se desprende con claridad que el tribunal de instancia valoró las pruebas personales practicadas a su presencia, especialmente las declaraciones de los distintos acusados, que negaron el acuerdo para obtener dinero del recurrente a cambio de favores judiciales, y las testificales directas o de referencia, alcanzando las conclusiones que refleja. No es posible modificar ahora en casación ese relato fáctico mediante la nueva valoración de esas

pruebas personales para configurar otros hechos probados que pudieran justificar una sentencia condenatoria.

Por lo tanto, el motivo debe ser desestimado.

SEXTO.- En el motivo tercero denuncia la inaplicación indebida de los artículos 446.3, 425 y 466,2 del Código Penal.

El desarrollo del motivo parte de unos hechos probados diferentes de los contenidos en la sentencia. Como es sabido, el motivo por infracción de ley permite verificar la correcta interpretación y aplicación de los preceptos pertinentes a los hechos probados, pero sin prescindir de ninguno de ellos y sin añadir otros diferentes.

Por lo tanto, desestimados los motivos anteriores y permaneciendo intactos los hechos que se declaran probados en la sentencia impugnada, el motivo se desestima.

Recurso interpuesto por Francisco Javier.

SÉPTIMO.- El recurrente ha sido condenado como autor de un delito continuado de prevaricación de los artículos 446.3 y 74 del Código Penal a la pena de 18 meses de multa y diez años de inhabilitación especial para empleo o cargo de Juez o Magistrado. Y como autor de un delito de cohecho del artículo 419 a la pena de dos años de prisión, multa de 60.000 euros e inhabilitación especial para empleo o cargo de Juez o Magistrado por siete años. Contra la sentencia de instancia interpone recurso de casación. En el primer motivo denuncia vulneración de la presunción de inocencia, pues entiende que no hay prueba alguna de la que se desprenda su culpabilidad respecto a los delitos de prevaricación y cohecho, basándose el tribunal en una mera conjetura. Argumenta que el tribunal propone como prueba del cohecho su impresión de que actuó de forma prevaricadora y como prueba de la prevaricación el cohecho. Además relata lo que considera actuaciones extrañas e injustificadas de uno de los agentes de la Guardia Civil que intervino en la investigación.

1. El derecho a la presunción de inocencia reconocido en el artículo 24 CE implica que toda persona acusada de un delito o falta debe ser considerada inocente hasta que se demuestre su culpabilidad con arreglo a la Ley (artículo 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; artículo 6.2 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, y artículo 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), lo cual supone que se haya desarrollado una actividad probatoria de cargo con arreglo a las previsiones constitucionales y legales, y por lo tanto válida, cuyo contenido incriminatorio, racionalmente valorado de acuerdo con las reglas de la lógica, las máximas de experiencia y los conocimientos científicos, sea suficiente para desvirtuar aquella presunción inicial, en cuanto que permita al Tribunal alcanzar una certeza objetiva sobre los hechos ocurridos y con base en la misma declararlos probados, así como la participación del acusado en ellos, descartando, al mismo tiempo y en su caso, la versión alternativa por carencia de la necesaria racionalidad.

El control procedente en casación relativo a la existencia de prueba de cargo bastante requiere generalmente una triple comprobación. En primer lugar que el Tribunal de instancia ha apoyado su relato fáctico en pruebas relativas a la existencia del hecho y a la participación del acusado en él. En segundo lugar, que las pruebas son válidas, es decir, que han sido obtenidas e incorporadas al juicio oral con respeto a los derechos fundamentales y con arreglo a las normas que regulan su práctica. Y en tercer lugar, que la valoración realizada para llegar a las conclusiones fácticas que son la base de la condena, teniendo en cuenta el contenido probatorio de la prueba de cargo disponible, no se aparta de las reglas de la lógica, de las máximas de experiencia y de los conocimientos científicos cuando se haya acudido a ellos y que no es, por lo tanto, irracional, inconsistente o manifiestamente errónea.

En consecuencia, el Tribunal de casación podrá rechazar las conclusiones alcanzadas por el de instancia cuando su discurso valorativo desde las pruebas hasta el hecho probado carezca de la necesaria consistencia como consecuencia de su falta de respeto por la lógica, las máximas de experiencia y los conocimientos científicos.

Pero no puede proceder a una nueva y completa valoración de las pruebas personales que no ha presenciado, debiendo limitarse a comprobar la racionalidad del proceso valorativo. En consecuencia, deberá rechazar la

valoración efectuada en la instancia cuando resulte irracional o manifiestamente errónea, pero deberá aceptarla si, como se ha dicho, respeta las reglas de la lógica, no es contraria de forma irracional a las máximas de experiencia, y se ajusta a los conocimientos científicos.

2. En el caso, el resultado de la actuación del agente de la Guardia Civil al que se refiere el motivo no ha sido valorada como prueba respecto de los hechos por los que se dicta la condena, de forma que no afecta directamente a ésta. Y desestimados los recursos de las acusaciones, no es necesario proceder a su revisión.

De otro lado, el tribunal declara probado que el recurrente acordó el día 20 de abril de 2007 la prisión provisional de Azam basándose en indicios de que había utilizado un entramado societario, que se identifica, para ocultar el producto de un delito cometido en Bélgica consistente en defraudación a la Hacienda Pública por elusión del pago del IVA por un importe estimado en más de 136 millones de euros, ocultando la verdadera titularidad de los bienes adquiridos y de las inversiones realizadas en España con los fondos provenientes del mismo. El imputado había puesto de manifiesto que estaba procesado en Bélgica y que estaba en libertad provisional. El Ministerio Fiscal había solicitado la prisión, y el letrado defensor había alegado el principio non bis in idem al coincidir los hechos imputados con los que constituían el objeto del proceso seguido en Bélgica.

El acusado, que conoció estas alegaciones, valoró además de la imputación la falta de arraigo del imputado, el hecho de que ya había intentado eludir la acción de la justicia en otro país de la Unión Europea y la posibilidad de disponer de grandes cantidades de dinero en otros países.

Mediante auto de 19 de abril, acordó la prisión de Khadija, esposa de Azam, sobre la base de indicios de que había colaborado con su marido en la utilización del entramado societario para ocultar el producto del delito cometido previamente en Bélgica. Argumentó igualmente sobre la falta de arraigo del imputado, el hecho de que ya había intentado eludir la acción de la justicia en otro país de la Unión Europea y la posibilidad de disponer de grandes cantidades de dinero en otros países.

Con similar contenido, acordó el mismo día 19 la prisión provisional de Jan, sobrino de Azam, al que imputaba el uso del citado entramado societario con la finalidad de ocultación antes dicha. De la misma forma, argumentaba sobre la falta de arraigo del imputado, el hecho de que ya había intentado eludir la acción de la justicia en otro país de la Unión Europea y la posibilidad de disponer de grandes cantidades de dinero en otros países.

El día 20 y el día 21 de abril, las representaciones procesales de Jan y de Khadija presentaron recursos de reforma, que se tuvieron por presentados mediante providencia dictada por el recurrente con fecha 30 de abril. Ambos recursos fueron impugnados por el Ministerio Fiscal. El mismo día 30 de abril, Jan presentó alegaciones complementarias argumentando que estaba sujeto a un procedimiento en Bélgica por los mismos hechos y que en ese procedimiento se había acordado su libertad, adjuntando una copia de un auto dictado por un juzgado Central de instrucción el 2 de noviembre de 2004, en el que en el marco de una orden europea de detención había acordado la libertad provisional.

El día 2 de mayo siguiente, el recurrente, dictó tres autos en los que acordaba la libertad con fianza de los tres imputados antes referidos, sin haber realizado comprobación alguna acerca de la realidad de lo alegado, ni ordenado diligencia alguna con esa finalidad, y sin disponer de ningún dato que indicara la identidad de los hechos perseguidos en Bélgica con los que eran el objeto de las diligencias que tramitaba, sin elementos que inclinaran a creer que finalmente el asunto pudiera ser remitido a la justicia belga, y sin argumento de ninguna clase respecto a la desaparición o atenuación de las razones que habían justificado la prisión provisional.

Igualmente se declara probado que antes de que ingresara en prisión Azam, se encontró con el acusado Arnaud quien le hizo saber que conocía al juez del caso y que podía ayudarle en su situación y la de sus familiares a cambio de dinero. Que se concretó en la cantidad de 60.000 euros, que Tariq, hermano de Jan, entregó a Arnaud cuando Azam ya estaba en prisión. Cantidad que recibió el recurrente antes de dictar los autos en los que acordaba la libertad.

3. La prueba de los hechos constitutivos del delito de prevaricación viene constituida por la documental que acredita la existencia de los tres autos de 2 de mayo acordando la libertad, antes referidos. El recurrente ha reconocido haberlos dictado, sabiendo lo que hacía y sus consecuencias, lo cual no se

discute, quedando así acreditados los elementos del tipo objetivo y los del tipo subjetivo. Lo que se cuestiona en el motivo es en realidad la injusticia de la resolución, pero este es un aspecto de naturaleza valorativa, no fáctica, que hace referencia a la infracción de la ley y no a la prueba del hecho constitutivo de delito. Sin perjuicio de que ese aspecto se examinará más adelante, la vulneración de la presunción de inocencia respecto del delito de prevaricación debe ser rechazada.

En cuanto a los hechos que se califican como constitutivos de delito de cohecho, el tribunal tiene en cuenta varios elementos probatorios. Así, entre ellos, la declaración de Azam en el plenario en el sentido de reconocer la entrega de 60.000 euros a Arnaud a través de Tariq, aunque la refirió en ese acto a la necesidad de buscar buenos abogados, lo que resulta incongruente, según entiende razonadamente el tribunal de instancia, con la inexistencia de rendición de cuentas de lo invertido si es que aquella era la finalidad real. Su declaración, sobre la que el recurrente arroja dudas basadas en la intervención del alférez de la Guardia Civil que cita, concuerda sin embargo con la declaración de Tariq que manifestó haber recibido de Azam la cantidad de 70.000 euros, debiendo reservar 60.000 para entregárselos a Arnaud, aclarándole Azam que había hablado con él y le había dicho que “le iba a ayudar”, así como la ausencia de explicaciones por parte de este último acerca del destino del dinero. Además, estos elementos probatorios coinciden en su sentido con la declaración del testigo de referencia Luis María, que manifestó que Azam le había insinuado en prisión que pronto saldría de allí y que, cuando ya en libertad volvió a verlo le contó que a través de un amigo que tenía relación con el juez había pagado 60.000 euros. Y, finalmente, estas declaraciones concuerdan con el hecho de que el recurrente acordó la libertad de los tres presos, sin que concurrieran razones objetivas de clase alguna para ello. No puede valorarse como decisiva prueba de descargo la falta de constancia del ingreso de la cantidad referida en las cuentas bancarias del recurrente, pues dada la naturaleza de los hechos, no es esperable que procediera de esa forma.

Teniendo en cuenta esos datos, todos de sentido coincidente, la conclusión del tribunal de instancia debe considerarse razonable, lo que determina la desestimación del motivo.

Por todo ello, el motivo se desestima.

OCTAVO.- En el segundo motivo, con apoyo en el artículo 849.2 de la LECrim, denuncia error en la apreciación de la prueba. Designa como documentos el auto del juzgado Central de instrucción núm. 6 de 2 de noviembre de 2004 que acordó la libertad provisional de Jan en un procedimiento relacionado con una orden europea de detención y entrega. Y una providencia de 15 de mayo de 2007 dictada por el recurrente en la que denegó la entrega del vehículo intervenido a Azam, lo que no considera coherente con el ánimo de otorgarle una ventaja indebida.

1. Los requisitos que ha exigido la reiterada jurisprudencia de esta Sala para que este motivo de casación pueda prosperar son los siguientes:

1) Ha de fundarse, en una verdadera prueba documental, y no de otra clase, como las pruebas personales aunque estén documentadas en la causa;

2) Ha de evidenciar el error de algún dato o elemento fáctico o material de la Sentencia de instancia, por su propio poder demostrativo directo, es decir, sin precisar de la adición de ninguna otra prueba ni tener que recurrir a conjeturas o complejas argumentaciones;

3) Que el dato que el documento acredite no se encuentre en contradicción con otros elementos de prueba, pues en esos casos no se trata de un problema de error sino de valoración, la cual corresponde al Tribunal; y

4) Que el dato contradictorio así acreditado documentalmente sea importante en cuanto tenga virtualidad para modificar alguno de los pronunciamientos del fallo, pues si afecta a elementos fácticos carentes de tal virtualidad el motivo no puede prosperar ya que, como reiteradamente tiene dicho esta Sala, el recurso se da contra el fallo y no contra los argumentos de hecho o de derecho que no tienen aptitud para modificarlo.

Consecuentemente, este motivo de casación no permite una nueva valoración de la prueba documental en su conjunto, sino que exclusivamente autoriza la rectificación del relato de hechos probados para incluir en él un hecho que el Tribunal omitió erróneamente declarar probado, cuando su existencia resulte incuestionablemente del particular del documento designado, o bien para

excluir de dicho relato un hecho que el Tribunal declaró probado erróneamente, ya que su inexistencia resulta de la misma forma incuestionable del particular del documento que el recurrente designa.

2. Ninguno de los documentos designados demuestran un error del tribunal de instancia al establecer el relato de hechos probados. El primero, Auto de 2 de noviembre de 2004 ha sido valorado en la sentencia, y aunque el recurrente discrepe de tal valoración, ello no autoriza a sustituir la efectuada por el tribunal por la propia. De otro lado, el auto es anterior en más de dos años a la fecha de los hechos, se trataba de un procedimiento relacionado con una orden europea de detención y entrega y no estrictamente de una causa penal, y tampoco se ha podido determinar si los hechos perseguidos en Bélgica, de donde dimana la referida orden, son exactamente los mismos que los que constituyen el objeto de la causa que se seguía en España.

En cuanto a la providencia de 15 de mayo de 2007, su contenido no impide tener por ciertos los hechos probados, por razones obvias. El haber favorecido a un imputado a cambio de dinero en lo referido a su situación personal no implica necesariamente que las subsiguientes resoluciones deban ser igualmente favorables.

En consecuencia, el motivo se desestima.

NOVENO.- En el tercer motivo, al amparo del artículo 849.1 de la LECrim, denuncia la indebida aplicación del artículo 446 del Código Penal, pues niega la injusticia de la resolución que el tribunal de instancia considera prevaricadora.

1. El artículo 446 del Código Penal dispone: “El juez o magistrado que, a sabiendas, dictare sentencia o resolución injusta será castigado:

3º. Con la pena de multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de diez a veinte años, cuando dictare cualquier otra sentencia o resolución injustas”.

La jurisprudencia ha señalado que la prevaricación supone un grave apartamiento del derecho, de manera que "...no consiste en la lesión de bienes jurídicos individuales de las partes del proceso, sino en la postergación por el autor de la validez del derecho o de su imperio y, por lo tanto, en la vulneración del Estado de Derecho. El elemento del tipo objetivo consistente en la injusticia de la resolución no se aprecia, pues, cuando se dicta una resolución que pueda ser considerada contraria a derecho que la ley admite ordinariamente interpretaciones divergentes, de manera que el juez puede optar, en atención a las particularidades del caso, por una u otra interpretación sin incurrir en delito, aunque su decisión pudiera ser revocada en vía de recurso.

Igualmente ha venido insistiendo en que la injusticia requerida por el artículo 446 del Código vigente exige una absoluta colisión de la actuación judicial con la norma aplicada en el caso, de tal forma que la decisión cuestionada no pueda ser explicada mediante ninguna interpretación razonable efectuada con los métodos usualmente admitidos en Derecho. Así, se ha dicho que debe apreciarse la injusticia que requiere la prevaricación cuando "...la resolución de que se trate carece de toda posible explicación razonable, es decir, es a todas luces contraria a Derecho, porque su contenido, incluso en el supuesto de más favorable interpretación de la norma aplicable al caso o de las pruebas concurrentes, no se compadece con lo ordenado por la Ley, pudiendo referirse tal ilegalidad así cualificada, tanto a aspectos de procedimiento como materiales, ya se trate de cuestiones de calificación jurídica, ya de problemas de hecho o de apreciación de la prueba". (STS núm. 4 de julio de 1996). Igualmente, en la STS 2338/2001 se decía que "En relación al elemento objetivo de la resolución injusta, una vez más, debemos afirmar con la constante jurisprudencia de esta Sala, por otra parte no muy numerosa, de la que son exponente las SSTS de 14 de febrero de 1891, 21 de enero de 1901, 1/1996, de 4 de julio, en Causa Especial 2830/1994, 155/1997 y la última, más completa y reciente la 2/1999, de 15 de octubre en Causa Especial 2940/1997, que la determinación de tal injusticia no radica en que el autor la estime como tal, sino que en clave estrictamente objetiva la misma merezca tal calificación cuando la resolución no se encuentra dentro de las opiniones que pueden ser jurídicamente defendibles".

En definitiva, se entenderá por resolución injusta aquella que se aparta de todas las opciones jurídicamente defendibles según los métodos usualmente admitidos en Derecho, careciendo de toda interpretación razonable, y siendo en definitiva exponente de una clara irracionalidad.

2. Niega el recurrente la injusticia de las resoluciones que acordaron la libertad de los tres imputados, pues, según entiende, el tribunal se basa solo en la intención espuria, que por sí sola no determinaría la injusticia.

Como se ha puesto de relieve más arriba, los autos de 2 de mayo que acuerdan la libertad no contienen ningún dato fáctico nuevo, ni argumentación alguna relativa a la posible modificación de las circunstancias que habían justificado el acuerdo de prisión. El auto del juzgado central de instrucción que se aportó mediante copia había sido dictado en el año 2004, y solo se refería a Jan, por lo que por sí mismo no podía suponer un debilitamiento de las razones antes tenidas en cuenta para acordar la prisión provisional. El tiempo transcurrido entre una y otra resolución, muy escaso, tampoco supone por sí mismo una razón suficiente para modificar el criterio razonadamente expuesto en los autos que acordaban la prisión provisional.

Es cierto que la privación provisional de libertad debe ser acordada excepcionalmente, solo cuando concurren causas que la justifiquen de acuerdo con las previsiones legales. También lo es que en esta clase de decisiones existe un margen de discrecionalidad para el juez relacionado con la valoración de las circunstancias. Pero ello no conduce a afirmar que deba excluirse la injusticia cuando se dictan decisiones meramente caprichosas e injustificadas, y que en ningún caso es posible cometer prevaricación al acordar la libertad del imputado. La resolución será injusta cuando la valoración de las circunstancias concurrentes y la interpretación de las normas aplicables no puedan justificarse en forma alguna, dentro de los parámetros interpretativos aceptados en Derecho. En este sentido, STS núm. 102/2009.

En el caso, dados los hechos que recoge la sentencia, entre ellos el contenido de los autos de prisión y de libertad, teniendo en cuenta que entre ambos transcurrieron unos trece días y que en ese periodo no se realizó ningún intento de comprobación respecto de la identidad de los hechos imputados en las diligencias respecto de los perseguidos en Bélgica; que no se aportó elemento alguno que modificara los aspectos relativos a la falta de arraigo, a la posibilidad de fuga o a la disponibilidad de grandes cantidades de dinero en otros países, aspectos sobre los que se había sostenido la decisión de acordar la prisión provisional; que la resolución afecta por igual a situaciones distintas, pues el auto del juzgado Central solo se refería a Jan, y Azam no había siquiera recurrido el auto de prisión, teniendo, pues, en cuenta, todos estos datos, la única explicación del cambio de criterio es la recepción por el recurrente del dinero que había sido solicitado a Azam por Arnaud. Dicho de

otra forma, no existe una interpretación razonable de la norma dentro de los límites del derecho. No puede utilizarse en sentido contrario la posición del Ministerio Fiscal, pues, de un lado, había impugnado los recursos, y de otro, declaró que telefónicamente advirtió de la necesidad de una previa comprobación de la veracidad de lo alegado, según se declara probado. Se desconocen los argumentos vertidos por teléfono en dicha conversación para conseguir lo que se valora como anuencia del Fiscal, el cual, en cualquier caso, señaló la necesidad de proceder a la comprobación de la realidad de lo alegado, como se acaba de decir. De todos modos, la ley no atribuye al Ministerio Fiscal el monopolio de la calificación de una resolución como injusta, ni constituye su actuación previa en requisito de procedibilidad respecto del delito de prevaricación, aunque deba reconocerse la importancia que merece su criterio y su posición sobre la cuestión. En este sentido, la ausencia de recurso no solamente podría atribuirse a una valoración de la resolución como ajustada a derecho, sino a otras circunstancias derivadas de un juicio provisional acerca de la prosperabilidad del mismo, que en el caso habrían de sumarse a la ignorancia acerca de la existencia del cohecho que en la sentencia se declara probado.

La resolución resulta así injusta al carecer de cualquier justificación derivada de una valoración racional de las circunstancias y de una interpretación de las normas aplicables que resulte aceptable en Derecho.

Por lo tanto, el motivo se desestima.

DÉCIMO.- En el motivo cuarto, al amparo nuevamente del artículo 849.1 de la LECrim, denuncia la indebida aplicación del artículo 74 del Código Penal, pues entiende que no se puede apreciar un delito continuado cuando la decisión de poner en libertad a Jan, Azam y Khadija se adoptó en una única acción y un solo acto de voluntad.

1. El delito continuado exige una pluralidad de acciones u omisiones, supuesto que se ha negado en los casos de reiteración inmediata de la acción en un mismo ámbito espacio-temporal.

2. En el caso, el recurrente dictó el mismo día los tres autos acordando la libertad de los tres imputados. Es claro que pudo haberlo hecho en una sola

resolución, por lo que el que haya optado por hacerlo separadamente, dadas las demás circunstancias concurrentes, no permite apreciar la existencia de acciones autónomas dotadas de individualidad suficiente.

En consecuencia, el motivo se estima, aunque solo afectará penológicamente a la pena de multa, que se reducirá a doce meses, ya que la pena de inhabilitación especial ya fue impuesta en el mínimo legal.

UNDÉCIMO.- En el quinto motivo, con el mismo apoyo procesal, denuncia la indebida aplicación del artículo 419 del Código Penal, pues entiende que no existe delito al no existir solicitud o aceptación de dádiva, ofrecimiento, promesa o regalo. Entiende además que los hechos probados no permiten esa calificación, dado que no concurre la acción u omisión delictiva que el tipo exige y que no puede referirse a la prevaricación, ya que entonces quedaría vacío de contenido el artículo 420 del Código Penal. Si se excluye la condena por prevaricación solo sería aplicable el artículo 425.

1. La primera cuestión debe ser desestimada, ya que el tribunal de instancia ha declarado probada la recepción del dinero con la finalidad de dictar los autos de libertad que se refieren en el relato fáctico. Como hemos dicho en otras ocasiones este motivo por infracción de ley solamente permite verificar que el tribunal ha interpretado y aplicado los preceptos pertinentes a los hechos declarados probados, sin prescindir de ninguno de ellos y sin añadir otros diferentes.

2. En cuanto a las demás cuestiones, debe señalarse, en primer lugar, que el delito de cohecho no precisa de la ejecución del acto que se pretende que el funcionario corrupto lleve a cabo. Si efectivamente lo ejecuta, se tratará de hechos distintos que pueden ser sancionados separadamente, como expresamente prevé el artículo 419, tanto en la redacción vigente al tiempo de los hechos como en la vigente en la actualidad. De otro lado, el planteamiento del recurrente sería extensible a la prevaricación administrativa cuando el acto injusto requiera una resolución, lo que no impediría la aplicación del artículo 420 cuando no fuera así. En referencia a la redacción vigente al tiempo de los hechos, es posible que el acto injusto sea constitutivo de delito al llevarse a cabo mediante el dictado de una resolución injusta, y también lo es que se trate de un acto injusto relativo al ejercicio del cargo que no requiera que se dicte una resolución, lo cual permite la aplicación diferenciada de los artículos 419 y

420 en relación con el 446, todos del Código Penal, en la redacción vigente al tiempo de los hechos.

En el caso, para hacer efectiva la libertad de los imputados era necesario dictar una resolución delictiva por su injusticia, lo cual permite la aplicación de ambos preceptos.

Por lo tanto, el motivo se desestima.

DUODÉCIMO.- En el sexto motivo se queja de la falta de motivación respecto de la cuantía dineraria de la multa impuesta por el delito de prevaricación, con infracción del artículo 50.5 del Código Penal.

1. El artículo 50.5 del Código Penal dispone que en la determinación de la cuota diaria de la pena de multa se tendrá en cuenta exclusivamente la situación económica del reo, deducida de su patrimonio, ingresos, obligaciones y cargas familiares y demás circunstancias personales del mismo.

2. El tribunal de instancia ha fijado una cuota diaria de cien euros atendiendo al hecho de que el recurrente ejerce como profesional de la abogacía. En realidad, la motivación es excesivamente sucinta para justificar el importe de la cuota diaria, que supondría 3.000 euros al mes, pues el ejercicio de la abogacía, por sí solo nada demuestra en orden a la situación económica, ya que puede ser un ejercicio económicamente exitoso o no serlo, sin que en la sentencia se utilice ningún dato esclarecedor en ese sentido. No obstante, es cierto que no es imperativo acudir al mínimo legal en ausencia de otros datos significativos, y que, por el contrario, es posible atender a la situación del reo derivada de sus circunstancias. Y en ese aspecto, el recurrente ejercía como juez al tiempo de la ejecución de los hechos, dato que resulta notorio aunque no se valore expresamente, lo que permite establecer la cuota diaria en la cuantía de 25 euros.

En ese limitado sentido el motivo se estima parcialmente.

Recurso interpuesto por Azam.

DECIMO TERCERO.- El recurrente ha sido condenado como autor de un delito de cohecho del artículo 423.2 en relación con el artículo 423.1 y 419.1 del Código Penal a la pena de un año de prisión y multa de 50.000 euros. Contra la sentencia interpone recurso de casación.

En un único motivo denuncia la vulneración de la presunción de inocencia desde dos perspectivas diferentes. De un lado sostiene que su primera declaración le fue tomada como testigo, sin abogado y sin instruirle de sus derechos, por lo que debe considerarse nula, extendiéndose la nulidad a todas las derivadas de ella, lo que determinaría la inexistencia de prueba. De otro lado, de aceptarse su validez, no puede considerarse probado que al aceptar la entrega del dinero a Arnaud supiera que se iba a sobornar a un juez. Alega igualmente que en caso de condena debería aplicarse el artículo 424, ya que su acción estaba dirigida a obtener la libertad de su esposa y de su sobrino. Finalmente señala que la pena de multa debería ser la inferior en grado a la impuesta a la autoridad o funcionario.

1. Respecto a la primera cuestión, es cierto que su primera declaración le fue tomada por el juez en calidad de testigo y no de imputado, por lo que no fue asistido de letrado ni fue informado previamente de sus derechos. Sin embargo, esa forma de proceder no determina la nulidad de toda la prueba, como reclama, sino la imposibilidad de utilizar el contenido de esa declaración contra el mismo declarante cuando, con posterioridad, fue considerado imputado, ya que ello supondría la vulneración de los derechos que como tal le corresponden, entre ellos a ser debidamente informado de la acusación y de su derecho a no declarar. Nada impide, por otra parte, utilizar el conocimiento obtenido de su declaración como testigo respecto a la actuación de otras personas. Ello explica la continuación del procedimiento practicando otras diligencias en averiguación de los hechos a los que el recurrente, entonces declarando como testigo, se había referido. De todos modos, en la declaración prestada a presencia judicial el día 30 de noviembre de 2007 no se contienen elementos autoincriminatorios.

2. En cuanto al segundo aspecto, el tribunal declara probado que conocía el destino del dinero. La conclusión es razonable si se parte de que el recurrente se encontró en las inmediaciones del juzgado a Arnaud, el cual, una vez que supo de su situación y la de su familia, le dijo que conocía al juez, y que le podía ayudar a cambio de dinero. Deducir de ese planteamiento que el

recurrente sabía que la ayuda vendría mediante la entrega de dinero al juez no infringe las reglas de la lógica ni es contrario a las máximas de experiencia. De todos modos, la entrega de dinero no podía tener otro objeto que obtener la voluntad favorable de quien pudiera decidir acerca de la libertad de sus familiares y luego de él mismo. En cualquier caso, el tribunal deduce ese conocimiento no solo de lo que se ha señalado, sino de otras pruebas, entre ellas la misma entrega del dinero sin que en ningún momento se haya reclamado o realizado una explicación de su destino, y la declaración del testigo de referencia Luis María.

3. Respecto a la tercera cuestión, el recurrente no solo pretendía la libertad de sus familiares, sino también la propia, lo cual impide la aplicación del artículo 424, como pretende.

Y en lo que respecta a la pena, el artículo 423.2, aplicado a la conducta del recurrente, establece que los que atendieren las solicitudes de las autoridades o funcionarios serán castigados con la pena inferior en grado a la señalada para el funcionario, y dado que la pena privativa de libertad para este último está comprendida entre dos y seis años y el importe de la multa entre el tanto y el triplo del valor de la dádiva, que ascendió a 60.000 euros, la pena impuesta al recurrente, un año de prisión y multa de 50.000 euros, se encuentra precisamente dentro de los límites de la pena inferior en grado.

En consecuencia, el motivo se desestima en sus distintos apartados.

Recurso interpuesto por Arnaud.

DECIMO CUARTO.- El recurrente ha sido condenado como autor de un delito de cohecho del artículo 423.1 en relación con el 419 del Código Penal a la pena de dos años de prisión y multa de 60.000 euros. Contra la sentencia de instancia interpone recurso de casación. En el primer motivo denuncia vulneración de la presunción de inocencia. Sostiene que no ha existido prueba de cargo; que determinada prueba fue obtenida con dudosa legalidad, y que la prueba ha sido valorada de modo irracional, tanto en relación con los hechos que dan lugar a la condena como respecto de otros hechos respecto a los que se acuerda la absolución.

1. En cuanto al primer aspecto, en lo que se refiere a los hechos por los que ha recaído condena, como ya se ha dicho en anteriores fundamentos de derecho, el tribunal ha tenido en cuenta la declaración de Azam, según la cual el recurrente le manifestó que conocía al juez y le ofreció ayuda a cambio de dinero para arreglar su situación y la de su familia, estando estos últimos ya en prisión. Igualmente ha valorado que Azam, a través de Tariq, tal como éste declaró, entregó al recurrente 60.000 euros con esa finalidad, aunque en el plenario añadió que pretendía buscar abogados, si bien el tribunal no lo considera creíble, ya que en ningún momento se rindieron cuentas del destino de esa cantidad. Y también la declaración de un testigo de referencia, el ya mencionado Luis María, que relató manifestaciones de Azam respecto al dinero que le había costado que el juez los pusiera en libertad. Con esos datos es razonable concluir, siguiendo las reglas de valoración de la prueba indiciaria como razona el tribunal, que esa cantidad iba destinada a captar la voluntad de quien podía modificar la situación de prisión provisional, e igualmente lo es que el juez la recibió cuando días después, sin justificación alguna acuerda la libertad de los interesados.

Cuestiona el recurrente, concretamente, la realidad de que el coacusado Azam trajera consigo, como afirma, una cantidad en metálico cercana a los 100.000 euros. Es un dato cuya veracidad o inveracidad, en realidad, no impide que posteriormente entregara, a través de Tariq, la cantidad de 60.000 euros, tal como se declara probado. Sin embargo, su afirmación ha sido valorada como creíble por el tribunal en atención a las demás circunstancias que valora. De otro lado, no es relevante, como pretende el recurrente que no exista constancia documental de la procedencia de ese dinero, pues la ocultación de ese aspecto sería una conducta congruente con el hecho de que trata de una persona a la que se imputa, entre otros delitos, blanqueo de capitales, lo cual hacer creíble que no documente todas las operaciones que efectúe utilizando dinero en metálico.

En cuanto a la imposibilidad de que las instrucciones de Azam a Tariq se impartieran en el curso de una visita a la prisión, la sentencia argumenta que pudieron facilitarse a través de una llamada telefónica, lo cual, dadas las circunstancias no puede considerarse una afirmación irrazonable, no solo porque existieron llamadas entre ambos, sino por la valoración del resto de las pruebas disponibles, valoradas expresamente en la sentencia.

Por lo tanto, ha existido prueba de cargo y ha sido valorada racionalmente.

2. En cuanto a las irregularidades de la declaración inicialmente prestada por el coacusado Azam, ya se ha señalado más arriba que el que se le recibiera declaración como testigo cuando luego resultó imputado, implica la imposibilidad de valorar en su contra el contenido de dicha declaración, pero no determina la nulidad de todo lo actuado. El referido Azam prestó declaración con posterioridad ya en calidad de imputado y con todas las garantías, y nuevamente en el plenario. Y con las mismas garantías lo hicieron los testigos que declararon sobre esos hechos. Los elementos probatorios de carácter incriminatorio que el tribunal tiene en cuenta son precisamente los contenidos en esas declaraciones, que, dada la forma en la que fueron prestadas, son independientes de aquella.

3. Alega el recurrente que las resoluciones dictadas por el coacusado Francisco Javier no son injustas y por lo tanto no son prevaricadoras, lo que afectaría al tipo del cohecho. La alegación excede los términos de un motivo por presunción de inocencia. No obstante, debe desestimarse dando por reproducidas las consideraciones contenidas en el fundamento jurídico tercero de esta sentencia de casación.

Alega el recurrente que las resoluciones contaron con el acuerdo del Ministerio Fiscal tras conversación telefónica con el juez coacusado, así como que, tras conocerlas, no interpuso recurso. Sobre esta cuestión debe darse aquí por reproducido lo dicho en el Fundamento jurídico noveno de esta sentencia.

4. En lo que se refiere a los hechos declarados probados, respecto de los que luego se acuerda la absolución, señala que no se corresponden con el resultado de la prueba de manera que su consignación como probados podría perjudicarle al haber interpuesto recurso las acusaciones particulares. Niega que esté probado que Philippe le llamara por teléfono tras su encuentro casual a finales de abril de 2007. Sostiene que mediante la aportación del listado de llamadas podría haberse acreditado que tal comunicación no tuvo lugar. Igualmente se queja de la credibilidad reconocida a las manifestaciones de Philippe, y de que se haya valorado como prueba el contenido de las grabaciones que la propia acusación particular realizó de las conversaciones mantenidas por Daniel. Del mismo modo considera que vulnera el principio acusatorio declarar probada la entrega de unos papeles, cuando solo se acusaba de la entrega del que aparece al folio 8269 de las actuaciones, que el tribunal declara no probada.

Algunas de las alegaciones carecen de relevancia, como el que la llamada se hiciera por cualquiera de los comunicantes o desde uno u otro teléfono. En cuanto al resto, a pesar de las argumentaciones del recurrente, el tribunal explica con detalle en la sentencia las razones de sus conclusiones fácticas mediante la valoración expresa de las pruebas disponibles, reconociendo las contradicciones en que han incurrido algunos testigos, y aceptando los aspectos fácticos respecto de los que encuentra corroboraciones en otros medios probatorios. Así ocurre en el desarrollo del fundamento jurídico vigésimo cuarto, donde las declaraciones de los testigos sobre los extremos cuestionados se entienden corroboradas por un testigo referencial.

Por otro lado, no se aprecia vulneración del principio acusatorio cuando la acusación sostenía la entrega de unos papeles por parte del recurrente a Philippe y que lo entregado era el documento que aparece al folio 8269, mientras que el tribunal entiende probado, por la prueba testifical de Philippe, José Andrés y David, que efectivamente se entregó un papel o papeles, pero que no se ha probado que el antes referido estuviera entre ellos.

Y, en cualquier caso, la desestimación de los recursos de las acusaciones particulares dejaría sin contenido su queja.

Por todo ello, el motivo, en sus distintos apartados, se desestima.

DECIMO QUINTO.- En el segundo motivo, al amparo del artículo 850.1 de la LECrim, denuncia la denegación de diligencias de prueba que considera pertinentes. Se refiere el recurrente a la propuesta de que se trajera a la causa el listado de llamadas telefónicas efectuado por Philippe durante los meses de abril y mayo de 2007, al objeto de acreditar que faltaba a la verdad. Reconoce que ha sido absuelto de la imputación a la que tal prueba se refería, y aclara que interpone el motivo ante el recurso interpuesto por la acusación particular, solicitando su estimación solo para el caso de que se estimara el recurso de aquella.

La desestimación de los recursos de las acusaciones particulares deja sin contenido el presente motivo, que por lo tanto no precisa ser examinado, debiendo tenerse por desestimado.

DECIMO SEXTO.- En el motivo tercero, al amparo del artículo 849.2 de la LECrim, denuncia error de hecho en la apreciación de la prueba y designa como documento que lo acredita el oficio del Establecimiento Penitenciario de Málaga de fecha 21 de abril de 2010 en el particular relativo a las visitas y a la identidad del visitante en relación con el interno Azam, del que se desprende que Tariq no lo visitó en tal lugar en contra de lo declarado probado en el hecho núm. 62, lo que impediría declarar probado el delito de cohecho. Entiende el recurrente que el tribunal de instancia no valoró adecuadamente dicho documento.

1. Como ya hemos señalado, este motivo de casación exclusivamente autoriza la rectificación del relato de hechos probados para incluir en él un hecho que el Tribunal omitió erróneamente declarar probado, cuando su existencia resulte incuestionablemente del particular del documento designado, o bien para excluir de dicho relato un hecho que el Tribunal declaró probado erróneamente, ya que su inexistencia resulta de la misma forma incuestionable del particular del documento que el recurrente designa.

2. El tribunal declara probado en el hecho núm. 62 lo siguiente: “La entrega de los 60.000 euros la realizó, a Arnaud, Tariq, hermano de Jan, por orden de Azam una vez éste estaba ya en prisión y sin indicarle a Tariq cual era la finalidad concreta de la entrega”.

Por lo tanto, lo declarado probado no es contradictorio con el particular del documento designado, admitiendo el tribunal, sobre la base de pruebas testificales, que las instrucciones de Azam a Tariq fueran impartidas telefónicamente.

En consecuencia, el motivo se desestima.

DECIMO SÉPTIMO.- En el cuarto motivo, al amparo del artículo 849.1 de la LECrim, denuncia la infracción por aplicación indebida del artículo 423.1 en relación con el 419, ambos del Código Penal. Señala que la estimación de este motivo es consecuencia necesaria de la estimación de los motivos primero o tercero del recurso.

El motivo, tal como ha sido planteado, debe ser desestimado al haberlo sido los motivos primero y tercero del recurso.

FALLO

Que debemos declarar y declaramos haber lugar parcialmente al recurso de Casación, interpuesto por la representación procesal del acusado Francisco Javier, contra sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Granada, Sala Civil y Penal, con fecha 18 de junio de 2.010, en causa seguida contra el mismo y otros tres más, por delitos de prevaricación, cohecho y revelación de secretos. Declarándose de oficio las costas correspondientes al presente recurso.

Que debemos declarar y declaramos no haber lugar a los recursos de Casación, interpuestos por las representaciones procesales de los acusados Azam y Arnaud, así como por las representaciones procesales de las acusaciones particulares Rafael, David y la compañía mercantil Al-Rima, S.A., contra sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Granada, Sala Civil y Penal, con fecha 18 de junio de 2.010, en causa seguida contra Francisco Javier y otros tres más, por delitos de prevaricación, cohecho y revelación de secretos. Condenamos a dichos recurrentes al pago de las costas ocasionadas en sus respectivos recursos.

Comuníquese esta resolución al mencionado Tribunal a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió interesando acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia que se publicará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Juan Saavedra Ruiz.- José Manuel Maza Martín.- Miguel Colmenero Menéndez de Luarca.- Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre.- Manuel Marchena Gómez.

SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintiocho de febrero de dos mil doce.

Elevada por el Juzgado de Instrucción núm. 11 de los de Málaga Exposición Razonada junto con las Diligencias Previas núm. 5182/2007 de dicho Juzgado, se incoaron por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Málaga, las diligencias previas núm. 1/08, designando Instructor de las mismas al Ilmo. Sr. Magistrado de la Sala D. Miguel Pasquau Liaño; continuándose posteriormente las diligencias por el procedimiento Abreviado con el número 1/2009, contra Francisco Javier, con DNI número ...K, nacido en Alicante el día 18 de agosto de 1978, hijo de Faustino y de María del Buensuceso, vecino de Marbella (Málaga), domiciliado en Urbanización A., E.. núm. 46, de profesión Magistrado, con antecedentes penales y suspendido provisionalmente en sus funciones; Arnaud, con pasaporte núm. ...796, nacido en Suresnes (Francia) el día 14 de febrero de 1971, hijo de Albert Abraham y de Olivia, vecino de Marbella (Málaga), con domicilio en Urbanización G., casa E., calle T., San Pedro de Alcántara, sin antecedentes penales; Igor, con DNI número ...346W, nacido en Madrid el día 5 de abril de 1974, hijo de José y de Lucía, vecino de Marbella, domiciliado en Las Amapolas, Urbanización C., núm. ..., apart. ..., Nueva Andalucía, de profesión comercial y sin antecedentes penales; y Azam, con tarjeta de residencia en Bélgica núm. ...312, nacido en Mardan (Paquistán) el día 4 de marzo de 1965, hijo de Kashmir y de Halima, de profesión comerciante, con domicilio en Bélgica, calle V., 46-B, 3080 Tervuren y sin antecedentes penales; por delitos de prevaricación, cohecho y revelación de secretos y, una vez decretada la apertura del Juicio Oral, lo remitió a la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia (sede en Granada, rollo 1/09) que, con fecha dieciocho de junio de mil diez, dictó Sentencia absolviendo al acusado Francisco Javier de la imputación por el delito de prevaricación por el dictado en las DP Hidalgo del auto de 16 de abril de 2007, relativo a la adopción de medidas consistentes en la prohibición de disponer de bienes inmuebles y vehículos, el bloqueo de productos financieros y bienes de las sociedades del Grupo Asesoramiento y Dirección de Hoteles (ADH), perteneciente a David; absolviendo al acusado Francisco Javier de la imputación por el delito de prevaricación por el dictado en las DP Hidalgo del auto de fecha 4 de mayo de 2007, relativo al nombramiento del Administrador Judicial en las DP Hidalgo y al establecimiento de su retribución; absolviendo a los acusados Francisco Javier, Arnaud e Igor por la imputación del delito de cohecho que venían siendo acusados, respecto de las gestiones realizadas por Arnaud e Igor con los S.

Absolviendo al acusado Francisco Javier de la imputación por delito de delito de revelación de secretos del que venía siendo acusado.

Condenando al acusado Francisco Javier, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de responsabilidad criminal, como autor criminalmente responsable de un delito comisión de un delito continuado de prevaricación del artículo 446.3 en relación con el artículo 74 del Código Penal, por el dictado de los autos de 2 de mayo de 2007 de libertad provisional con fianza respecto a Jan, Khadija y Azam, a la pena de 18 meses de multa a razón de una cuota diaria de cien euros, con responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas diarias no satisfechas, y a la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo de Juez o Magistrado por tiempo de diez años.

Condenando al acusado Francisco Javier, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de responsabilidad criminal, como autor de un delito de cohecho del artículo 419 del Código Penal a la pena de dos años de prisión, con inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, al pago de la multa de 60.000 euros, con la responsabilidad personal subsidiaria de un mes de prisión en caso de impago y a la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo de Juez o Magistrado por tiempo de siete años.

Condenando al acusado Arnaud, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de responsabilidad criminal, como autor de un delito de cohecho un delito de cohecho del artículo 423.1 en relación con el 419 del Código Penal a la pena de dos años de prisión, con inhabilitación para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y al pago de la multa de 60.000 euros, con la responsabilidad personal subsidiaria de un mes de prisión en caso de impago.

Que debemos condenar y condenamos al acusado Azam, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de responsabilidad criminal, como autor de un delito de cohecho un delito de cohecho del artículo 423.2 en relación con el artículo 423.1 y 419.1 del Código Penal, a la pena de un año de prisión y al pago de la multa de 50.000 euros, con la responsabilidad personal subsidiaria de un mes de privación de libertad en caso de impago.

Absolviendo al Estado, respecto de la petición como responsable civil subsidiario que se le reclamaba.- En cuanto a las costas:

1. Declararnos de oficio cuatro octavas partes del total de las costas procesales.

2. Condenamos a Francisco Javier, al pago de una octava parte del total de las costas procesales.

3. Y respecto a las restantes tres octavas partes del total de las costas procesales, condenamos a Francisco Javier al pago de un tercio de las mismas, a Arnaud al pago de otro tercio y a Azam al pago del tercio restante. Sentencia que fue recurrida en casación ante esta Sala Segunda del Tribunal Supremo por las representaciones legales de los acusados y de las acusaciones particulares y que ha sido casada y anulada parcialmente, por lo que los Excmos. Sres. Magistrados anotados al margen, bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca, proceden a dictar esta Segunda Sentencia con arreglo a los siguientes:

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Se reproducen e integran en esta Sentencia todos los de la Sentencia de instancia parcialmente rescindida en cuanto no estén afectados por esta resolución.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- Por las razones expuestas en nuestra sentencia de casación no procede estimar la continuidad delictiva en relación con el delito de prevaricación. Igualmente, la cuota diaria de la pena de multa impuesta al acusado Francisco Javier se fija en 25 euros.

FALLO

Debemos condenar y condenamos al acusado Francisco Javier como autor de un delito de prevaricación del artículo 446.3 del Código Penal a la pena de doce meses de multa con una cuota diaria de 25 euros y a la pena de inhabilitación especial para el cargo de Juez o Magistrado por tiempo de diez años. Responsabilidad personal subsidiaria de un día por cada dos cuotas diarias no satisfechas.

Se mantienen los demás pronunciamientos de la sentencia de instancia no afectados por el presente.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Juan Saavedra Ruiz.- José Manuel Maza Martín.- Miguel Colmenero Menéndez de Luarca.- Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre.- Manuel Marchena Gómez.

Publicación.- Leídas y publicadas han sido las anteriores sentencias por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca, mientras se celebraba audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.