

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUNYA

Sala Civil y Penal

Causa Penal núm. 6/2014

Diligencias Previas núm. 2/2014

AUTO DEL INSTRUCTOR

-Ilmo. Sr. D. Carlos Ramos Rubio

En Barcelona, a 23 noviembre 2015

Por recibido el anterior escrito de la procuradora de los tribunales Sra. D^a. Adriana Flores Romeu, que lo es de D^a. Montserrat CAPDEVILA TATCHÉ, únase a la causa de su razón, y

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La presente causa de Jurado se sigue contra la Il·ltre Sra. **Montserrat CAPDEVILA TATCHÉ**, Diputada del Parlament de Catalunya, por los hechos descritos en el Auto del Instructor de 13 mayo 2014, presuntamente constitutivos de un delito de malversación de caudales públicos, previsto y penado en el art. 433 CP —sin perjuicio de cualquier otra calificación—, cuyo enjuiciamiento se encuentra atribuido al Tribunal del Jurado de la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia, por hallarse expresamente previsto en el art. 1.1.b) y 1.2.i) de la LOTJ, con independencia de su grado de ejecución y de la forma de participación que pueda imputarse a la denunciada (art. 5 LOTJ).

SEGUNDO.- Tras la celebración de la comparecencia inicial y la práctica de las diligencias acordadas en la misma, la defensa de la Sra. CAPDEVILA ha solicitado por escrito presentado en 20 enero 2015 el sobreseimiento libre y archivo de la causa en base a los argumentos que se dirán.

TERCERO.- Por el Ministerio Fiscal se ha informado por escrito presentado en 7 mayo 2015 en sentido contrario, en base a los argumentos que también se dirán.

CUARTO.- En escrito presentado en 21 octubre 2015, la defensa de la Sra. CAPDEVILA solicita nuevamente el sobreseimiento u archivo de la causa.

QUINTO.- Con posterioridad a la incoación de la causa y a la solicitud de sobreseimiento libre, la Sra. CAPDEVILA ha perdido su condición de aforada de este Tribunal al disolverse en 3 agosto 2015 el *Parlament* elegido en 25 noviembre 2012, por el Decreto de la Presidencia de la *Generalitat de Catalunya* núm. 174/2015, de 3 agosto (DOGC 6927 de 04/08/2015).

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Solicita la defensa de la Sra. CAPDEVILA el sobreseimiento libre y el archivo de las actuaciones por no ser los hechos que han dado lugar a la presente causa constitutivos de delito de malversación (arts. 432 o 433 CP) ni de apropiación indebida de funcionario público (art. 438 CP), todo ello en base a cuatro órdenes de alegaciones, que pasan a exponerse a continuación de la manera más sintética que se ha considerado conveniente para no perjudicar su recta comprensión:

A) No existen elementos o principios de prueba que avalen razonablemente la índole "*estrictamente*" privada de los viajes realizados con cargo a la tarjeta facilitada a la Sra. CAPDEVILA por el *Parlament de Catalunya* en atención a su condición de parlamentaria, ni existe tampoco la posibilidad de establecer que el motivo concreto de cada uno de los distintos desplazamientos cuestionados, aparte de una eventual finalidad "*privada*" o "*particular*", no guardara también relación con el ejercicio de la función parlamentaria, función "*que puede ser de muy amplio alcance y manifestarse, por supuesto, fuera del Parlament*" (Pág. 3) —p.e. "*asistir al cierre de una reunión o de cualquier otro encuentro con la finalidad de tratar cualquier cuestión que pueda resultar de su interés y que ni siquiera el propio Parlament tendría interés en conocer*" (Pág. 53)—, anunciando que la Sra. CAPDEVILA se negará a declarar en esta instrucción y, en consecuencia, a proporcionar explicación alguna acerca de los viajes (Pág.

14), ni tampoco lo hará acerca de los “*encuentros privados*” ni de cuantas “*otras actividades*” haya podido realizar en el curso o con ocasión de los mismos, puesto que tampoco se lo exigiría el *Parlament* (Págs. 14-15).

B) Aunque no quiera compartirse el sentido de la anterior alegación, lo cierto es que en la depuración de las responsabilidades derivadas de los hechos que son objeto de investigación no puede intervenir el Derecho Penal, porque:

- a) el *Parlament de Catalunya* ha renunciado intencionadamente a controlar y fiscalizar el concreto “*motivo*” de los gastos para preservar la “*iniciativa e independència*” de todo parlamentario (Pág. 73), eximiéndole de presentar factura y dejando a su exclusiva decisión si los mismos tienen o no que ver con las funciones de su cargo, las cuales son, por definición, “*absolutamente abiertas*” (Pág. 74);
- b) la contestación remitida por el *Parlament de Catalunya* al Juzgado de Instrucción Sabadell en 3 junio 2013 viene a admitir implícitamente “*usos provisionales de la tarjeta con obligación de posterior restitución*”, como sería el caso del abono de “*un billete correspondiente a la hija de D^a. Montserrat CAPDEVILA en un viaje que realizaron ambas conjuntamente*” (Pág. 52); y
- c) la Sra. CAPDEVILA ha renunciado para el futuro “*de manera irrevocable*” al uso de la tarjeta, reintegrando al propio tiempo “*todos los importes*” que ha comportado durante los ejercicios 2010, 2011 y 2012 (Págs. 58-59).

C) En cualquier caso, procedería el sobreseimiento libre conforme al art. 11.1 LOPJ, por ilicitud de las pruebas obtenidas por el Juzgado de Instrucción núm. 1 de Sabadell, ya sea ilicitud directa ya sea ilicitud por contaminación (doctrina de *los frutos del árbol envenenado*), la cual puede hacerse valer en esta causa surgida del testimonio de otra causa principal, conforme al Acuerdo del Pleno no jurisdiccional del TS 2^a de 26 mayo 2009 y a las SSTS2 1003/2011 y 643/2012, en el proceso incoado a raíz de la

deducción de testimonio de una causa principal (Págs. 4-6). En este sentido, considera la defensa de la Sra. CAPDEVILA que:

a) es evidente la ilicitud de las resoluciones del Juzgado de Instrucción núm. 1 de Sabadell que dispusieron la intervención, grabación y escucha de las conversaciones telefónicas del Sr. BUSTOS, acordadas por primera vez por Auto de 10 enero 2012 (f. 7294), y, en consecuencia, las mantenidas con su interlocutora la Sra. CAPDEVILA —entre mayo y septiembre 2012—, así como la de sus sucesivas prórrogas, y ello “*aunque ningún dato incriminatorio [quepa] extraer del resultado de aquellas intervenciones telefónicas*” (Pág. 15), porque:

a’) por lo que se refiere, en general, al Sr. BUSTOS, no respetan las exigencias de “*necesidad y proporcionalidad*” (Págs. 14 y 17-21), porque:

- a. a la vista de los indicios de cohecho y prevaricación que dieron lugar a la incoación de la causa, lo adecuado, desde el punto de vista de las garantías procesales de los investigados, hubiera sido adoptar *ab initio* un medio de investigación menos gravoso y más idóneo, como p.e. reclamar los “*expedientes administrativos*” al Ayuntamiento de Sabadell (Págs. 15 y 17), o al menos descartar razonadamente su utilidad;
- b. se trata de intervenciones “*meramente prospectivas*” (pág. 16) dirigidas a conocer todos los actos del Sr. BUSTOS (Pág. 24), de “*una pesquisa general*” (Pág. 42) y de “*una investigación global*” (Pág. 43);
- c. la motivación de las resoluciones, además de no valorar la posibilidad de acudir a otros medios menos gravosos (Págs. 30, 31, 42), es “*tautológica o circular*”, se basó en una “*sospecha genérica*”, en un “*golpe de intuición*” (Pág. 21), en “*meras suposiciones y conjeturas acerca de la posible comisión de delitos contra la Administración Pública*” (Pág. 24)

y se prescindió de una previa *"investigación adecuada"* (Pág. 23);

d. no existió un verdadero control judicial de las intervenciones, cuya iniciativa correspondió en todo momento a la Policía, *"a cuyas peticiones se ha aquietado siempre [el] Juzgado"* (Pág. 24) trasladándolas de manera acrítica a las resoluciones, incluidas las que declararon el secreto del sumario; y

e. las intervenciones telefónicas se prorrogaron durante dos años, en base a *"simples hipótesis subjetivas"* y pese a que *"no se confirmó la realidad de las sospechas iniciales"* (pág. 31); y

b') por lo que se refiere particularmente a la Sra. CAPDEVILA, las intervenciones telefónicas que le afectan tampoco respetan dichas exigencias, porque:

a. son claramente invasivas *"de esferas de intimidad y privacidad, referidas a estancias en hoteles y encuentros de carácter reservado"* (Pág. 14), *"se extienden a conocer conversaciones y encuentros de carácter absolutamente reservado mantenidos entre [el Sr. BUSTOS] y la Sra. CAPDEVILA TATCHÉ, que nada importan a [la] investigación criminal"* que se llevaba a cabo contra el Sr. BUSTOS (Pág. 12), pues se trata de conversaciones telefónicas *"de contenido manifiestamente privado"* (Pág. 13), *"de carácter reservado y absolutamente desconectadas del objeto de la causa penal"* (Pág. 44); y

b. para comprobar el dato de cómo se habían pagado los billetes de la Sra. CAPDEVILA hubiera debido utilizarse un medio menos invasivo, como acudir a la Federación de Municipios de Catalunya (Pág. 12).

b) Aunque las intervenciones telefónicas no fueran consideradas ilícitas, la investigación policial surgida a partir de ellas debe considerarse ilícita *per se*, porque:

a') Se prolongó durante *"un año"* —desde que se conocieron por las intervenciones telefónicas los encuentros entre el Sr. BUSTOS y la Sra. CAPDEVILA en mayo 2012— sin dar conocimiento al Juez que autorizó las escuchas, hasta que la Policía Judicial presentó el Atestado de 17 junio 2013 (Págs. 59, 61 y 64);

b') sus resultados se pretendieron *"judicializar"* para intentar convalidarlos fraudulentamente, *"reiterando incluso su contenido una vez puesto en conocimiento del juez"*, porque la información a RENFE fue solicitada por la Policía en febrero de 2013 y facilitada por esta en marzo de 2013, pero luego fue reiterada en 18 julio 2013, una vez que los hechos fueron puestos en conocimiento del Juzgado (Págs. 61 y 66);

c') vulneró el *"derecho fundamental a la intimidad"* de la Sra. CAPDEVILA, ya que afectó a *"datos personales"* asociados a una tarjeta que habían sido facilitados por el *Parlament de Catalunya* a RENFE y que se hallaban protegidos por una cláusula de *"confidencialidad"* de acuerdo con la L.O. 15/1999 (Págs. 61 y 62), sin *"autorización judicial previa"* para obtener dichos datos, sin que sea aplicable la excepción del art. 22.2 y 3 de dicha norma porque la información era meramente prospectiva en aquel momento (Págs. 60 y 62);

d') los hechos por los que la Sra. CAPDEVILA fue investigada policialmente carecen de *"conexión"* alguna con los delitos por los que eran investigados el Sr. BUSTOS y otros, pese a lo cual la Policía, por puro *"capricho"* (Pág. 12), sin que *"nada apuntara ex ante"* en esa dirección (Pág. 25), utilizando un *"pretexto"* (Págs. 2, 12 y 44) o una *"grosera excusa"* (Pág. 61) —si pudo pagarlos el Sr. BUSTOS con cargo a la *Federació de Municipis de Catalunya*, *"cuando nada apuntaba a tal posibilidad"* y *"ni siquiera los viajes se realizaban conjuntamente"* y hubiera bastado con *"dirigir requerimiento de información a dicha entidad"* (Pág. 2)—, decidió investigar cómo pagó sus viajes la Sra. CAPDEVILA, los datos

personales de su tarjeta RENFE, cuántos viajes pagó con ella en 2012 y en qué hoteles se hospedó (Pág. 60 y 61); y

e') el conocimiento de la relación privada entre el Sr. BUSTOS y la Sra. CAPDEVILA no puede considerarse un "*hallazgo casual*" que pueda justificar una ampliación de la instrucción, ni tiene el valor de "*notitia criminis*" o de "*fuentes de prueba*" que pueda utilizarse en un plenario (Pág. 60), porque:

- a. se trata de un "*dato neutro*" —"*encuentros de índole privada con ocasión de viajes justificados del investigado*" (Pág. 69)— que no puede dar lugar a una investigación policial "*paralela, secreta y sin cobertura judicial*" relativa a un tercero no imputado y por "*pura prospección*" (Pág. 66);
- b. conforme al "*principio de especialidad*", si de las conversaciones se hubiera desprendido una *notitia criminis* casual y sin conexión con el objeto de investigación, según la jurisprudencia (SSTS2 792/2007 y 25/2008) hubiera debido deducirse "*testimonio para que, siguiendo las normas de competencia territorial y en su caso las de reparto, se iniciase el correspondiente proceso*" (Pág. 68), es decir, o bien hubiera debido dictarse "*una nueva o específica autorización referida al mantenimiento de la escucha*" en el caso de tratarse de delitos conexos, o bien llevarse a cabo "*una investigación distinta, siguiendo las normas de competencia*" (Pág. 69); y,
- c. en consecuencia, a la vista de lo que resulta de la STS2 400/2004 de 27 octubre (y STC 49/1996), el resultado — "*hallazgo casual*"— de las escuchas no puede utilizarse como prueba porque el Juez no fue informado en su momento por la Policía antes de acometer la investigación de la Sra. CAPDEVILA, sino "*al cabo de un año*" (Pág. 69).

D) La instrucción realizada por el Juzgado de Sabadell es asimismo nula porque:

- a) es "*manifiestamente incompetente*" para investigar a una aforada del TSJ y lesionar su intimidad (Págs. 69 y 72) y, "*en el caso que nos ocupa*" (Pág. 71), hubiera debido inhibirse a favor de esta Sala dada la condición de aforada de la Sra. CAPDEVILA, aunque sea cierto que con carácter general la jurisprudencia no es taxativa en este punto, pero lo que no es posible es que "*prácticamente toda*" la posible instrucción se haya efectuado por el órgano judicial incompetente, hasta el punto de que se trata de "*una instrucción cerrada*", llevada a cabo sin la previa imputación de la Sra. CAPDEVILA y solo a falta de tomarle declaración (Pág. 71); y
- b) algunas de las diligencias de instrucción dispuestas son "*manifiestamente ilegales*" y sin conexión con la investigación llevada hasta entonces, además de "*manifiestamente desproporcionadas e inconstitucionales por ingerentes en el derecho a la intimidad y privacidad de los afectados (Art. 18 CE)*" (Pág. 64), como es el caso de:
- a') el seguimiento policial del Sr. BUSTOS y de la Sra. CAPDEVILA que dio lugar a dos actas de los días 2 abril 2012 y 16 mayo 2012 (f. 1280), cuya información se unió a la causa por orden del Juez —Providencia 16 julio 2013— y a petición efectuada el mismo día por el Fiscal para que se informara de "*todos los encuentros coincidentes en Hoteles entre la Sra. CAPDEVILA y el Sr. BUSTOS entre los años 2010 y 2012*", mandamiento que fue cumplimentado "*en tiempo record, apenas dos días*" —el 18 julio 2013— pese a contener una "*exhaustiva información*" relativa a los viajes y a las estancias en los hoteles durante tres años que la Policía "*tenía antes del cumplimiento de dicho mandamiento*" (Pág. 13 y 65), por lo que está claro que se pretendía "*legitimar*" dicha información (Págs. 64 y 65); y
- b') también de las transcripciones de las conversaciones telefónicas, que, por derivación, se encuentran afectadas por los mismos vicios o defectos que las intervenciones telefónicas, de las que son mera reproducción.

SEGUNDO.- Por su parte, el Ministerio Fiscal ha informado, oponiéndose a la solicitud de sobreseimiento y archivo de la defensa de la imputada, con los siguientes argumentos:

- a) por lo que se refiere a la ilicitud de las pruebas de cargo y, singularmente, de las grabaciones de las conversaciones telefónicas interceptadas con autorización del titular del Juzgado de Instrucción núm. 1 de Sabadell en las Diligencias Previas núm. 470/2010 de su cargo, y una vez tomada declaración en calidad de testigos a los funcionarios que participaron en las investigaciones, como se dispuso por este Instructor en la primera comparecencia de la imputada, resulta *“la absoluta improcedencia de la solicitud formulada...”*, máxime después de lo resuelto en Sentencia de esta propia Sala dictada el pasado 30 marzo 2015 (FD1), en otra causa (P.A. núm. 2/14) surgida de la misma matriz;
- b) en cuanto a la pretendida atipicidad de la conducta imputada a la Sra. CAPDEVILA, la solicitud de sobreseimiento por dicho motivo *“carece de cobertura procesal y es mera reiteración del que ya fue presentado en... la comparecencia del pasado 28 de mayo de 2014 al amparo de lo dispuesto en el art. 25.3 LOTJ”*, acto en que *“ya fue expresamente desestimado por el Instructor”* en la continuidad de la comparecencia celebrada el 10 junio 2014, por lo que se impone el mismo criterio sin atender a resoluciones judiciales que se refieren a hechos de naturaleza jurídica diferente que la que es objeto de investigación en esta causa.

TERCERO.- Por lo que se refiere a la primera alegación (**A**), debe objetarse que la inconclusa instrucción de la causa está orientada, precisamente, conforme al **art. 299 LECrim**, a establecer la verdadera finalidad de los viajes emprendidos por la imputada con cargo al erario público, ante la sospecha vehemente —como se apuntó en el Auto de 14 mayo 2014—, por el horario de los desplazamientos, por la coincidencia reiterada y concertada telefónicamente con otra persona sometida a otra investigación judicial y por la nula constancia de actividad pública programada en el lugar de destino, pero, en cualquier caso, sin excluir *a priori* la posibilidad de que en todos o en algunos de ellos haya llevado a cabo actuaciones relacionadas de

cualquier manera con su función parlamentaria, en la forma, con el contenido y con el alcance que esta aparece regulada, especialmente, en el *Estatut d'Autonomia de Catalunya* y en el *Reglament del Parlament de Catalunya*, aprobado por el Pleno del *Parlament* en su sesión del día 22 diciembre 2005.

Por otra parte, el hecho de que la imputada, en el ejercicio de sus derechos constitucionales y procesales, se haya negado —y anuncie que seguirá haciéndolo— a colaborar en la instrucción de la causa y a facilitar la información de esas eventuales actividades parlamentarias realizadas durante los viajes en cuestión, cualquiera que sea la motivación que aliente dicho comportamiento, no puede ser motivo para cejar en la investigación, conforme a lo previsto en el **art. 392 LECrim**.

CUARTO.- La alegación de atipicidad de la conducta imputada a la Sra. CAPDEVILA (**B**) se funda básicamente en que, conforme al criterio enunciado por el TS en otro caso conocido —ATS2 18 jun. 2012 “caso Dívar”—, si no ha sido incumplida la regulación administrativa del gasto —y en este caso se dice que no lo ha sido porque el *Parlament de Catalunya* “parece vincular el uso de la tarjeta al más amplio sentido de lo que quepa entender por actividad política,... guste o no el modelo... de autorregulación de los propios Diputados” (Pág. 75)—, no es posible criminalizar la conducta. Por lo tanto, en opinión de la defensa de la Sra. CAPDEVILA, desechada la aplicación del art. 432 CP, porque no existe “sustracción”, y la del art. 438 CP, porque no existe “abuso del cargo”, tampoco es posible criminalizar la conducta como la malversación de uso del art. 433 CP, porque no concurren “usos ajenos a la función pública” si se tiene en cuenta que se ha utilizado siempre la tarjeta “de acuerdo con el procedimiento diseñado por la propia Cámara” (Pág. 77).

En efecto, la defensa de la imputada ha aportado a la causa una certificación emitida a instancia suya por la Secretaria General del *Parlament de Catalunya* de la que se desprende, por lo que se refiere al sistema vigente en la fecha de autos, que no existe “ninguna regulación específica sobre el uso de las tarjetas de RENFE, atendido que se distribuyen **para el normal ejercicio de la función parlamentaria**”, en

contemplación a la cual y a su amplio alcance, no se libran con la finalidad exclusiva de sufragar los traslados de los diputados con origen o destino en el Parlament de Catalunya, desde su domicilio o desde cualquier otro lugar. Por ello, precisamente —“*d’acord amb l’abast de les **funcions parlamentàries** i per salvaguardar la màxima iniciativa i independència en l’exercici de llurs funcions*”— no se pide a los diputados que manifiesten el motivo concreto del desplazamiento.

Por tanto, la propia certificación aportada por la defensa refuerza la convicción extraída del examen de los restantes indicios acumulados hasta el presente de que **el uso de la tarjeta no estaba permitido para fines privados, provisorios o no, sino solo para el ejercicio de la función parlamentaria**, cuyo amplio alcance no puede llegar hasta el punto abarcar el abono de los gastos generados por encuentros exclusivamente privados o por transportes familiares.

Por lo demás, el hecho de que el organismo público pagador carezca de un sistema de control del gasto efectuado con la tarjeta solo permitiría denegar la apertura de un procedimiento penal con base en meras sospechas, sin fundamento plausible, de desviación su finalidad pública, pero en ningún caso excluiría que, cuando el conocimiento del verdadero destino que hubiere sido dado al mismo se hubiere adquirido por cualquier medio legítimo alternativo y quedara constatado que no tenía ninguna relación con la función parlamentaria, pudieran extraerse las consecuencias —incluso penales— que procediesen.

Esta, y no otra, es la postura de la Excma. Sala Segunda del TS.

En efecto, la alusión por la defensa de la Sra. CAPDEVILA a otros supuestos en los que el TS no apreció la existencia de un delito de malversación de caudales públicos en la aplicación por autoridades o funcionarios públicos de fondos públicos a su cargo al pago de gastos de naturaleza privada o particular (AATS 2 18 jun. 2012, 28 feb. 2013, 19 dic. 2013 y 18 feb. 2015), no toma en consideración que en todos ellos el Alto Tribunal tuvo prioritariamente en cuenta la inexistencia de cualquier elemento o principio de prueba alguno que avalase razonablemente la comisión del delito —negó que pudieran serlo las meras informaciones periodísticas—, y, a la hora de

descartar la concurrencia de los elementos de la figura delictiva de la malversación de caudales públicos, o bien tuvo a la vista que, como presupuesto del abono de los gastos por desplazamientos, se hiciera constar oportunamente por el interesado la *“condición”* en que estos se realizaron, aunque no se expresara el *“motivo concreto de la actividad”* que los hubiere provocado, para entender que debía considerarse cumplida *“la propia regulación administrativa que le era aplicable”* (ATS2 18 jun. 2012); o bien que el sistema de control establecido por la Cámara parlamentaria no permitiera constatar la aplicación de partidas concretas a fines ajenos a la función pública (ATS2 28 feb. 2013); o bien que *“todos los pagos quedaron acreditados y tramitados en el correspondiente expediente administrativo”* (ATS2 19 dic. 2013); o bien, en fin, que el Grupo político al que pertenecía el cargo público investigado certificara que los viajes realizados por este a cuenta del erario público se efectuaron por razón de sus funciones parlamentarias (ATS2 18 feb. 2015).

No es cierto, por tanto, que el TS haya avalado la atipicidad de aquellas conductas en las que resulte constatado por cualquier medio admisible en derecho **que la concreta finalidad del gasto realizado por el funcionario público con fondos también públicos encomendados a su cargo fue exclusivamente privada**, so pretexto de que el mecanismo de control establecido por el organismo pagador se base exclusiva o fundamentalmente en el autocontrol.

Por otra parte, nótese que la única **diferencia entre el delito tipificado en el art. 433 CP y el recogido en el art. 432 CP** *“radica en el propósito del agente que realiza la sustracción, integrándose el hecho en el art. 432 cuando el ánimo del sujeto activo es el de incorporar a su patrimonio el bien público detraído con vocación de ejercer sobre éste una relación dominical con carácter definitivo, o sea el conocido «animus rem sibi habendi», y será aplicable el art. 433 cuando el ánimo sea de mero uso, esto es, de disponer temporalmente de la cosa mueble con intención de devolverla posteriormente y, por tanto, sin voluntad de incorporarla al patrimonio (animus utendi)”*, sin perjuicio de tener en cuenta que **“se opone a la transitoriedad de la apropiación, la reiteración, la contumacia de situación duradera de la apropiación, la cuantía excesiva**

que muestra la **continuidad** y pronostica la **difícil restitución**, de donde se infiere el «animus» de apoderamiento definitivo” (STS2 657/2004 de 19 mayo FD6).

En otro orden de cosas, el hecho de que la imputada haya renunciado al uso de la tarjeta y haya reintegrado todos los importes cargados a la misma — de lo que aporta igualmente una certificación (folio 483)—, solo puede tener el efecto de excluir la aplicación del **art. 433.2 CP**, pero no la que ahora se pretende.

Finalmente, no podemos dejar de considerar que tras la entrada en vigor de la **L.O. 1/2015, de 30 de marzo**, por la que se modifica la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, la redacción conferida a los arts. 432 y ss. CP, pese a su absoluta novedad, no permite pensar que se haya producido una despenalización de la conducta consistente en destinar a usos ajenos a la función pública los caudales o efectos de que se encargue por razón de sus funciones la autoridad o funcionario en cuestión, que ahora pasaría a conceptuarse, junto a otras, como **una suerte de administración desleal sobre el patrimonio público** (nuevo art. 432.1 CP), cuya penalidad se hace depender de la medida de daño o entorpecimiento del servicio público correspondiente, del valor del perjuicio causado y de la medida y efectividad de la reparación del perjuicio o, en su caso, de la importancia de la colaboración del autor al esclarecimiento del hecho delictivo en cuestión.

En este sentido, no cabe duda de que el tipo recogido en el ya derogado art. 433.1 CP, a todas luces, es más beneficioso que el del nuevo art. 432 y ss. CP, como igualmente se resalta en la reciente **Circular de la FGE núm. 3/2015, de 22 junio**, sobre el régimen transitorio tras la reforma operada por LO 1/2015, en la que se advierte de que la nueva regulación solo “simplifica la regulación del delito de malversación, reduciendo las conductas que antes se contenían en tres tipos penales de sustracción de caudales o efectos públicos (art. 432), destino a usos ajenos a la función pública (art. 433) o aplicación privada de bienes muebles o inmuebles de las administraciones (art. 434), a un único artículo, el art. 432, que remite a la descripción de los tipos de la administración desleal y de la apropiación

indebida", razón por la cual concluye que, "atendiendo a las penas establecidas en el nuevo artículo, en principio, **no serán objeto de revisión las sentencias condenatorias que aplican la legislación que se deroga, al poder ser impuestas igualmente con la regulación actual**".

De todas formas, aun cuando no quiera compartirse este criterio ante la **ausencia de una jurisprudencia precisa** sobre las consecuencias de la reforma penal en esta materia, es indudable que en estos momentos resultaría prematuro adoptar una decisión en cualquier otro sentido.

Por tanto, tampoco puede ser acogida la solicitud de sobreseimiento basada en este grupo de motivos.

QUINTO.- Por lo que respecta a las alegaciones que hemos incluido en el apartado **C)** del primer fundamento (**FD1**) de esta resolución, mediante las cuales se plantea la ilicitud de las pruebas de cargo en que se ha basado la imputación de Sra. CAPDEVILA, no solo por lo que se refiere a las intervenciones telefónicas que afectaron directamente a las conversaciones mantenidas entre ella y el Sr. BUSTOS —respecto del cual no se ventila ninguna responsabilidad penal en esta causa, pero sí en aquella de la que se deriva la presente—, a las de este con terceros e, incluso, a las que mantuvieron unos terceros entre sí, que originaron la cadena de prórrogas que condujeron a estas y a aquellas, sino también a cualesquiera otras diligencias de investigación derivadas de todas ellas (seguimientos, solicitudes de información documentada, etc.) y ordenadas o realizadas por el Juzgado de Instrucción núm. 1 de Sabadell en relación con los hechos que se investigan aquí por este Tribunal Superior, es obligado reconocer que la **Sentencia de la Sala de 30 marzo 2015** (P.A. núm. 2/14) **no constituye un precedente que sirva para resolver todas las cuestiones planteadas** ahora por la defensa de la Sra. CAPDEVILA —como parece querer dar a entender el Ministerio Fiscal en su informe—, sino solo una parte de ellas.

En efecto, en dicha resolución —pendiente de recurso ante la Excma. Sala Segunda del TS— solo se encuentra una respuesta suficiente y adecuada a la alegación de ilicitud de las intervenciones telefónicas que afectaron al Sr.

BUSTOS y a terceros (excluida la Sra. CAPDEVILA) y a estos entre sí en el curso de las investigaciones acometidas por el Juzgado de Instrucción 1 de Sabadell (D.P. núm. 470/2010), en concreto a las alegaciones que se han agrupado en el apartado **C).a.a'** del **FD1** de esta resolución.

Por tanto, respecto de ellas, cabe traer a colación, para desestimarlas, los razonamientos contenidos en el **FD1** de dicha Sentencia, que según le consta a este Instructor son perfectamente conocidos por la defensa de la Sra. CAPDEVILA debido a su intervención profesional en el correspondiente procedimiento, teniendo en cuenta, además, que conforme a la **Disposición Transitoria Única** de la **L.O. 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica**, la regulación contenida en los nuevos arts. 588 bis.a, siguientes y concordantes de la LECrim solo será aplicable "a los procedimientos penales incoados con posterioridad a su entrada en vigor", es decir, a partir del 6 diciembre 2015 (**DF.4ª**).

SEXTO.- Como hemos avanzado, la declaración de nulidad de las grabaciones de las 26 conversaciones telefónicas que mantuvieron directamente el Sr. BUSTOS y la Sra. CAPDEVILA entre el **27 mayo** y el **24 septiembre 2012** (fol. 120-156), pretende fundarse por la defensa de esta —vid. alegaciones del apartado **C).a.b'** del **FD1**— en la injustificada afectación que las correspondientes intervenciones supusieron de su derecho a la intimidad personal (art. 18.1 CE), habida cuenta el contenido "*manifiestamente privado*" de las conversaciones y el carácter "*absolutamente reservado*" de los encuentros —en total, unos 11, aunque los viajes investigados sean 12— que ambos interlocutores mantuvieron en diferentes hoteles de Madrid entre el **22 octubre 2010** y el **24 septiembre 2012**, teniendo en cuenta además, por un lado, que ni aquellas ni estos guardan ninguna relación con el objeto de la causa principal en que se autorizaron las intervenciones telefónicas, y, por otro lado, que antes de ordenarlas o de prorrogarlas no se pidió la información documental sobre los medios de pago de los billetes de transporte a la *Federació de Municipis de Catalunya* (FMC), lo que hubiera permitido descartar sin más cualquier relación con los hechos que dieron lugar a la formación de la causa matriz.

No es cierto, sin embargo, que el grado y la forma de intimidad personal que, según se sugiere, ha quedado comprometido por las intervenciones de las conversaciones telefónicas de los Sres. BUSTOS y CAPDEVILA y por las investigaciones derivadas de ellas —ya hemos dicho que esta se ha negado a declarar respecto al objeto de sus viajes y a la naturaleza de sus encuentros con aquel— presente características diferentes de cualesquiera otros grados y formas propias del derecho protegido por el **art. 18.1 CE** en relación con el **art. 579 LECrim**, “*que no prevén límites, en este sentido, respecto de la posible afectación de la intimidad relativa a las relaciones sexuales*” (ATS2 4 feb. 2013 [ROJ: ATS 798/2013]).

Por lo demás, en la Sentencia de esta Sala ya indicada (FD1) se advirtió también de que durante el progreso de la intervención telefónica:

- a) es posible abrir **nuevas líneas de investigación relacionadas con el hecho inicial**, aunque afecten a persona o personas distintas de aquella o aquellas a las que inicialmente concernía la medida y por hechos no comprendidos expresamente en la habilitación inicial; y
- b) más aún, no es posible ignorar el **descubrimiento casual de delitos no relacionados con el hecho inicial**, ni siquiera aunque a raíz de las conversaciones telefónicas intervenidas aparezcan implicados los interlocutores, sean o no aforados ante un tribunal superior (cfr. STS2 383/2014 de 16 may. FD11), siempre que se cumplan determinados requisitos complementarios de habilitación de la medida, de los que seguidamente se tratará.

Por lo tanto, ninguna de las objeciones planteadas en este apartado es de recibo.

SÉPTIMO.- Precisamente, en directa relación con las objeciones precedentes se afirma también —vid. alegaciones del apartado **C).b.a’)** y **b’)** del **FD1**— que no se cumplieron las exigencias jurisprudenciales respecto a la habilitación suplementaria que precisan los “*hallazgos casuales*” obtenidos en el curso de una intervención telefónica.

En efecto, se afirma que los funcionarios policiales encargados de la investigación de la causa matriz no informaron al Juez instructor del

descubrimiento del *hecho nuevo* sino hasta **transcurrido más de un año**, después de que, de forma manifiestamente prospectiva y sin ningún indicio previo, hubiesen reclamado y obtenido de terceros (RENFE, hoteles) *todos los datos personales* confidenciales relativos a la forma de pago de los billetes de ferrocarril utilizados por la Sra. CAPDEVILA para encontrarse con el Sr. BUSTOS en Madrid, así como a los hoteles en los que se vieron, y todo ello, además, al margen de lo previsto en la L.O. 15/1999 (arts. 22 y 23), y que, solo después de conocerlos, comunicaron dichos datos al Juzgado de Instrucción para intentar convalidarlos fraudulentamente.

De la lectura de las actuaciones, resulta que **la primera comunicación** de la Unidad de la Policía encargada de la investigación —la Unidad Adjunta de la *Divisió d'Investigació Criminal* de los MME—, en relación con los hechos que se refieren concretamente a la Sra. CAPDEVILA —los **6 viajes** privados BCN/MAD llevados a cabo entre el **28 mayo** y el **25 septiembre 2012** y pagados con cargo al *Parlament de Catalunya*, de los cuales solo fueron tomados en consideración **5 viajes** en el Auto de incoación del presente procedimiento de Jurado—, tuvo entrada en el Juzgado de Instrucción de Sabadell el **18 junio 2013**.

En ella (Atestado núm. 361098/2013) se explica que, al resultar de la intervención telefónica a que fue sometido el Sr. BUSTOS entre el **10 enero** y el **23 octubre 2012** —de la que se trató ampliamente en la Sentencia de esta Sala de 30 marzo 2015 (P.A. núm. 2/14)— que este podía estar malversando fondos pertenecientes a la Federación de municipios (FMC) que presidía por aquellas fechas, so pretexto de ciertos viajes realizados a diversas localidades españolas —entre ellas, Madrid— en representación de dicha entidad pública, se pudo comprobar que, si bien sus propios gastos parecían estar *prima facie* justificados, en cambio, los de su interlocutora, la Sra. CAPDEVILA —por entonces, Diputada del *Parlament de Catalunya* además de Teniente de Alcalde y Concejala del *Ajuntament de Sabadell*—, de la que se habría hecho acompañar o con la que se habría citado en algunos de esos viajes, como quiera que hubieran sido sufragados con cargo a una determinada tarjeta VISA titularidad del órgano legislativo autonómico catalán, podían no estarlo en la medida en que —“según la investigación”—,

los viajes respondieron únicamente a “asuntos de índole privada entre ambos” y no al ejercicio de funciones parlamentarias.

A la mencionada comunicación policial (Atestado núm. 361098/2013) se acompañaron las contestaciones documentadas de **6 y 11 marzo 2103** sobre las fechas y horarios de los viajes, su forma de pago y el titular y el usuario de la tarjeta VISA a la que se cargaron, que RENFE hizo llegar a los investigadores en respuesta al Oficio que le fue remitido por estos en **28 febrero 2013**, por tanto antes de dar cuenta del *hallazgo* al Juez de Instrucción de Sabadell.

No se acompañaron entonces, en cambio, ni las grabaciones ni las transcripciones de las conversaciones telefónicas entre el Sr. BUSTOS y la Sra. CAPDEVILA, de las que, sin embargo y según se decía por la propia Unidad policial, se había obtenido la correspondiente *notitia criminis*.

De hecho, no fue hasta el **11 julio 2013**, después de que le fueran reclamadas por el Juez de Instrucción las transcripciones de las conversaciones telefónicas “*que justifiquen que los viajes relacionados en el atestado núm. 361098/2013 de fecha 17 junio 2013 fueron de índole privada*”, que la Unidad policial (Atestado núm. 523640/2013) se las entregó por fin al órgano judicial requirente, **más de un año después de que fuera grabada la primera de las conversaciones y casi 10 meses después de que fuera grabada la última.**

En efecto, revisados los informes (Atestados) remitidos puntualmente al Juzgado de Sabadell por la Unidad policial encargada de la investigación mientras se estaban produciendo las intervenciones telefónicas —que cesaron el 23 octubre 2012—, informes incluidos en la causa principal de la que existe un testimonio unido al presente procedimiento de Jurado, de ninguno de ellos se desprende que el órgano judicial fuera enterado ni de su contenido ni del hecho mismo de la interceptación de las mencionadas conversaciones entre el Sr. BUSTOS y la Sra. CAPDEVILA. No resulta otra cosa de la lectura de los Atestados núm. 314561/2012, entregado el **25 junio 2012**, (fol. 9868-9922, T.35); núm. 382474/2012, entregado el **31 julio 2012** (fol. 10120-10152, T.36); núm. 459174/2012, entregado el **21 agosto 2012** (fol. 10250-10270, T.36); núm. 567782/2012, entregado el **9**

octubre 2012 (fol. 10428-10453, T.37); y núm. 567790/2012, entregado el **8 noviembre 2012** (fol. 10637-10661, T.38).

La falta de dación de cuenta sorprende tanto más cuanto —como se dijo en la sentencia de esta Sala de 30 marzo 2015 (P.A. núm. 2/14)— en todas resoluciones judiciales de autorización de las intervenciones telefónicas se había hecho constar por el Juzgado de Instrucción núm. 1 de Sabadell “**la obligación de la Unidad policial de dar cuenta mensual al Juzgado, con remisión de los soportes originales en que se recogieran las conversaciones intervenidas y de las correspondientes transcripciones para su cotejo por el secretario judicial, y se advertía a los agentes encargados de la ejecución de la resolución que el objeto de la intervención era exclusivamente la investigación de conductas constitutivas de delitos contra la Administración Pública y conductas afines, por lo que en el supuesto de desprenderse la existencia de otros ilícitos penales deberán ser puestos en conocimiento del Juzgado solicitando la ampliación a los nuevos hechos**”.

Si bien fue posible justificar en la sentencia de esta Sala de 30 marzo 2015 (P.A. núm. 2/14) un pretendido *retraso* de los investigadores policiales en dar cuenta al Juzgado de ciertos hechos imputados a otro aforado conocidos en la misma causa matriz, en este caso se constata que el injustificado retraso de la Unidad de Policía encargada de la investigación en dar cuenta al Juzgado de la *notitia criminis* evidencia una **falta de control judicial** en la intervención telefónica que afecta indudablemente a la licitud de las pruebas originarias obtenidas respecto a la Sra. CAPDEVILA —como interlocutora del Sr. BUSTOS—, en relación con los hechos que han dado lugar a la incoación de la presente causa de Jurado.

OCTAVO.- En efecto, respecto a este requisito de licitud de la prueba conseguida mediante la interceptación de comunicaciones telefónicas se dijo en la Sentencia de esta Sala de 30 marzo 2015 (P.A. núm. 2/14) que, en los supuestos de **hallazgos casuales** obtenidos en el curso de una determinada intervención telefónica autorizada judicialmente, es necesario que se dicte **una nueva resolución** que acomode su contenido y, sobre todo, su motivación a los hechos descubiertos fortuitamente; y si bien no es

exigible que esa habilitación suplementaria se produzca a raíz de la primera de las conversaciones donde surjan los nuevos datos —ni tampoco, claro está, cuando ya se haya obtenido el perfecto conocimiento de los hechos—, sino solo cuando la suma de todas ellas y de otros datos indiciarios adquieran el significado incriminatorio preciso, **“lo decisivo es... que el Juez instructor, desde el primer momento, tenga conocimiento del desarrollo de las investigaciones, que sepa el resultado que van arrojando las conversaciones intervenidas, que su desidia institucional no avale espacios de injerencia ajenos a la garantía constitucional que reconoce el art. 18 CE”** (STS2 636/2012 de 13 jul. FD2§1.B).

En aquella situación, la Sala competente para el enjuiciamiento de la presente causa de Jurado dijo que, mientras se está practicando la intervención telefónica, esta exigencia relativa al necesario **control judicial** de la medida puede quedar plenamente cumplida mediante los **informes** que la Policía eleve al Juez, dándole conocimiento de sus resultados, y mediante la entrega de las **trcripciones** de las correspondientes grabaciones, que no tienen por qué ser íntegras, pudiendo limitarse a aquellas partes que tuvieren interés para la investigación, y todo ello con la **frecuencia** y dentro de los **términos** que aconsejen *“las circunstancias del caso y la complejidad de la investigación”*, a las que habrá que atender para decidir *“si las demoras en su remisión al Juzgado son o no razonables a los efectos de no hacer inefectivo el control judicial (STS2 1165/1998 de 13 dic. FD2)”*.

Pues bien, en el presente caso nos encontramos con que el retraso en enterar al Juzgado de Instrucción de Sabadell de las 26 conversaciones telefónicas mantenidas por los Sres. BUSTOS y CAPDEVILA a lo largo de cinco meses (fol. 120-156) supuso que la interceptación y grabación de todas ellas se obtuvieran en virtud de una autorización judicial que, atendidos sus estrictos términos objetivos, no podía incluir una conducta supuestamente constitutiva de malversación de los fondos públicos correspondientes al *Parlament de Catalunya* y, atendidos sus estrictos términos subjetivos, no podía abarcar —más allá de la constatación de los primeros indicios hallados casualmente— la completa investigación policial de una conducta punible no

flagrante presuntamente cometida por una persona aforada ante un órgano judicial diferente al que autorizó la intervención inicial.

Es cierto que, mientras los funcionarios encargados de la investigación sospecharon razonablemente que los fondos públicos utilizados para sufragar los gastos producidos por los *encuentros privados* de los Sres. BUSTOS y CAPDEVILA podrían haber salido del organismo público municipal presidido por aquel (FMC), la autorización judicial de la que disponían les habilitaba plenamente para mantener las intervenciones telefónicas y para realizar los seguimientos de los interlocutores que, a raíz de los datos exclusivamente conocidos por ellas, efectuaron en 2 abril y 16 mayo 2012 (fol. 237-242).

Pero es evidente que desde el **23 noviembre 2012** se descartó por la Unidad policial encargada de la investigación que el Sr. BUSTOS hubiera sufragado los gastos de los viajes de la Sra. CAPDEVILA con cargo a los fondos de la FMC, puesto que en el Auto dictado ese mismo día por el Juzgado de Instrucción de Sabadell a petición de dicha Unidad (fol. 11274-11339, T.40) a fin de registrar numerosos domicilios particulares y públicos —entre ellos el de la FMC (fol. 11329-11330, T.40)— no se incluyó ninguna referencia a la citada conducta y, en cambio, sí se incluyeron otras similares por razón de ciertos viajes a Madrid del Sr. BUSTOS con otras personas, de manera que, desde entonces, no le era posible a la Policía seguir investigando por su cuenta nuevos hechos no incluidos en la autorización judicial habilitante.

No está demás advertir que en la propia resolución judicial de entrada y registro se hizo una referencia nominativa a la Sra. CAPDEVILA (fol. 11320-11321, T.40) de la que se desprende que, si bien se había decidido registrar su despacho en el *Ajuntament de Sabadell* —del que era Teniente de Alcalde y responsable del Área Económica—, entonces no se hallaba imputada —“*por el momento*”— y que los investigadores policiales y el propio Juzgado estaban perfectamente enterados de que, en aquellos momentos, era aforada ante este Tribunal Superior de Justicia.

El registro de los diversos domicilios particulares y sedes públicas —entre ellos la de la FMC, que incluyó el despacho del que disponía el Sr. BUSTOS

por su condición de Presidente del organismo (fol. 11458-11461 y 11478-11488, T.41)— se efectuó el día **27 noviembre 2012** y, con dicha ocasión, fueron detenidas 12 personas —entre las cuales no estaba el Sr. BUSTOS—, de todo lo cual se dio oportuna cuenta al Juzgado (fol. 11846-11849, T.43).

En consecuencia, al enterar la Policía al Juzgado en **30 noviembre 2012** de *todos* los indicios hallados en los registros (fol. 11885-11979, T.43) y de los relativos a *todas* las personas encartadas —un total de 39 (fol. 11870-119873, T.43)—, entre ellos el Sr. BUSTOS (fol. 12960-13101, T.46), no hizo ninguna referencia ni a las 26 conversaciones telefónicas de las que aquí se trata (vid. fol. 13094-13100, T.46) ni, mucho menos, a la conducta de la que también se trata aquí.

Por lo tanto, la información obtenida por la Unidad de la Policía más de tres meses después (fol. 24-40) sobre el pago de los billetes de ferrocarril, efectuado con cargo a la tarjeta del *Parlament de Catalunya* de la que la Sra. CAPDEVILA era usuaria, fue conseguida indebidamente en base al conocimiento de unas conversaciones telefónicas injustificadamente hurtadas al conocimiento y al control del Juzgado que autorizó en su día la intervención de las comunicaciones del interlocutor —Sr. BUSTOS— de aquella, cuyo contenido excedía los términos de dicha autorización.

La consecuencia inevitable de dicho proceder no puede ser otra que la prevista en el art. 11.1 LOPJ, conforme al cual las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, con vulneración de derechos fundamentales no pueden surtir efectos, lo que abarca no solo a las conversaciones telefónicas grabadas sino también a la información documental obtenida a raíz de del conocimiento de aquellas.

De todas formas, la conclusión de dicha declaración no puede ser otra que la de decretar el sobreseimiento provisional —y no el sobreseimiento libre, como solicitada la defensa de la Sra. CAPDEVILA—, por no justificar debidamente la perpetración del delito que ha dado lugar a la formación de la causa (art. 641.1º LECrim, en relación con el art. 26.1 LOTJ), sin que, por tanto, proceda resolver sobre la competencia del Tribunal por la pérdida sobrevinida del aforamiento de la Sra. CAPDEVILA.

NOVENO.- A la vista de lo razonado en los precedentes fundamentos, no procede entrar a examinar las restantes alegaciones del escrito de la defensa de la Sra. CAPDEVILA que, por su sentido y alcance, de ninguna manera podrían llegar a alterar el sentido del sobreseimiento decretado.

Tampoco procede entrar a conocer de lo alegado en el escrito presentado en 21 octubre 2015, en la medida en que se solicita lo mismo que en el precedente.

En virtud de todo lo expuesto,

DISPOSITIVA

El Ilmo. Sr. MAGISTRADO INSTRUCTOR designado por la SALA CIVIL Y PENAL del TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUNYA ha decidido:

DECRETAR el sobreseimiento provisional de la presenta causa, por no resultar debidamente justificada la perpetración del delito que ha dado lugar a su formación.

Notifíquese la presente resolución al Ministerio Fiscal y a todas las partes personadas, con advertencia de que contra la misma cabe recurso de reforma ante este Instructor y/o, en su caso, de apelación ante la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya.

Así lo dispone y firma el Instructor Ilmo. Sr D. Carlos Ramos Rubio; doy fe.