

**AUDIENCIA PROVINCIAL DE SEVILLA.**

**SECCION SEPTIMA.**

**AUTO Nº 406/2014.**

**Rollo nº 573/2014 (R.C.A.).**

Diligencias previas nº 174/2011.

Juzgado de Instrucción nº 6 de Sevilla.

**Magistrados:**

Javier González Fernández, ponente.

Juan Romeo Laguna.

Esperanza Jiménez Mantecón.

En Sevilla, a 6 de mayo de 2014.

**ANTECEDENTES DE HECHO.**

**Primero.**- En la causa de referencia la Ilma. Sra. Magistrada-Juez de Instrucción dictó el día 31 de octubre de 2013 auto que acordaba instruir del artículo 118 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, entre otras personas, a D<sup>a</sup> Magdalena Álvarez Arza. Contra dicha resolución interpuso recurso de apelación la representación de la misma, habiendo formulado alegaciones tan solo el Ministerio Fiscal, impugnando el recurso.

**Segundo.**- Recibidas las actuaciones originales se formó rollo el día 28 de enero de 2014, se designó ponente y, señalado al efecto el día 24 del pasado mes de abril, se deliberó.

## **FUNDAMENTOS JURIDICOS.**

**Primero.**- El auto de 31 de octubre de 2013 del Juzgado directamente apelado por la representación de la sra. Álvarez se dictó a consecuencia del auto de este tribunal del día 25 del mismo mes, que dejó sin efecto el del Juzgado de fecha 28 de junio que, en esencia, acordó informarle de su condición de imputada instruyéndole de los derechos previstos en el artículo 118 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal -relativo a los derechos que corresponden a “Toda persona a quien se impute un acto punible”- y poniendo en su conocimiento en la forma más rápida posible el contenido de dicho auto.

Con esta nueva resolución la Sra. Juez de Instrucción procede a dar satisfacción a las exigencias formales establecidas en aquel nuestro auto.

A modo de preámbulo hemos de recordar nuevamente que la decisión judicial que se combate es la que inicia, abre, dirige el procedimiento contra una persona determinada por entender que, en relación con los hechos que ya venía investigando el Juzgado, ha podido tener algún tipo de participación en ellos.

Siendo nuestra perspectiva como tribunal de alzada la de ese momento procesal, no es en modo alguno ociosa esta reiteración dado que con el recurso se pretende combatir el inicio de la investigación respecto de esa persona con argumentos de fondo, sin que, por ende, nada se haya instruido sobre su conducta. Se incurre, pues, lo que decimos con todos los respetos -pero hay que decirlo-, en una suerte de absurdo lógico-procesal cuando pretende la defensa de la recurrente respecto de la sra. Álvarez el sobreseimiento de la causa, que no es sino la clausura de la instrucción, precisamente solicitando que, declarando su nulidad, se deje sin efecto la resolución que decreta su comienzo.

En consecuencia, como haremos en el siguiente Fundamento, no está de más recordar lo que decíamos en nuestro anterior auto acerca de la naturaleza de una resolución como la apelada.

Al igual que tampoco está de más recordar que, al traerse al proceso por ser de interés su declaración para el esclarecimiento de los hechos a una persona tan íntimamente relacionada con los mismos, hasta el punto de existir contra ella severas por fundadas sospechas de participación, como ocurre con la apelante, de modo que es patente que podría surgir en el curso de su interrogatorio la posibilidad de plantearle preguntas que pudieran comprometerla, lo adecuado por ajustado a Derecho es citarla de entrada como imputada por cuanto ello, de una parte, asegura la pureza del procedimiento en evitación de que declaraciones testimoniales resultaran ineficaces, y, de otra parte, en cuanto introduce el estatuto del imputado lo que hace es reforzar las garantías de la persona llamada al proceso no forzándola a declarar bajo juramento o promesa (incluso, tendría derecho a guardar silencio).

En este sentido resultaría inexplicable el olvido de que el artículo 118 fue una de las primeras modificaciones de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para su adecuación a la Constitución, con la finalidad específica de proteger el derecho de defensa de la persona que iba a ser investigada, superando el viejo estatuto de la ley procesal penal que difería a momento muy posterior al comienzo de la instrucción la posibilidad del investigado de personarse en la causa, solicitar la práctica de pruebas o de cualquier manera poder influir legítimamente en la instrucción. A los solos efectos dialécticos, diremos también que similar es la finalidad de la introducción del artículo 118 bis en la Ley de Enjuiciamiento Criminal conforme a la Exposición de Motivos de la ley orgánica 7/2002, de 5 de julio.

Por último, tampoco resulta ocioso recordar una vez más la obligación de todo Juez de Instrucción de iniciar la instrucción una vez que adquiere la “notitia criminis” (artículos 299, 306 y concordantes de la ley rituraria penal), aunque esta adquisición derive de su propia percepción lógica a la vista del resultado de lo investigado respecto de terceras personas.

**Segundo.-** Como anunciamos, aun siendo elementales no por ello dejan de ser necesarias las precisiones que se hacen a continuación sobre la naturaleza de la resolución abriendo el proceso respecto de persona determinada; en este caso, dirigiendo uno ya abierto contra persona respecto de la que resultan visos de haber participado en los hechos delictivos que se investigan.

Dando por reproducido lo que, con base en la jurisprudencia de la Sala 2ª del Tribunal Supremo, ya expresamos en el Fundamento segundo de nuestro auto de 25 de octubre del pasado año 2013, que a otros anteriores se remitía, reiteramos especialmente los siguientes aspectos:

1) al tratarse de una resolución judicial equiparable a la de apertura de un procedimiento penal por recepción de la “notitia criminis”, le es extensivo lo que acerca de la resolución de admisión a trámite de denuncia o querrela dice la jurisprudencia de la Sala 2ª del Tribunal Supremo: “no constituye, todavía, un acto de imputación judicial, aunque permita al querrellado comenzar a defenderse en el proceso conforme al artículo 118 de la LECrim”.

2) la solidez de los indicios exigidos para adoptarla no alcanza la intensidad de los que correspondería tener en cuenta para acordar la prosecución del procedimiento contra esa persona (imputación judicial formal). Bastaría con no poderse excluir el carácter delictivo de los hechos (auto de 12-11-2012, rec. nº 20583/2012). Su fundamento es, pues, un “cierto grado de verosimilitud, (que) no alcanza el grado incriminatorio de inculpación que tiene un auto formalizado de procesamiento” o resolución similar (sentencia de la Sala 2ª del Tribunal Supremo de STS de 4-2-2011, nº 63/2011).

**Tercero.-** Sentado lo anterior, para constatar si la resolución ahora apelada cumple las exigencias de motivación reforzada derivadas de nuestro auto de 25 de octubre pasado, corresponde dilucidar, de una parte, si la nueva resolución explicita los hechos punibles que considera presuntamente cometidos por la apelante, y, de otro lado, si

de lo ya instruido resulta la apariencia de esa forma de participación de la recurrente en los hechos investigados que explique o justifique que sea traída al proceso como sujeto pasivo del mismo.

Respecto del primer punto resulta incuestionable que la nueva resolución cumple con creces, sobradamente, la concreción de los hechos que con carácter delictivo, con mención de las correspondientes figuras típicas (que, como es obvio, han de entenderse con un marcado carácter provisorio), detecta la Sra. Juez de Instrucción que pueden haber sido cometidos por la sra. Álvarez en relación con los que ya se venían investigando en las diligencias previas.

En efecto, por emplear su misma terminología, ha actuado correctamente la Ilma. Sra. Magistrada-Juez huyendo de generalizaciones al detallar de forma precisa los hechos que atribuye a la sra. Álvarez, lo que ha hecho, como dice, al “reproducir la imputación que le fue leída detenidamente ... el día 8 de octubre con carácter previo a su declaración judicial”. De esta manera se cumple la garantía formal de puesta en conocimiento de la persona a investigar de los hechos cuya comisión se le atribuyen como forma de mejor ejercicio de su derecho de defensa, lo que en pura lógica ha de ser tanto previa a su declaración como distanciada en el tiempo de ella.

En este punto, recordamos nuevamente la sentencia del Tribunal Supremo de 12-11-2012 (nº 885/2012) cuando, en relación con un auto de incoación de diligencias previas y al analizar la exigencia de “resolución motivada” expresaba que: “La motivación requerida, en tanto que únicamente se contrasta con lo relatado por el denunciante o querellante en su escrito de denuncia o querrela, ha de limitarse precisamente a eso: un juicio de verosimilitud sobre la calificación delictiva de los hechos denunciados y su presunta atribución al querrellado o denunciado, sin que en tal momento procesal puedan llevarse a cabo mayores explicaciones ni probanzas, en tanto dicha resolución judicial es precisamente la que abre la investigación judicial; carecería de sentido, en consecuencia, exigir mayor motivación que la expuesta.”.

**Cuarto.**- Así las cosas, partiendo de la idea de que el auto recurrido establece la que podría llamarse una hipótesis delictiva de máximos apreciada por la Ilma. Sra. Magistrada-Juez -que descarta siquiera como “hipótesis de estudio” la existencia de responsabilidad penal respecto del Parlamento andaluz-, sin necesidad de tener que compartirse la totalidad de sus argumentaciones, es innegable la realidad de que el resultado de la instrucción practicada ha permitido, como poco, a la Sra. Juez de Instrucción indiciariamente detectar que el uso desviado, por ilegal, de los fondos públicos quedó facilitado, y con ello desmesuradamente incrementado, merced a la instauración de las transferencias de financiación como método para dotar de dinero las partidas arbitrariamente administradas a través de la Consejería de Empleo.

Método el de transferencias de financiación al IFA, que al tener una finalidad distinta no cabía emplear para la concesión de subvenciones sociolaborales y ayudas a empresas en crisis, pero que permitía y permitió un amplio margen de discrecionalidad en el otorgamiento de las “ayudas” sin sometimiento al procedimiento legalmente establecido para su concesión a la par que se obstaculizaba su fiscalización previa por la Intervención General de la Junta de Andalucía (interventor delegado de la Consejería de Empleo).

Método éste introducido siendo la apelante titular de la Consejería de Economía y Hacienda, cuya inadecuación para la gestión de tales subvenciones y ayudas a empresas ha confirmado la Cámara de Cuentas de Andalucía y ha corroborado la pericia emitida por la Intervención General del Estado, que estaba pendiente de evacuar a la fecha de emisión de sus alegaciones al recurso por la Fiscalía especial contra la Corrupción en noviembre del pasado año 2013, pero que, una vez enviada al Juzgado, fue incluida por éste de oficio en el testimonio de particulares remitido a esta Sala. Ambos informes coinciden en que la finalidad legal de las transferencia de financiación a IFA-IDEA era sólo de la cobertura de pérdidas de esa misma entidad pública, no la concesión de aquel tipo de ayudas.

Aunque cupiera hablar de la posibilidad de un control “a posteriori”, en la ejecución del gasto, la realidad demostró que de nada sirvió, puesto que el método que se

mantuvo durante un dilatado periodo de tiempo pese a que, según manifestaciones de quien fue su titular desde el 21 de mayo del año 2000 hasta cesar el 15 de abril de 2010, sr. Gómez Martínez, la Intervención General de la Junta de Andalucía hasta en quince ocasiones advirtió de irregularidades en la gestión de las subvenciones del Programa 31L, de forma que, como este mismo imputado declaró en el Juzgado, solo una ínfima parte de dicho programa estuvo bajo control. Órgano éste de control de la gestión económica de la Administración de la Junta de Andalucía, autónomo en el ejercicio de sus funciones, aunque adscrito a la Consejería de Hacienda.

Se podrá decir que la técnica en sí de la transferencia de financiación no es ilegal. No deja de ser razonable el argumento usado en el recurso de cómo puede ser ilegal lo aprobado por ley, la de presupuestos. No obstante, el informe de la Intervención General del Estado apunta que, conforme a la Ley General de la Hacienda Pública de la Junta de Andalucía, las ayudas pagadas -que no concedidas- por el IFA-IDEA podrían ser nulas de pleno derecho. Así, pues, no es irracional o arbitraria la hipótesis de entender que la técnica fuera introducida para propiciar lo que finalmente ocurrió. ¿Cómo entender si no que, pese a las alertas dadas, pudiera prolongarse sin control alguno durante unos diez años un sistema tan peculiar provocador de una presunta malversación millonaria, de unos déficits de financiación de las ayudas del programa 31L que ya en el año 2002 ascendía a 30,27 millones de euros, a 38,22 millones de euros en el año 2003, y en el año 2004 a 93,60 millones de euros?.

Ante lo anteriormente expuesto es razonable la fundada sospecha surgida en el ánimo de la instructora -que comparte la acusación pública; ninguna de las acusaciones particulares ha tenido a bien formular alegaciones al recurso, de modo que ignoramos lo que piensan-, expresada en su auto, de que “ciertos cargos de relevancias (que) por razón de sus competencias pudieron propiciar la instauración de este sistema ilegal”, excluyendo expresamente que se tratase de todo “el gobierno andaluz”.

En definitiva, ante la trascendencia de esos hechos, ante la solidez de tan fundada sospecha, suficiente para actuar, como vimos, en este inicial momento procesal, se

revelaba como necesaria la medida de ampliar la instrucción a lo ocurrido a partir, reiteramos, de la aparición como método para dejar de lado el procedimiento adecuado en el otorgamiento de subvenciones sociolaborales y ayudas a empresas en crisis, de la técnica de las transferencias de financiación, precisamente instaurado siendo titular de la Consejería de Hacienda la apelante, que lo fue desde el 2 agosto 1994 al 7 febrero de 2004, y que se mantuvo durante unos 10 años pese al incremento continuado del déficit creado en la gestión de las subvenciones del Programa 31L manejado a su arbitrio por la Dirección General de Trabajo y Seguridad Social de la Consejería de Empleo. Y no ya por la evidente alarma social que su constatación pueda crear en la ciudadanía, sino porque no se puede negar a la Sra. Juez de Instrucción su obligación de perseguirlos, sin perjuicio de lo que aconseje posteriormente el resultado de la instrucción que se inicia, cuya terminación es posible que ya no le corresponda.

Especial gravedad de la presunta malversación que, aparte de la necesidad racional de depurar la instrucción dada la complejidad de los hechos, hace más que prematuro descartar la discutida ampliación de la instrucción con el argumento de la prescripción de los delitos. Recordaremos que el plazo prescriptivo podría ser de 15 años en cuanto a la malversación en función de lo dispuesto en el artículo 432.2 del Código Penal, por la pena de inhabilitación absoluta señalada, y lo dispuesto en el artículo 131 en sus sucesivas redacciones desde la publicación del código en el año 1995.

Por ello, siendo patente el interés que para el esclarecimiento de los hechos tendría oír en declaración a la sra. Álvarez, ante tan fundadas sospechas -suficientes para, ampliando la instrucción en marcha, dirigirla contra ella- resultaría espurio, procesalmente hablando, someterla al régimen de las declaraciones testificales con riesgo de que por vulneración de su derecho de defensa tal declaración deviniese “prueba prohibida” (sentencia de 11-7-2013, nº 601/2013, que cita otras muchas, reseñada en nuestro auto de 25 de octubre de 2013).

En consecuencia, no cabe dejar sin efecto la resolución apelada tanto en su propio sentido de resolución que ordena, dirigiendo el procedimiento contra ella, iniciar la

instrucción respecto de persona determinada como es la recurrente, como de entender el recurso como petición de sobreseimiento por cuanto quedan por realizar las declaraciones acordadas en dicho auto y por practicar otras diligencias que permitiría esclarecer la nueva línea de investigación que se abrió con el auto apelado.

**Quinto.**- Se impone, pues, la desestimación del recurso de apelación. Procede asimismo declarar de oficio las costas de esta segunda instancia, a tenor de los artículos 239 y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

En función de lo expuesto,

**ACORDAMOS: Desestimamos** el recurso de apelación objeto de este rollo interpuesto por la representación de D<sup>a</sup> Magdalena Álvarez Arza.

**Confirmamos** el auto dictado por la Ilma. Sra. Magistrada-Juez de Instrucción el día 31 de octubre de 2013, declarando de oficio las **costas** que puedan devengarse en la tramitación de esta segunda instancia.

**Notifíquese** este auto al Ministerio Fiscal y a las demás partes personadas, informándolas de que contra el mismo no cabe interponer recurso ordinario alguno.

Remítase al Juzgado de Instrucción, junto con el testimonio de particulares recibido, testimonio de esta resolución para su cumplimiento.

Hecho todo lo anterior, se archivará el Rollo sin necesidad de nuevo proveído.

Así lo pronunciamos, mandamos y firmamos.