

## Suplemento

## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

**13948** *Sala Primera. Sentencia 127/2011, de 18 de julio de 2011. Recurso de amparo 5760-2005. Promovido por don José Jané Solá respecto a las sentencias de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo y de la Audiencia Provincial de Barcelona que le condenaron por un delito contra la Hacienda pública. Supuesta vulneración de los derechos a la tutela judicial efectiva, a la presunción de inocencia y a un proceso con todas las garantías: ausencia de notificación inmediata de la admisión de querrela que no menoscabó las posibilidades de defensa del acusado; condena fundada en amplia actividad probatoria desarrollada en la vista oral; rechazo de los motivos casacionales referidos a la errónea valoración de la prueba basado en la ausencia de literosuficiencia de los documentos aportados.*

Sala Primera. Sentencia 127/2011, de 18 de julio de 2011. Recurso de amparo 5760-2005. Promovido por don José Jané Solá respecto a las sentencias de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo y de la Audiencia Provincial de Barcelona que le condenaron por un delito contra la Hacienda pública. Supuesta vulneración de los derechos a la tutela judicial efectiva, a la presunción de inocencia y a un proceso con todas las garantías: ausencia de notificación inmediata de la admisión de querrela que no menoscabó las posibilidades de defensa del acusado; condena fundada en amplia actividad probatoria desarrollada en la vista oral; rechazo de los motivos casacionales referidos a la errónea valoración de la prueba basado en la ausencia de literosuficiencia de los documentos aportados.

La Sala Primera del Tribunal Constitucional, compuesta por don Pascual Sala Sánchez, Presidente, don Manuel Aragón Reyes, don Pablo Pérez Tremps y doña Adela Asua Batarrita, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 5760-2005, promovido por don José Jané Solá, representado por el Procurador de los Tribunales don Antonio Francisco García Díaz y bajo la dirección del Letrado don Óscar Alzaga Villaamil, contra la Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 2 de junio de 2005, dictada en el recurso de casación núm. 347-2003, por la que se estima parcialmente el recurso interpuesto contra la Sentencia de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Barcelona de 25 de julio de 2002, dictada en el rollo núm. 56-1999. Han comparecido don Francisco Busquets Farras, representado por el Procurador de los Tribunales don Francisco Velasco Muñoz-Cuellar y bajo la dirección del Letrado don Javier Amat Badrinas; don Ramón Solanellas Solanellas, representado por el Procurador de los Tribunales don José Ramón García García y bajo la dirección del Letrado don Juan Córdoba Roda; don Antonio Aguilera Rodríguez, doña Eulalia Cervera Esteve, doña María José Ferrer Cervera, don Gregorio Ferrer Cervera y doña Ana Ferrer Cervera, representados por la Procuradora de los Tribunales doña María Jesús González Díez y bajo la dirección de la Letrada doña Carmen Figueras i Coll; don Baltasar Pineda Santacana, representado por el Procurador de los Tribunales don Antonio Ángel Sánchez-Jáuregui Alcaide y bajo la dirección del Letrado don José María Canovas Delgado; don Agustín Cots Calsina, representado por el Procurador de los Tribunales don Argimiro Vázquez Guillén y bajo la dirección del Letrado don Josep Lluís Climent Chapí; y el Abogado del Estado. Ha intervenido el Ministerio

Fiscal. Ha sido Ponente el Magistrado don Pablo Pérez Tremps, quien expresa el parecer de la Sala.

### I. Antecedentes

1. Mediante escrito registrado en este Tribunal el 28 de julio de 2005, el Procurador de los Tribunales don Antonio Francisco García Díaz, en nombre y representación de don José Jané Solá, y bajo la dirección del Letrado don Óscar Alzaga Villaamil, interpuso recurso de amparo contra las resoluciones judiciales que se mencionan en el encabezamiento de esta Sentencia.

2. El recurso tiene su origen en los siguientes antecedentes:

a) El 1 de octubre de 1993 se presentó una querrela contra, entre otros, el ahora recurrente en amparo, que era vicepresidente del consejo de administración, consejero delegado y presidente de la comisión ejecutiva del Banco de la mediana y pequeña empresa, S.A. (en adelante, Bankpyme), por supuestos delitos de falsedad en documento mercantil y continuado contra la Hacienda pública, en grado de cooperación necesaria. La querrela fue admitida a trámite por Auto del Juzgado de Instrucción núm. 3 de Barcelona de 2 de noviembre de 1993, dando lugar a las diligencias previas núm. 3261-1993. Por otro Auto de esa misma fecha se acordó el secreto de las actuaciones que, tras una primera prórroga acordada por Auto de 3 de diciembre de 1993, fuealzada por Auto de 27 de diciembre de 1993, fecha en la que se da traslado de actuaciones, entre otros, al recurrente.

b) Por Auto de 16 de junio de 1997 se acordó la continuación de las actuaciones por los trámites del procedimiento abreviado respecto, entre otros, el recurrente como cooperador necesario de un delito continuado contra la Hacienda pública. El demandante, al igual que otros imputados, interpuso recurso de reforma solicitando el sobreseimiento libre, alegando diversas circunstancias sobre la atipicidad de la conducta. Los distintos recursos de reforma presentados fueron desestimados por Auto de 18 de julio de 1997, sin que se hiciera mención expresa a las alegaciones hechas por el recurrente, quien, simultáneamente, por una parte, solicitó ante el propio Juzgado de Instrucción la nulidad del Auto por haber omitido resolver su recurso de reforma y, por otra, interpuso recurso de queja contra dicho Auto con esa misma argumentación.

c) El Juzgado de Instrucción núm. 3 de Barcelona por Auto de 4 de septiembre de 1997 declaró la nulidad parcial del Auto de fecha 18 de julio de 1997 y amplió los razonamientos del mismo para dar respuesta al recurso de reforma interpuesto por el recurrente, que también fue desestimado. El Auto de 4 de septiembre de 1997 fue notificado al recurrente con la indicación de que no era firme y que frente a él cabía interponer recurso de queja en el plazo de tres días, sin que conste que fuera impugnado. Por su parte, la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Barcelona, por Auto de 15 de diciembre de 1997, desestimó el recurso de queja interpuesto contra el Auto de 16 de junio de 1997, argumentando que al haberse anulado parcialmente por el propio Juzgado de Instrucción y haberse suplido las omisiones denunciadas por el Auto de 4 de septiembre de 1997, el recurso de queja carece de contenido y que es contra dicho Auto contra el que procederá, en su caso, nuevo recurso de queja. El demandante interpuso recurso de amparo, registrado con el núm. 376-1998, contra el citado Auto de 15 de diciembre de 1997, así como contra el Auto del Juzgado de Instrucción núm. 3 de Barcelona de 18 de julio de 1997, siendo inadmitido por STC 121/2000, de 10 de mayo, por falta de agotamiento de la vía judicial previa [art. 50.1 a), en relación con el art. 44.1 a) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional: LOTC], destacándose que «el quejoso dispone todavía de la posibilidad de alegar a favor de sus derechos fundamentales en la denominada 'audiencia preliminar' prevista en el art. 793.2 LECrim» (FJ 3).

d) El demandante de amparo, por escrito de 25 de junio de 1998, se adhirió a la petición efectuada por otro coimputado ante el Juzgado de Instrucción núm. 3 de Barcelona, solicitando la nulidad de actuaciones desde el 2 de noviembre de 1993, fecha en que por sendos Autos se había acordado la admisión a trámite de la querrela y

declarado el secreto de las actuaciones. La solicitud fue desestimada por Auto de 29 de junio de 1998 con fundamento, entre otros extremos, en que si bien es cierto que no fue inmediatamente notificado el Auto de 2 de noviembre de 1993 de admisión de la querrela a los querrellados, ello era consecuencia ineludible de la declaración del secreto de las actuaciones que había sido acordada junto con la admisión de la querrela. A ello añade que, en cualquier caso, a los querrellados se les tuvo por personados y se les comunicó la situación de secreto el día 5 de noviembre de 1993. Igualmente, se pone de manifiesto que si bien por Auto de 16 de diciembre de 1993 se acordó la entrada y registro en la sede de Bankpyme, el Abogado de los imputados estuvo presente en dicha diligencia. También se señala que por resolución de 27 de diciembre de 1993, esto es, cincuenta y cinco días después de la admisión de la querrela y la declaración de secreto de las actuaciones, se alzó dicha declaración dándose traslado de todas las actuaciones, contando los imputados con la posibilidad efectiva de impugnar las diversas resoluciones acordadas, como así hicieron algunos de ellos. Por último, se destaca que una vez alzado el secreto, se tomó declaración a los diferentes imputados en enero de 1994, ninguno de los cuales, tampoco el ahora recurrente en amparo, recurrió tal decisión ni presentó escrito solicitando una modificación de las fechas. A partir de todo ello, el Auto concluye que no hubo infracción procesal alguna y que tampoco se provocó indefensión al haberse contado con todas las posibilidades efectivas de defensa una vez levantada la declaración de secreto. El recurrente interpuso recurso de reforma, que fue desestimado por Auto de 13 de julio de 1998. Igualmente fue desestimado el recurso de queja por Auto de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Barcelona de 23 de noviembre de 1998. Contra estos Autos, interpuso el demandante un segundo recurso de amparo, registrado con el núm. 245-1999, que también fue inadmitido por la STC 270/2000, de 13 de noviembre, por falta de agotamiento de la vía judicial previa [art. 50.1 a), en relación con el art. 44.1 a) LOTC], destacándose nuevamente que «el quejoso dispone todavía de la posibilidad de alegar a favor de sus derechos fundamentales en la denominada ‘audiencia preliminar’ prevista en el art. 793.2 LECrim» (FJ 2).

e) La Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Barcelona, en el acto de la vista celebrada el 15 de noviembre de 2000, acordó que las partes presentaran las cuestiones previas por escrito. En virtud de ello, el recurrente, mediante escrito de esa misma fecha, planteó como cuestiones previas la prescripción del delito por el transcurso de más de cinco años desde la comisión del delito y hasta que el procedimiento se dirigió contra él y la extinción de la responsabilidad penal por el transcurso de cuatro años desde la comisión de los hechos por aplicación retroactiva de la Ley 1/1998, de 26 de febrero. Todas las cuestiones previas planteadas por los distintos acusados fueron desestimadas por Auto de 20 de diciembre de 2000. En concreto, en relación con las cuestiones suscitadas por otro de los acusados diferente al recurrente respecto de la eventual vulneración del art. 24.1 CE por no haberse garantizado la participación de los imputados desde un primer momento en la fase de instrucción, se insiste en que el 2 de noviembre de 1993 junto con el Auto de admisión de la querrela también se dictó un segundo declarando secretas las actuaciones, declaración que fuealzada el 27 de diciembre de 2003, cuando se pudieron hacer efectivas todas las garantías, lo que excluye cualquier tipo de indefensión.

f) La Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Barcelona, por Sentencia de 25 de julio de 2002, dictada en el rollo de sala núm. 56-1999, condenó, entre otros, al recurrente como cooperador necesario de un delito continuado contra la Hacienda pública a la pena de un año de prisión menor y multa de 2.800.000 euros, con responsabilidad persona subsidiaria en caso de impago, accesorias, costas y responsabilidad civil.

En dicha Sentencia se consideró probado que el recurrente, en su condición de vicepresidente del consejo de administración, consejero delegado y presidente de la comisión ejecutiva de Bankpyme, junto con otros miembros de la comisión ejecutiva, en el ejercicio de sus cargos y bajo un designio común, acordaron la creación de un sistema de captación de dinero de clientes a través de la constitución de dos fondos de inversión colectiva conforme a cuyos reglamentos y autorización administrativa las diferentes participaciones debían constar de una identificación nominativa de sus titulares. También

se consideró probado que el recurrente y los otros miembros de la comisión ejecutiva acusados habían tomado la decisión de materializar un funcionamiento de los fondos al margen de sus reglamentos y autorizaciones administrativas respectivas con el fin de captar un mayor número de clientes por la vía de poner a disposición de los mismos de un mecanismo de inversión que les facilitara no declarar esas inversiones a la Hacienda pública, para lo que, en vez de entregar al inversor certificados nominativos, se abría una cuenta, representándose las participaciones mediante anotación en ella, configurándose una ficha de apertura en que se dejaba a la iniciativa del partícipe el reflejar un nombre o hacer figurar uno ficticio, como así ocurrió en diversas ocasiones. Igualmente se estima acreditado que ante la inminente entrada en vigor de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del mercado de valores, en que pasaba a exigirse preceptivamente el carácter nominativo de las participaciones en las instituciones de inversión colectiva, la comisión ejecutiva del banco, con participación del recurrente, acordó transformar las participaciones en títulos al portador numerados, haciéndose firmar al partícipe una hoja de recibo en que figuraba como fecha el día inmediatamente anterior a la entrada en vigor de la Ley 24/1988. Esta transformación dio lugar a que el reembolso de las participaciones se hiciera sólo a partir de la presentación del título sin demandar identificación alguna y que se creara un mercado secundario incontrolado al margen de la gestora y depositaria del fondo. Además, la Sentencia establece como hecho probado que tampoco se informó a la Administración tributaria sobre las suscripciones y reembolsos de participaciones en estos fondos durante 1988 y que ante el requerimiento de información de la Administración tributaria sobre los fondos no se suministró ninguna información relativa a los años 1986 y 1987 y en relación con el año 1988 la información fue parcial y entregada en octubre de 1993, resultando que de los 13.476 registros relativos a titulares de los fondos entregados durante la instrucción judicial, 3.876 carecían de número de identificación fiscal, 307 lo tenían incorrecto, lo que imposibilitaba el cruce de datos, y que sólo se informó respecto de operaciones de 5.135 titulares omitiéndose respecto de los 4.158 restantes, concluyendo de todo ello que este funcionamiento favoreció que numerosos partícipes a la hora de presentar sus declaraciones tributarias ocultasen sus inversiones.

g) En la Sentencia se argumenta que la actividad probatoria en virtud de la cual se condena al recurrente está constituida, en cuanto a la circunstancia del incumplimiento deliberado del contenido del reglamento de los fondos y de la autorización administrativa respecto del modo en que se representarían las participaciones, tanto por el propio reconocimiento de los acusados que intentaron justificar la corrección jurídica de esta actuación, a partir de una interpretación alternativa de la legislación aplicable en esta materia, como por la circunstancia de que, en cualquier caso, dicha actuación requería una autorización de las autoridades administrativas que nunca fue solicitada. En el mismo sentido, respecto de la decisión de estructurar el funcionamiento de los fondos de modo diferente al legal y autorizado con el fin de favorecer la opacidad de la titularidad, se argumenta la circunstancia concluyente derivada de la prueba documental de la transformación de las participaciones en títulos al portador un día antes de la entrada en vigor de la Ley 24/1988, de 28 de julio, así como de la falta de cancelación, en ocasiones, de participaciones que eran reembolsadas por tenedores a los que no se ponía el sello de cobrado recolocándolas a nuevos partícipes. Igualmente se destaca, en cuanto a la intencionalidad de ocultación, el hecho de que no se suministrara a la Administración tributaria la información fiscal necesaria respecto de las suscripciones y reembolsos correspondientes al año 1988 (fundamento de Derecho vigésimo).

h) El recurrente, entre otros condenados, interpuso recurso de casación, tramitado con el núm. 774-2005. El recurrente alegó dieciséis motivos de casación. Trece de ellos se fundamentaron en infracción de ley, destacando los referidos a la equivocación en el juzgador al valorar prueba documental que acreditara que los autores materiales estaban perfectamente identificados al suscribir sus participaciones, que la creación y funcionamiento de los fondos no era eludir la fiscalidad, que actuó en la creencia invencible de obrar lícitamente, que adoptó las medidas adecuadas para evitar la aparición de un mercado secundario, que uno de los testigos era de referencia y que

todas las cuentas de los partícipes estaban identificadas siendo excepcional el uso de nombres convenidos (motivos quinto a noveno y decimoquinto). Los restantes motivos se fundamentaron en infracción de precepto constitucional. Así, alegó la vulneración del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) por falta de sustento probatorio para considerar acreditado que los comerciales del banco, siguiendo instrucciones de los acusados ilustraban a los inversores (motivo décimo), y para concluir que la existencia de declaraciones complementarias implicaba incrementos no justificados de patrimonio (motivo decimotercero). Además, adujo la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), por considerar que la falta de notificación del Auto de admisión de la querrela y las diferentes diligencias realizadas durante el tiempo en que las actuaciones estuvieron declaradas secretas le produjeron una indefensión material.

i) El recurso fue estimado parcialmente por Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 2 de junio de 2005, acordándose en Segunda Sentencia de la misma fecha reducir la pena de multa impuesta al recurrente en la cantidad de 2.697.658,73 euros, atendida la falta de razonamiento individualizador de la pena de multa impuesta (fundamento de Derecho cuarto).

La Sentencia, en relación con los motivos de casación quinto a noveno y decimoquinto, relativos a la errónea valoración de la prueba, expone, en primer lugar, que la estimación de estos motivos exigiría en los documentos aducidos una literosuficiencia de modo que, por sí solos, demostraran el error del juzgador sin apoyatura en otras pruebas. A partir de ello, desestima todos estos motivos de casación argumentando que ninguna de la documentación que se cita como literosuficiente contradice las afirmaciones de los hechos probados. Así, señala que la documentación citada por el recurrente no contradice las afirmaciones del hecho segundo de la Sentencia impugnada y que en su fundamento vigésimo se da respuesta acertadamente a todas las alegaciones referidas tanto a la identificación de los suscriptores de las participaciones como a la finalidad de favorecer la opacidad de las inversiones. Para ello, reproduce diversos párrafos de la Sentencia impugnada en los que, por un lado, se exponía la posición mantenida por las defensas de los condenados respecto de la legalidad del modo en que habían representado las participaciones en los fondos de inversión y de que no se exigiera la identificación física del partícipe y las razones para discrepar de esa percepción y, por otro, se hacía mención al relato de las diversas conductas desarrolladas por los acusados para concluir que toda esta operativa tenía como finalidad favorecer la opacidad de las inversiones. Del mismo modo, respecto de las medidas para evitar la aparición de un mercado secundario, la Sentencia argumenta que la información contenida al dorso de la participación en los fondos sobre la obligación de comunicación de la transmisión era una formalidad insuficiente. En cuanto al eventual error de prohibición, la Sentencia señala que la documentación citada por el recurrente no acreditaba la concurrencia de dicho error ya que la alta dirección de una entidad bancaria dispone de los asesoramientos pertinentes para conocer el alcance de las normas jurídicas reguladoras de su actividad. Por último, en cuanto a la circunstancia de que hubiera un testigo de referencia, destaca que, según reiterada jurisprudencia, no puede ser tenido como documento a efectos casacionales el acta del juicio oral (fundamento de Derecho sexagésimo tercero).

La Sentencia de casación también desestima el motivo referido a la vulneración de la presunción de inocencia, reiterando que el Tribunal de instancia fundamentó su convicción sobre los hechos probados en la declaración de los propios acusados que no negaron, sino que se limitaron a justificar su actuación afirmando que se ajustaba a la legalidad vigente, en los informes periciales y en la prueba testifical practicada respecto de la dinámica de comercialización de los fondos y la documentación de las participaciones suscritas (fundamento de Derecho sexagésimo cuarto). Por último, la Sentencia de casación desestima el motivo decimosexto, con remisión a las detalladas explicaciones aportadas en anteriores instancias sobre la inexistencia de una indefensión material derivada de la circunstancia de que no fuera notificada la admisión de la querrela por la declaración del secreto de las actuaciones y, por tanto, que tampoco se permitiera la

participación en las diligencias de investigación desarrolladas cuando las actuaciones estaban declaradas secretas (fundamento de Derecho sexagésimo séptimo).

3. El recurrente aduce en su demanda de amparo que se han vulnerado sus derechos a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) y a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE).

El recurrente fundamenta, en un primer motivo de amparo, la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), por haber incurrido en incongruencia omisiva los Autos del Juzgado de Instrucción núm. 3 de Barcelona de 18 de julio de 1997 y de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Barcelona de 15 de diciembre de 1997 en que se resolvieron, respectivamente, los recursos de reforma y queja interpuestos contra el Auto de 16 de junio de 1997 por el que se acordó la continuación de las actuaciones por los trámites del procedimiento abreviado. Igualmente, considera que se ha vulnerado este derecho por no haberse notificado sendos Autos de 2 de noviembre de 1993 por los que se acordó la admisión de la querrela y la declaración del secreto total de las actuaciones, causando una efectiva indefensión consistente en que: a) no pudo efectuar alegaciones para aclarar los hechos vertidos en la querrela careciendo de la oportunidad de suministrar la lista de partícipes que se había solicitado a la Agencia Tributaria y que habría podido evitar la diligencia de entrada y registro en los locales del banco; b) no pudo recurrir los Autos de 2 de noviembre de 1993; c) no pudo proponer diligencias de prueba; d) no se posibilitó impugnar el Auto de 3 de diciembre de 1993 por el que se acordó prorrogar el secreto de las actuaciones; e) no se pudo ejercitar el derecho de defensa en relación con la diligencia de entrada y registro; y f) se imposibilitó acogerse a la facultad de regularización.

El recurrente alega tres motivos de amparo por vulneración de los derechos a la presunción de inocencia y a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE). El primero es por falta de prueba de cargo suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia. A esos efectos, expone que su condena se ha fundamentado en gran medida en dos declaraciones testificales sobre el sistema de funcionamiento de los fondos de inversiones y las directrices de la comisión ejecutiva a los comerciales para garantizar la opacidad fiscal y la falta de identificación de los partícipes, pero que dichas declaraciones no pueden ser consideradas pruebas de cargo aptas para enervar la presunción de inocencia, ya que una de ellas no se efectuó en la vista oral por renuncia de la parte que la propuso y la otra fue realizada por un testigo que era de referencia y había sido condenado por delito de estafa. También se señala que los informes periciales se refieren únicamente a las cuestiones propias referidas a los autores directos de los delitos contra la Hacienda pública.

El segundo motivo de amparo en que se invoca la presunción de inocencia se fundamenta en que la condena se ha basado en una valoración de la prueba absolutamente ilógica, irracional y arbitraria. Así, destaca que una valoración conjunta de la prueba documental practicada, puesta en relación con las pruebas testificales, a lo que llevaría es a una conclusión contraria a la alcanzada en las resoluciones judiciales impugnadas, ya que aparecen perfectamente identificados los partícipes imputados que se decían no identificados, no había ninguna finalidad de opacidad para eludir la fiscalidad, ni queda acreditada una intención dolosa en ese sentido. El tercero de los motivos de amparo vinculado con el derecho a la presunción de inocencia es que ha sido condenado con exclusivo fundamento en el cargo que ostentaba en banco sin que se haya probado su responsabilidad personal en los actos enjuiciados.

El recurrente también considera vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), argumentando que el fallo de la Sentencia de casación incurre en contradicción y falta de coherencia interna en relación con el fallo de la segunda Sentencia de casación. En ese sentido, señala que, habiéndose estimado el motivo de casación interpuesto en relación con la infracción cometida con la ocasión de determinadas actuaciones en la fase de instrucción, no se sacan las debidas consecuencias, al limitarse la segunda Sentencia a rebajar la pena de multa impuesta al recurrente.

Por último, el recurrente alega que se ha producido una nueva vulneración de su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), porque la Sentencia de casación carece de motivación suficiente, al producirse una remisión a la Sentencia de instancia para abordar cuestiones que no habían sido resueltas de manera suficiente en dicha resolución. En concreto, esta vulneración la refiere a la insuficiente motivación de la respuesta dada a los motivos de casación quinto a noveno y decimoquinto en que se hacían alegaciones sobre la errónea valoración de la prueba de numerosos documentos, referidas a la falta de intención en dar opacidad a los fondos, no identificación de determinados partícipes, creencia de estar obrando lícitamente, adopción de medidas para evitar un mercado secundario con las participaciones de los fondos, utilización excepcional y meramente interna de los códigos convenidos.

4. La Sección Segunda de este Tribunal, por providencia de 10 de julio de 2008, acordó la admisión a trámite del recurso de amparo, dirigir comunicación a los órganos judiciales competentes para la remisión de copia testimoniada de las actuaciones y el emplazamiento a quienes hubieran sido parte en este procedimiento para que pudieran comparecer en el mismo. Igualmente se acordó formar la correspondiente pieza separada de suspensión, en la que, tras los trámites oportunos, se dictó por la Sala Primera de este Tribunal el ATC 293/2008, de 22 de septiembre, acordando suspender la ejecución exclusivamente en lo relativo a la pena privativa de libertad.

5. La Secretaría de Justicia de la Sala Primera de este Tribunal, por diligencia de ordenación de 6 de noviembre de 2008, acordó tener por recibido el testimonio de las actuaciones, tener por personados al Abogado del Estado y a los Procuradores de los Tribunales don Francisco Velasco Muñoz-Cuellar, en nombre y representación de don Francisco Busquets Farras; don José Ramón García García, en nombre y representación de don Ramón Solanellas Solanellas; doña María Jesús González Díez, en nombre y representación de don Antonio Aguilera Rodríguez, doña Eulalia Cervera Esteve, doña María José Ferrer Cervera, don Gregorio Ferrer Cervera y doña Ana Ferrer Cervera; don Antonio Ángel Sánchez-Jáuregui Alcaide, en nombre y representación de don Baltasar Pineda Santacana; y don Argimiro Vázquez Guillén, en nombre y representación de don Agustín Cots Calsina. Igualmente, acordó, de conformidad con el art. 52 LOTC, dar vista de las actuaciones al Ministerio Fiscal y a las partes personadas por plazo común de veinte días para presentar las alegaciones que estimasen pertinentes.

6. El Procurador don Antonio Ángel Sánchez-Jáuregui Alcaide, por escrito registrado el 18 de noviembre de 2008, formuló alegaciones adhiriéndose a los argumentos y la solicitud de estimación del recurso expuestos en la demanda de amparo.

7. La Procuradora doña María Jesús González Díez, por escrito registrado el 5 de diciembre de 2008, formuló alegaciones adhiriéndose a los argumentos y la solicitud de estimación del recurso expuestos en la demanda de amparo.

8. El Procurador don José Ramón García García, por escrito registrado el 5 de diciembre de 2008, formuló alegaciones adhiriéndose a los argumentos y la solicitud de estimación del recursos expuestos en la demanda de amparo.

9. El Procurador don Argimiro Vázquez Guillén, por escrito registrado el 10 de diciembre de 2008, formuló alegaciones adhiriéndose a los argumentos y la solicitud de estimación del recurso expuestos en la demanda de amparo.

10. El Procurador don Francisco Velasco Muñoz-Cuellar, por escrito registrado el 10 de diciembre de 2008, formuló alegaciones adhiriéndose a los argumentos y la solicitud de estimación del recursos expuestos en la demanda de amparo.

11. El Abogado del Estado, por escrito registrado el 3 de diciembre de 2008, presentó alegaciones solicitando la inadmisión de determinados motivos de amparo y la desestimación del resto o, subsidiariamente, la desestimación íntegra del recurso.

A esos efectos, y en relación con el primer motivo de amparo alegado por el recurrente, referido a la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva por incongruencia omisiva de determinados Autos interlocutorios y por falta de notificación de los Autos de admisión de la querrela y de declaración de secreto de las actuaciones, el Abogado del Estado considera que está incurso en la causa de inadmisión de falta de invocación de la vulneración tan pronto como hubiera lugar a ello [art. 50.1 a), en relación con el art. 44.1 c) LOTC], toda vez que, siendo actos desarrollados en la fase de instrucción del procedimiento, el recurrente no planteó su eventual vulneración al inicio de las sesiones de la vista como cuestiones previas. Subsidiariamente, considera que el motivo debe ser desestimado toda vez que las eventuales irregularidades procesales denunciadas no han impedido al recurrente ejercer con plenitud de oportunidades su derecho de defensa, lo que descarta que se haya generado una indefensión material.

En relación con los motivos de amparo referidos a la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías y a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) por insuficiencia de las pruebas testificales para fundamentar la condena y por haberse realizado una valoración de la actividad probatoria irrazonable, el Abogado del Estado considera que están incursos en falta de invocación [art. 50.1 a), en relación con el art. 44.1 c) LOTC], toda vez el primero no fue objeto del recurso de casación y el segundo lo fue bajo la motivación de errónea valoración de la prueba pero no por vulneración del derecho a la presunción de inocencia. Subsidiariamente, en relación con estos dos motivos, y de manera principal, en relación con la vulneración del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) por la falta de actividad probatoria sobre la responsabilidad personal del recurrente en los hechos juzgados más allá de la posición objetiva que sustentaba en el banco, el Abogado del Estado considera que deben ser desestimados. En primer lugar, pone de manifiesto que, como se deriva de la lectura de la Sentencia de instancia, la declaración sumarial de los dos testigos reseñados por el recurrente se utilizan para argumentar la existencia de indicios suficientes para considerar interrumpida la prescripción, pero no para la condena del recurrente, en que se utilizaron exclusivamente declaraciones testificales efectuadas en la vista oral con la debida intermediación y contradicción. En segundo lugar, también destaca que tanto los problemas de credibilidad de los testigos como de la concreta valoración probatoria quedan al margen del contenido esencial del derecho impugnado. Por último, el Abogado del Estado señala que el recurrente no ha sido condenado por la mera posición que ostentaba en el banco sino por los hechos que, conforme a la prueba practicada, se acreditaron que había cometido personalmente, como era el de participar en la decisión de que los fondos de inversión funcionaran realmente de manera que permitieran la opacidad fiscal a sus partícipes.

El Abogado del Estado, por lo que respecta a la vulneración del art. 24.1 CE por la supuesta contradicción entre el fallo de la primera y la segunda Sentencias de casación destaca, como argumento de desestimación, que el motivo de casación decimosexto fue realmente desestimado y que la rebaja de la pena de multa acordada trae causa de la estimación de motivos de casación de otros recurrentes, tal como posibilita el art. 903 de la Ley de enjuiciamiento criminal (LECrim).

Por último, la vulneración del art. 24.1 CE, fundamentada en la supuesta falta de motivación de la Sentencia de casación por la existencia de remisiones a la Sentencia de instancia, también es rechazada por el Abogado del Estado, quien pone de manifiesto, por un lado, la validez constitucional de la motivación por remisión y, por otro, la circunstancia de que el órgano judicial de casación se limitó a hacer suyos algunos razonamientos de la Sentencia de instancia porque el recurrente insistió en plantear cuestiones ya resueltas fundadamente por la Audiencia Provincial.

12. El Ministerio Fiscal, por escrito registrado el 11 de diciembre de 2008, se opuso a la estimación del recurso de amparo.

A esos efectos, y en relación con el primer motivo de amparo alegado por el recurrente, referido a la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva por incongruencia omisiva de determinados Autos interlocutorios y por falta de notificación de

los Autos de admisión de la querrela y de declaración de secreto de las actuaciones, el Ministerio Fiscal considera que está incurso en la causa de inadmisión de falta de agotamiento [art. 50.1 a), en relación con el art. 44.1 a) LOTC], toda vez que siendo actos desarrollados en la fase de instrucción del procedimiento, el recurrente no planteó la eventual vulneración al inicio de las sesiones de la vista como cuestiones previas, en que se limitó a alegar la prescripción del delito y la aplicación retroactiva de la Ley 1/1998, de 26 de febrero.

En relación con el segundo motivo de amparo, referido a la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías y a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) por insuficiencia de las pruebas testificales para fundamentar la condena, el Ministerio Fiscal destaca que las resoluciones judiciales ponen de manifiesto la existencia de abundante prueba testifical que no se limitó a las dos testificales objetadas por el recurrente, existiendo, además, pruebas periciales y documentales, todas ellas practicadas con las debidas garantías, a partir de las cuáles se ha llegado de una manera motivada y detalladamente expuesta en las resoluciones judiciales a la convicción de que el recurrente fue cooperador necesario de la conducta defraudatoria con la Hacienda pública cometida por otras personas.

Sobre el tercer motivo de amparo, en que también se alega la vulneración del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) por haberse hecho una valoración absolutamente ilógica, irracional y arbitraria de la prueba documental y testifical practicada, el Ministerio Fiscal afirma que no cabe sostener que la valoración probatoria realizada por los órganos judiciales para sustentar el relato de hechos probados en que se fundamenta la condena incurre en ninguno de los defectos denunciados por el recurrente.

Respecto del cuarto motivo de amparo, nuevamente fundamentado en la vulneración del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), esta vez con el argumento de que la condena del recurrente se ha basado en la mera posición objetiva que ostentaba en el banco, sin que se hubiera probado su responsabilidad personal, también es rechazado por el Ministerio Fiscal. A esos efectos argumenta que las resoluciones judiciales impugnadas han razonado de manera extensa la participación del recurrente en los hechos imputados y, por tanto, que no cabe sostener la eventual responsabilidad objetiva achacada por el recurrente.

El Ministerio Fiscal señala, en relación con el quinto motivo de amparo, en que se alega la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), que no cabe apreciar la incoherencia interna denunciada entre los fallos de la dos Sentencias de casación, toda vez que de la lectura de la primera de ellas se desprende que la estimación parcial del recurso se debió a la extensión de efectos al recurrente de un motivo de casación estimado a otro de los recurrentes, por lo que no hay contradicción alguna con la segunda Sentencia.

Por último, respecto del sexto motivo de amparo por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), el Ministerio Fiscal pone de manifiesto que, en respeto al derecho fundamental invocado, la Sentencia de casación dio una respuesta expresa a todas las alegaciones del recurrente en la que si bien existieron remisiones a la resolución de instancia se hicieron de modo fundado y para compartir los argumentos de ésta.

13. El recurrente, por escrito registrado el 10 de diciembre de 2008, presentó alegaciones reiterando y ratificando lo expuesto en la demanda de amparo.

14. Por providencia de 14 de julio de 2011, se señaló para deliberación y fallo de la presente Sentencia el día 18 del mismo mes y año.

## II. Fundamentos jurídicos

1. El objeto de este recurso es determinar si las resoluciones impugnadas han vulnerado los derechos del recurrente a la tutela judicial efectiva con interdicción de la

indefensión (art. 24.1 CE), por las diversas irregularidades que, según afirma, fueron cometidas durante la tramitación de las diligencias previas; a la presunción de inocencia y a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), por haber sido condenado en virtud de una actividad probatoria insuficiente para considerar acreditada su participación en los hechos enjuiciados; y a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), por haber incurrido la Sentencia de casación en contradicción con el fallo de la segunda Sentencia de casación y en una defectuosa motivación constitucional.

2. El recurrente aduce la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) alegando, en primer lugar, que se habría incurrido en incongruencia omisiva por parte de los Autos del Juzgado de Instrucción núm. 3 de Barcelona de 18 de julio de 1997 y de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Barcelona de 15 de diciembre de 1997 en que se resolvieron, respectivamente, los recursos de reforma y queja interpuestos contra el Auto de 16 de junio de 1997 por el que se acordó la continuación de las actuaciones por los trámites del procedimiento abreviado. En segundo lugar, también considera vulnerado este derecho por no haberse notificado sendos Autos del Juzgado de Instrucción núm. 3 de Barcelona de 2 de noviembre de 1993 por los que se acordó la admisión de la querrela y la declaración del secreto total de las actuaciones, causando una efectiva indefensión.

a) Antes de entrar al fondo de esta invocación es necesario pronunciarse sobre las alegaciones del Ministerio Fiscal y el Abogado del Estado, quienes consideran que este motivo de amparo no respeta el principio de subsidiariedad, ya que el recurrente no planteó esta eventual vulneración del art. 24.1 CE al inicio de las sesiones de la vista oral como cuestión previa. Ciertamente, la vulneración aducida del art. 24.1 CE por la eventual incongruencia omisiva en que habrían incurrido los Autos del Juzgado de Instrucción núm. 3 de Barcelona de 18 de julio de 1997 y de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Barcelona de 15 de diciembre de 1997 está incurso en la causa de inadmisión de falta de invocación previa del derecho fundamental vulnerado [art. 50.1 a), en relación con el art. 50.1 c) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional: LOTC]. Con independencia de que esta vulneración no fuera alegada como cuestión previa en la vista oral y, por tanto, no fuera objeto de pronunciamiento en el Auto que resolvió sobre dichas cuestiones, tampoco fue posteriormente objeto de invocación en el recurso de casación, impidiendo también la posibilidad de que el órgano judicial de casación pudiera pronunciarse sobre el particular y procurara, en su caso, una eventual restablecimiento temprano de dicho derecho.

b) Por el contrario, no cabe entender que la vulneración del art. 24.1 CE por la eventual indefensión que se habría causado al recurrente por la falta de notificación de los Autos de 2 de noviembre de 1993 en los que se acordó la admisión de la querrela y la declaración del secreto total de las actuaciones esté incurso en esa misma causa de inadmisión. La lectura de las actuaciones, tal como se ha expuesto en los antecedentes, pone de manifiesto que, efectivamente, el recurrente se limitó a plantear en su escrito de cuestiones previas la prescripción del delito y la aplicación retroactiva de la Ley 1/1998, de 26 de febrero, omitiendo cualquier consideración en relación con la eventual vulneración del art. 24.1 CE. Ahora bien, teniendo en cuenta que los óbices procesales de falta de agotamiento y de ausencia de invocación temprana, como manifestaciones del principio de subsidiariedad de la jurisdicción de amparo, tienen como fundamento el posibilitar un pronunciamiento y eventual reparación temprana en la vía judicial previa de los derechos que se aducen vulnerados en el recurso de amparo (por todas, STC 12/2011, de 28 de febrero, FJ 2), resultaría en extremo formalista el considerar la concurrencia de cualquiera de esos óbices en el presente caso por el mero hecho de que el recurrente no haya denunciado su vulneración como cuestión previa al inicio de la vista oral. En primer lugar, porque el órgano judicial que debía resolver sobre dicha cuestión previa —la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Barcelona— ya había tenido la oportunidad de pronunciarse con anterioridad sobre dicha vulneración a alegaciones del recurrente y las había desestimado en su Auto de 23 de noviembre de 1998, al resolver el

recurso de queja planteado contra la negativa del Juzgado de Instrucción núm. 3 de Barcelona a decretar la nulidad de actuaciones por ese motivo. En segundo lugar, porque, en cualquier caso, la propia Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Barcelona, en el Auto de 20 de diciembre de 2000 por el que se resolvieron todas las cuestiones previas planteadas por los diversos acusados, se pronunció sobre este particular, al haber sido alegado por otro de los acusados, contando, por tanto, con una oportunidad efectiva de reparación del derecho, lo que este Tribunal ya ha considerado suficiente desde la perspectiva de la subsidiariedad en otras ocasiones (por todas, STC 39/2004, de 22 de marzo, FJ 2). En tercer lugar, porque, posteriormente, el recurrente sí adujo la vulneración de este derecho en el recurso de casación obteniendo también una respuesta sobre el fondo en la Sentencia de casación.

Por tanto, habida cuenta de que en todas las instancias de la vía judicial previa los órganos judiciales han tenido la posibilidad efectiva de pronunciarse sobre esta concreta vulneración del art. 24.1 CE por ausencia de notificación del Auto de admisión de la querrela, debe rechazarse la concurrencia de las causas de inadmisión alegadas por el Ministerio Fiscal y el Abogado del Estado y entrar a un análisis de fondo sobre esta invocación.

3. Como se ha expuesto más detenidamente en los antecedentes, el recurrente aduce la vulneración del art. 24.1 CE argumentando que no se le notificaron los Autos de 2 de noviembre de 1993 por los que se acordó la admisión de la querrela y la declaración del secreto total de las actuaciones, causando una efectiva indefensión concretada en que no pudo efectuar alegaciones para aclarar los hechos vertidos en la querrela careciendo de la oportunidad de suministrar la lista de partícipes que se había solicitado a la Agencia Tributaria y que habría podido evitar la diligencia de entrada y registro en el local del banco; no pudo recurrir los Autos de 2 de noviembre de 1993; no pudo proponer diligencias de prueba; no se posibilitó impugnar el Auto de 3 de diciembre de 1993 por el que se acordó prorrogar el secreto de las actuaciones, que tampoco le fue comunicado; no pudo ejercitar el derecho de defensa en relación con la diligencia de entrada y registro; y se le imposibilitó que se acogiera a la facultad de regularización.

Este Tribunal ha reiterado, en relación con el derecho fundamental a no padecer indefensión (art. 24.1 CE), por un lado, que la indefensión es una noción material que se caracteriza por suponer una privación o minoración sustancial del derecho de defensa, de los principios de contradicción y de igualdad de las partes que impide o dificulta gravemente a una de ellas la posibilidad de alegar y acreditar en el proceso su propio derecho, o de replicar dialécticamente la posición contraria en igualdad de condiciones con las demás partes procesales; y, por otro, que para que la indefensión alcance la dimensión constitucional que le atribuye el art. 24.1 CE, se requiere que los órganos judiciales hayan impedido u obstaculizado en el proceso el derecho de las partes a ejercitar su facultad de alegar y justificar sus pretensiones, esto es, que la indefensión sea causada por la incorrecta actuación del órgano jurisdiccional (por todas, STC 12/2011, de 28 de febrero, FJ 3).

Más en concreto, por lo que se refiere a la influencia que sobre el derecho a no padecer indefensión puede tener la declaración judicial del secreto de las actuaciones, este Tribunal ha reiterado que esta declaración no es, en sí misma, una medida limitativa de un derecho fundamental, ya que sólo implica posponer el momento en el que las partes pueden tomar conocimiento de las actuaciones. Sin embargo, también se ha hecho especial incidencia en que puede repercutir en el derecho de defensa, al impedir que se pueda intervenir en las diligencias sumariales que se lleven a cabo en el período en el que las actuaciones permanecen en secreto y suspenderse temporalmente el conocimiento de lo actuado, ya que este conocimiento de las actuaciones es un requisito imprescindible para poder alegar, probar e intervenir en la prueba ajena controlando su correcta práctica y teniendo posibilidad de contradecirla. De ese modo, este Tribunal ha concluido, por un lado, que el tiempo de duración del secreto del sumario no es por sí sólo un dato relevante para apreciar un resultado de indefensión, pero que si esta suspensión temporal se convierte en imposibilidad absoluta de conocimiento de lo

actuado hasta el juicio oral, se ocasiona una lesión del derecho de defensa pues el acusado no habría estado en disposición de preparar su defensa de manera adecuada y, por otro, que en la medida en que el secreto de las actuaciones restringe la posibilidad de contradecir las diligencias probatorias efectuadas en la fase de instrucción, éstas no podrán aportarse al proceso como pruebas preconstituidas, ya que éstas exigen no sólo que se haya practicado ante el Juez, sino con garantía de contradicción (por todas, STC 174/2001, de 26 de julio, FJ 3).

4. En el presente caso, como se pone de manifiesto en las actuaciones y ha sido expuesto con más detenimiento en los antecedentes, han quedado acreditado, entre otros, los siguientes extremos, tal como también aparecen relatados en el Auto del Juzgado de Instrucción núm. 3 de Barcelona de 29 de junio de 1998: en primer lugar, que el 2 de noviembre de 1993 fueron dictados sendos Autos en los que se acordó, por un lado, la admisión de la querrela y su notificación a los querrellados y, por otro, la declaración del secreto de las actuaciones. En segundo lugar, que, si bien no se ejecutó el acuerdo de notificación de la querrela, sin embargo, a los querrellados, entre ellos al recurrente, se les tuvo por personados y se les comunicó la situación de secreto de las actuaciones el día 5 de noviembre de 1993. Igualmente, se pone de manifiesto que aunque por Auto de 16 de diciembre de 1993 se acordó la entrada y registro en la sede de Bankpyme estando todavía las actuaciones bajo secreto, el Abogado de los imputados estuvo presente en dicha diligencia. Del mismo modo se señala que por resolución de 27 de diciembre de 1993, cincuenta y cinco días después de la admisión de la querrela y la declaración de secreto de las actuaciones, se alzó dicha declaración dándose traslado de todas las actuaciones a los querrellados, que contaron con la posibilidad efectiva de impugnar las diversas resoluciones acordadas, como así hicieron algunos de ellos. Por último, se destaca que, una vez alzado el secreto, se tomó declaración a los diferentes imputados en enero de 1994, ninguno de los cuales, tampoco el ahora recurrente en amparo, recurrió tal decisión ni presentó escrito solicitando una modificación de las fechas.

En atención a lo expuesto, y al igual que se concluyó en los diversos pronunciamientos judiciales, no cabe considerar que se haya generado al recurrente una indefensión material con relevancia constitucional por el hecho de que no se ejecutara en sus estrictos términos el acuerdo de notificación del Auto de admisión de la querrela. En efecto, con carácter general, no resulta posible apreciar ningún menoscabo en los derechos de defensa del recurrente por esa ausencia de notificación inmediata, toda vez que si bien el secreto de las actuaciones duró cincuenta y cinco días, el recurrente, tras el levantamiento de la declaración de secreto, pudo tomar conocimiento efectivo de todo lo actuado antes de que se le tomara declaración como imputado, iniciar el proceso de recurso contra todas las diligencias practicadas en ese periodo, y contó con la posibilidad real y efectiva de solicitar las diligencias que consideró pertinentes en la fase de instrucción, que se extendió durante más de tres años hasta que se dictó el Auto de 16 de junio de 1997 por el que se acordó la continuación de las actuaciones por los trámites del procedimiento abreviado. Al margen de lo anterior, además, en el presente caso concurren circunstancias particulares que también permiten descartar la indefensión denunciada como son, por un lado, que se tuviera al recurrente como personado y se le comunicara la situación de secreto de las actuaciones el día 5 de noviembre de 1993, esto es, tan sólo tres días después de dictarse los Autos cuya omisión de notificación considera causante de indefensión, por otro, que en la diligencia de entrada y registro en el banco practicada durante el tiempo en que las actuaciones estaban declaradas secretas estuvo presente el Abogado del recurrente y, por último, que el mismo día en que se alzó el secreto se dio traslado al ahora recurrente de todas las actuaciones con tiempo suficiente para preparar su primera declaración como imputado.

Por tanto, la ausencia de una notificación inmediata del Auto de admisión de la querrela al recurrente no ha implicado un menoscabo de sus posibilidades efectivas de defensa durante la fase de tramitación de las diligencias previas, lo que implica que este motivo de amparo debe desestimarse.

5. El recurrente también ha alegado la vulneración de su derecho a la presunción de inocencia y a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) basado en tres motivos distintos. El primero es por falta de prueba de cargo suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia, destacando que su condena se ha fundamentado en gran medida en dos declaraciones testificales que no pueden ser consideradas pruebas de cargo válidas, ya que una de ellas no se efectuó en la vista oral por renuncia de la parte que la propuso y la otra fue realizada por un testigo de referencia. También se señala que los informes periciales se refieren únicamente a las cuestiones propias referidas a los autores directos de los delitos contra la Hacienda pública.

El segundo motivo de amparo en que se invoca la presunción de inocencia se fundamenta en que la condena se ha basado en una valoración de la prueba absolutamente ilógica, irracional y arbitraria. Así, destaca que una valoración conjunta de la prueba documental practicada, puesta en relación con las pruebas testificales, lo que llevaría es a una conclusión contraria a la alcanzada en las resoluciones judiciales impugnadas, ya que aparecen perfectamente identificados los partícipes imputados que se decían no identificados, no había ninguna finalidad de opacidad para eludir la fiscalidad, ni queda acreditada una intención dolosa en ese sentido.

El tercero de los motivos de amparo vinculado con el derecho a la presunción de inocencia es que ha sido condenado con exclusivo fundamento en el cargo que ostentaba en el banco sin que se haya probado su responsabilidad personal en los actos enjuiciados.

El Abogado del Estado considera que los dos primeros motivos de amparo referidos a esta vulneración deben inadmitirse por estar incursos en falta de invocación [art. 50.1 a), en relación con el art. 44.1 c) LOTC], toda vez el primero no fue objeto del recurso de casación y el segundo lo fue bajo la motivación de errónea valoración de la prueba, pero no por vulneración del derecho a la presunción de inocencia. Ciertamente, la alegación de que una de las testificales no era válida al no haberse practicado en la vista oral no fue objeto de planteamiento en el recurso de casación por lo que, tal como señala el Abogado del Estado, no puede ser objeto de análisis en esta jurisdicción de amparo por falta de invocación.

Por el contrario, no cabe apreciar la concurrencia de este óbice procesal en relación con la alegación del uso como prueba de cargo de una testifical de referencia y la valoración irrazonable de las pruebas para sustentar la condena del recurrente, ya que ambas fueron objeto de planteamiento en el recurso de casación, aunque lo fueran para sustentar diversos motivos por errónea valoración de la prueba. A esos efectos, debe destacarse que este Tribunal ha señalado que el cumplimiento del requisito de la invocación formal en el proceso judicial del derecho constitucional vulnerado, al tener la finalidad de permitir a los órganos judiciales un pronunciamiento sobre la eventual vulneración, no exige que en el proceso judicial se haga una mención concreta y numérica del precepto constitucional en el que se reconozca el derecho vulnerado o la mención de su *nomen iuris*, bastando con que se haga de manera que se cumpla la finalidad perseguida con aquel requisito, lo que significa que ha de someterse el hecho fundamentador de la vulneración al análisis de los órganos judiciales, delimitando y acotando su contenido (por todas, STC 133/2010, de 2 de diciembre, FJ 2), lo que, como ya se ha expuesto, sucedió en el presente caso.

6. Entrando al análisis de los concretos motivos referidos a la presunción de inocencia y a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), debe comenzarse por recordar que este Tribunal ha reiterado la radical falta de competencia de esta jurisdicción de amparo para la valoración de la actividad probatoria practicada en el proceso penal y para la evaluación de dicha valoración conforme a criterios de calidad o de oportunidad, quedando limitada la misión de este Tribunal, cuando le es invocado el derecho a la presunción de inocencia, a supervisar externamente la razonabilidad del discurso que une la actividad probatoria y el relato fáctico resultante, toda vez que ni la Constitución atribuye esa tarea de valoración a este Tribunal, que no está incluida en las de amparo del derecho a la presunción de inocencia, ni el proceso constitucional permite el conocimiento preciso y completo de la actividad probatoria, ni prevé las garantías

necesarias de publicidad, oralidad, intermediación y contradicción que deben rodear dicho conocimiento para la adecuada valoración de las pruebas. De ese modo, se ha incidido en que sólo cabrá constatar la vulneración del derecho a la presunción de inocencia cuando no haya pruebas de cargo válidas, es decir, cuando los órganos judiciales hayan valorado una actividad probatoria lesiva de otros derechos fundamentales carente de garantías, o cuando no se motive el resultado de dicha valoración, o, finalmente, cuando por ilógico o insuficiente no sea razonable el *iter* discursivo que conduce de la prueba al hecho probado (por todas, STC 9/2011, de 28 de febrero, FJ 4).

Igualmente se ha destacado que, a falta de prueba directa, la prueba de cargo sobre la concurrencia de los elementos objetivos y subjetivos del delito puede ser indiciaria, siempre que se parta de hechos plenamente probados y que los hechos constitutivos de delito se deduzcan de esos indicios a través de un proceso mental razonado y acorde con las reglas del criterio humano, puesto de manifiesto en la Sentencia, y que el control de la solidez de la inferencia puede llevarse a cabo tanto desde el parámetro de su lógica o coherencia, siendo irrazonable cuando los indicios constatados excluyan el hecho que de ellos se hace derivar o no conduzcan naturalmente a él, como desde el de su suficiencia o carácter concluyente, excluyéndose la razonabilidad por el carácter excesivamente abierto, débil o indeterminado de la inferencia (por todas, STC 148/2009, de 15 de junio, FJ 2).

7. En el presente caso, según ha quedado expuesto con más detenimiento en los antecedentes, la Sentencia de instancia, tras exponer ampliamente la prueba practicada para considerar responsables como autores materiales de los delitos contra la Hacienda pública a diversos acusados, dedicó su fundamento de Derecho vigésimo a la valoración de la actividad probatoria desarrollada respecto de la conducta de los acusados como cooperadores necesarios del delito contra la Hacienda pública. Así, esta Sentencia señala que la actividad probatoria está constituida, en cuanto a la circunstancia del incumplimiento deliberado por parte del recurrente y el resto de directivos del banco del contenido del reglamento de los fondos y de la autorización administrativa respecto del modo en que se representarían las participaciones, tanto por el propio reconocimiento de los acusados que intentaron justificar la corrección jurídica de esta actuación, como por la circunstancia de que, en cualquier caso, la forma en que finalmente se representaron las participaciones hubiera requerido una autorización administrativa que nunca fue solicitada. En el mismo sentido, respecto de la decisión de estructurar el funcionamiento de los fondos de modo diferente al legal y autorizado y de que la finalidad de esa operativa era la de favorecer la opacidad tributaria de la titularidad de las participaciones, se argumenta la circunstancia concluyente derivada de la prueba documental de la transformación de las participaciones en títulos al portador un día antes de la entrada en vigor de la Ley 24/1988, de 28 de julio, así como de la falta de cancelación, en ocasiones, de participaciones que eran reembolsadas por tenedores a los que no se ponía el sello de cobrado recolocándolas a nuevos partícipes. Igualmente se destaca como elemento probatorio del carácter intencional de la conducta la circunstancia de que no se suministrara a la Administración tributaria la información fiscal necesaria respecto de las suscripciones y reembolsos correspondientes al año 1988.

En atención a lo expuesto, se constata, en primer lugar, que no puede asumirse el presupuesto fáctico en que el recurrente fundamenta su primer motivo de vulneración del derecho a la presunción de inocencia, referido a que se ha utilizado para la condena una prueba testifical de referencia. En efecto, tal como señala el Abogado del Estado, este testigo sólo aparece mencionado en la resolución condenatoria, refiriéndose a la declaración que prestó durante la instrucción del procedimiento, en una exposición del *iter* sumarial seguido para argumentar que había existido una interrupción del plazo de prescripción respecto de los autores materiales de los delitos (fundamentos de Derecho decimosegundo a decimocuarto). Por tanto, en la medida en que la Sentencia condenatoria al valorar la actividad probatoria desarrollada para entender acreditada la conducta punible del recurrente no hace ninguna referencia a ninguna declaración de este testigo, que es el presupuesto fáctico en que el recurrente fundamenta este concreto

motivo de amparo, se impone su desestimación, tal como también ha sostenido el Ministerio Fiscal.

En segundo lugar, también se constata, por un lado, que la resolución judicial condenatoria ha hecho explícito el proceso argumental para inferir, a partir de hechos objetivos perfectamente acreditados en virtud de la diversa actividad probatoria desarrollada en la vista oral, la responsabilidad penal del recurrente a título de cooperador necesario en diversos delitos contra la Hacienda pública, tanto en lo referido a la concreta operativa diseñada desde la comisión ejecutiva del banco, como a la directa participación del recurrente en ese diseño y a la intencionalidad de que esa operativa favoreciera la opacidad tributaria de la participación en sendos fondos de inversión. Y, por otro, que dicho proceso argumental, no puede ser calificado de irrazonable ni desde el punto de vista de su lógica o coherencia, ni desde la óptica del grado de solidez requerido.

Por tanto, desde la limitada posición que necesariamente debe asumir este Tribunal en el control del respeto al derecho a la presunción de inocencia, una vez constatado que hubo una amplia actividad probatoria de cargo desarrollada en la vista oral con las debidas garantías y que, además, fue valorada a través de un proceso argumental razonado y acorde con las reglas del criterio humano para entender acreditados todos los elementos constitutivos de la infracción penal por la que fue condenado el recurrente, incluyendo su participación activa en el diseño de toda la operativa, deben también rechazarse, en el sentido interesado por el Ministerio Fiscal, los motivos de amparo alegados por el recurrente de que hubo una valoración irrazonable de las pruebas practicadas y de que se le ha condenado únicamente por la posición objetiva que ocupaba en el banco.

8. El recurrente también aduce que se ha vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), argumentando que el fallo de la Sentencia de casación incurre en contradicción y falta de coherencia interna en relación con el fallo de la segunda Sentencia de casación. Más en concreto, señala que, habiéndose estimado el motivo de casación decimosexto del recurso interpuesto en relación con la infracción cometida por la falta de notificación del Auto de admisión de la querella, sin embargo, no se sacan las debidas consecuencias, ya que la segunda Sentencia se ha limitado a rebajar la pena de multa impuesta al recurrente.

Nuevamente no cabe asumir el presupuesto fáctico en que el recurrente fundamenta esta invocación. Como ya se ha expuesto, más allá de la confusa redacción dada al fallo de la Sentencia de casación, la lectura del fundamento de Derecho sexagésimo séptimo de esta resolución es concluyente respecto a que el motivo de casación decimosexto del recurrente, referido a la vulneración de la tutela judicial efectiva por no haberse notificado el Auto de admisión de querella, fue completamente desestimado. También es manifiesto que la segunda Sentencia de casación estableció la necesidad de reducir la pena de multa impuesta al recurrente ante la falta de razonamiento individualizador de la pena de multa impuesta en la Sentencia de instancia (fundamento de Derecho cuarto).

Por tanto, al no quedar acreditado el presupuesto fáctico de la supuesta incoherencia entre las dos Sentencias de casación denunciada por el recurrente, este concreto motivo de amparo, en el mismo sentido que lo informado por el Ministerio Fiscal, también debe ser desestimado.

9. Por último, el recurrente alega que se ha producido una nueva vulneración de su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) con el argumento de que la Sentencia de casación carece de motivación suficiente por haberse remitido a la Sentencia de instancia para resolver diversos motivos de casación respecto de cuestiones que habían sido tratadas insuficientemente en dicha resolución. En concreto, señala que los motivos de casación quinto a noveno y decimoquinto, en que se hacían alegaciones referidas a la falta de intención en dar opacidad a los fondos, no identificación de determinados partícipes, creencia de estar obrando lícitamente, adopción de medidas para evitar un mercado secundario con las participaciones de los fondos, utilización excepcional y

meramente interna de los códigos convenidos, se han resuelto con una mera remisión que no resulta suficiente desde la perspectiva del deber de motivación.

Este Tribunal ha reiterado que el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) incluye el derecho a obtener de los órganos judiciales una respuesta razonada, motivada y congruente con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes, destacando que la razón última de este deber de motivación es la sujeción de los jueces al Derecho y la interdicción de la arbitrariedad del juzgador (art. 117.1 CE). De ese modo se ha incidido en que esta exigencia tiene la doble finalidad, por un lado, de exteriorizar las reflexiones racionales que han conducido al fallo, potenciando la seguridad jurídica y permitiendo a las partes conocer y convencerse de la corrección y justicia de la decisión y, por otro, de garantizar la posibilidad de control de la resolución por los Tribunales superiores mediante los recursos que procedan, incluido el amparo (por todas, STC 68/2011, de 16 de mayo, FJ 4). Igualmente, este Tribunal ha puesto de manifiesto que una motivación por remisión satisface plenamente las exigencias de motivación que derivan del art. 24.1 CE, siempre que queden debidamente exteriorizados los elementos de juicio sobre los que se basa la decisión, dado que lo relevante es que puedan conocerse las razones o criterios jurídicos que fundamentaron la decisión (por todas, STC 59/2011, de 3 de mayo, FJ 3).

En el presente caso queda acreditado que el recurrente, entre otros motivos de casación, alegó que había existido una infracción de ley en la Sentencia de instancia, por haber incurrido el juzgador en una errónea valoración de la prueba documental al no considerar acreditados los siguientes extremos: a) que los autores materiales estaban perfectamente identificados al suscribir sus participaciones (motivo quinto); b) que la creación y funcionamiento de los fondos no era eludir la fiscalidad (motivo sexto); c) que el recurrente actuó en la creencia invencible de obrar lícitamente (motivo séptimo); d) que se adoptaron las medidas adecuadas para evitar la aparición de un mercado secundario (motivo octavo); e) que uno de los testigos era de referencia (motivo noveno) y f) que todas las cuentas de los partícipes estaban identificadas siendo excepcional el uso de nombres convenidos (motivo decimoquinto).

También queda acreditado en las actuaciones, como ha sido expuesto más ampliamente en los antecedentes, que la Sentencia de casación rechazó todos estos motivos de casación en su extenso fundamento de derecho sexagésimo tercero. A esos efectos, expuso, en primer lugar, que la estimación de dichos motivos exigía la literosuficiencia de los documentos alegados para demostrar el error del juzgador, lo que no sucedía en este caso en el que la documentación citada por el recurrente no contradecía las afirmaciones del hecho segundo de la Sentencia impugnada, que en su fundamento vigésimo había dado respuesta acertada a todas las alegaciones referidas tanto a la identificación de los suscriptores de las participaciones como a la finalidad de favorecer la opacidad de las inversiones. Así, la Sentencia de casación reproduce diversos párrafos de la Sentencia impugnada en que se relataba la posición mantenida por las defensas respecto de la legalidad de que no se exigiera la identificación física del partícipe y las razones para discrepar de esa percepción, así como las diversas conductas de los acusados a partir de las cuales se concluía que la operativa diseñada tenía la finalidad de favorecer la opacidad de las inversiones. Igualmente, la Sentencia argumenta, respecto de las medidas para evitar la aparición de un mercado secundario, que la información contenida al dorso de la participación en los fondos sobre la obligación de comunicación de la transmisión era una formalidad insuficiente y, en cuanto al eventual error de prohibición, que la alta dirección de una entidad bancaria dispone de los asesoramientos pertinentes para conocer el alcance de las normas jurídicas reguladoras de su actividad. Por último, en cuanto a la testifical de referencia, destaca la Sentencia de casación que, según reiterada jurisprudencia, no puede ser tenido como documento a efectos casacionales el acta del juicio oral.

En atención a lo expuesto, toda vez que, tal como se ha señalado, la Sentencia de casación dio una respuesta expresa a todos los motivos que el recurrente consideraba insuficientemente motivados y que, además, lo ha hecho en unos términos que permiten conocer las razones y criterios jurídicos en que se fundamentan, debe concluirse que,

más allá de las discrepancias que pueda mostrar el recurrente con dichos razonamientos, se ha dado perfecto cumplimiento al deber de motivación. Por otro lado, la circunstancia de que la Sentencia de casación apoyara su argumentación en la reproducción de amplios párrafos de la Sentencia impugnada no sólo no implica ningún defecto constitucional de motivación, al ser una técnica compatible con el art. 24.1 CE, sino que es perfectamente lógica en atención a que los motivos de casación se fundamentaban en una errónea valoración de la prueba, lo que exige una comparación entre la valoración realizada por el juzgador y la alternativa propuesta por el recurrente a la luz de lo que consideraba eran documentos literosuficientes.

En conclusión este motivo de amparo, en el sentido propuesto por el Ministerio Fiscal, también debe desestimarse y con él íntegramente el recurso de amparo.

## FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido

Denegar el amparo solicitado por don José Jané Solá.

Publíquese esta Sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Madrid, 18 de julio de 2011.—Pascual Sala Sánchez.—Manuel Aragón Reyes.—Pablo Pérez Tremps.—Adela Asua Batarrita.—Firmado y rubricado.