
[2018-51-RE](#)

CAUSA 2018-51-RE

(*Giavina-Bianchi, Dias Gomes i CCCC c/ Principat d'Andorra*)

Número de registre 386-2018. Recurs d'empara

Aute del 19 de desembre del 2018

BOPA núm. 2, del 9 de gener del 2019

En nom del Poble Andorrà;

El Tribunal Constitucional;

Atès l'escrit presentat i registrat al Tribunal Constitucional, el 21 de setembre del 2018, per la representació processal dels Srs. Pietro Francesco Giavina-Bianchi i Fernando Dias Gomes i de la societat *Construções e Comercio Camargo Correa, SA* (CCCC), mitjançant el qual interposa un recurs d'empara contra l'aute del 21 d'agost del 2018, dictat per la Secció d'Instrucció Especialitzada 2 de la Batllia, per una presumpta vulneració del dret a la jurisdicció, en els seus vessants dels drets a obtenir una decisió fonamentada en Dret, a un procés degut substanciat per un tribunal imparcial predeterminat per la llei, a la defensa, a un judici de durada raonable i a la presumpció d'innocència, reconeguts tots ells a l'article 10 de la Constitució, i, atès que demana al Tribunal Constitucional que atorgui l'empara sol·licitada, que declari la vulneració dels drets esmentats, que reposi els recurrents en la plenitud dels seus drets, declarant la nul·litat -i subsidiàriament l'anul·lació- d'una sèrie de resolucions que desgrana, i per extensió, de totes les diligències i actuacions practicades, per la seva total contaminació i que retrotregui les actuacions al moment processal oportú. També demana l'aixecament de les mesures cautelars travades i que s'ordini el desbloqueig immediat dels comptes embargats, així com la declaració de la suspensió dels efectes de les resolucions impugnades mentre duri l'examen constitucional;

Vista la Constitució, especialment els articles 10, 41.2, 98 c) i 102;

Vista la Llei qualificada del Tribunal Constitucional, especialment el títol IV, capítols primer i sisè;

Vist l'informe presentat pel Ministeri Fiscal, el 19 d'octubre del 2018;

Escollat l'informe de la magistrada ponent, Sra. Laurence Burgorgue-Larsen;

1. Antecedents processals davant les jurisdiccions ordinàries

1.1. El 18 de juny del 2009, el Ministeri Públic Federal de Sao Paulo (Brasil) va adreçar a Andorra una demanda de cooperació judicial internacional en matèria penal en què demanava informació bancària i el bloqueig dels comptes dels Srs. Pietro Francesco Giavina-Bianchi i Fernando Dias Gomes, entre d'altres.

El 22 de gener del 2010, la Batllia va admetre a tràmit aquesta demanda.

1.2. Per tal com el Tribunal Superior de Justícia de Brasil va suspendre el procediment que havia donat lloc a la petició de cooperació judicial internacional, la representació processal dels investigats va sol·licitar a la Batllia la suspensió de la tramitació de la comissió rogatòria internacional (CRI).

1.3. El 30 d'abril del 2010, la Batllia va acordar la suspensió de la CRI i va demanar a l'autoritat brasilera que informés en relació amb la validesa de la seva petició i en relació amb el secret, total o parcial, del procediment en qüestió.

1.4. El 20 de desembre del 2011, les autoritats brasileres van informar que el plet estava suspès en la seva totalitat, així com les mesures complementàries, entre les quals, les peticions de cooperació judicial internacional, ja que les intercepcions de les comunicacions i altres proves havien estat declarades il·legals. Per aquest motiu se sol·licitava la interrupció de la petició de cooperació internacional. No obstant això, la decisió no era ferma, atès que el Ministeri Públic Federal havia interposat un recurs. També precisava que la causa es trobava sota secret processal, fins i tot les mateixes peticions de cooperació i les respostes corresponents.

1.5. La representació processal dels recurrents va sol·licitar el desbloqueig dels actius financers embargats i l'arxiu de les actuacions, ja que el procediment seguit al Brasil es trobava arxivat i que la cosa jutjada havia estat certificada pel *Supremo Tribunal Federal*, el 20 de juny del 2015.

1.6. Malgrat l'oposició del Ministeri Fiscal, el 28 de juliol del 2017, la Batllia va estimar la petició dels recurrents i va deixar sense efecte la CRI, així com les mesures cautelars acordades.

1.7. No obstant això, mitjançant un aute de la mateixa data, va acordar, per via de deducció de testimoni de la CRI, les mateixes mesures d'embargament i de bloqueig. Aquesta deducció de testimoni havia estat constatada per un aute anterior del 13 de juliol del 2017, en què s'incoava un nou procediment de diligències prèvies per un presumpte delictes major de blanqueig de diners contra els recurrents, entre d'altres.

1.8. El 14 de juliol del 2017, la Secció d'Instrucció Especialitzada 2 de la Batllia, atesa la remissió de dues altres diligències prèvies remeses per part de la Secció d'Instrucció Especialitzada 1, va acordar la tramitació per via de deducció d'aquestes informacions d'unes altres diligències prèvies que va acumular per connexitat a aquelles que havien estat deduïdes de la CRI.

1.9. Atesos els escrits diversos de la defensa dels recurrents en què al·legaven la vulneració de certs vessants del dret a la jurisdicció derivada de la seva actuació, la batlle instructora va decidir obrir una peça separada pel que feia a les primeres diligències prèvies derivades de la CRI i tramitar d'ofici un incident de nul·litat d'actuacions. La part recurrent es va oposar a aquest incident de nul·litat d'actuacions per tal com considerava que la nul·litat s'havia d'estendre a tota la causa.

1.10. El 21 d'agost del 2018, la batlle de la Secció d'Instrucció Especialitzada 2 va dictar un aute en què desestimava íntegrament l'incident de nul·litat d'actuacions promogut d'ofici per ella mateixa.

1.11. El 21 de setembre del 2018, la representació processal dels Srs. Pietro Francesco Giavina-

Bianchi i Fernando Dias Gomes i de la societat *Construções e Comercio Camargo Correa, SA* (CCCC), va interposar un recurs d'empara contra l'aute del 21 d'agost del 2018, dictat per la Secció d'Instrucció Especialitzada 2 de la Batllia, per una presumpta vulneració del dret a la jurisdicció, en els seus vessants dels drets a obtenir una decisió fonamentada en Dret, a un procés degut substanciat per un tribunal imparcial predeterminat per la llei, a la defensa, a un judici de durada raonable i a la presumpció d'innocència, reconeguts tots ells a l'article 10 de la Constitució.

2. Argumentació jurídica

2.1. Argumentació jurídica dels recurrents

- Aquesta part retreu a la Batllia haver deduït testimoni de la CRI provinent de Brasil quan aquesta estava viciada de nul·litat, ja que el procediment seguit al Brasil havia estat declarat nul per tal com s'havien vulnerat els drets fonamentals dels investigats en el moment d'obtenir diverses proves.
 - La incoació de les diligències prèvies es va efectuar 15 dies abans que la batlle instructora arxivés la CRI atribuint-se indegudament aquesta competència, sense trametre les diligències al president de la Batllia per a la seva distribució per torn.
 - Conclou que aquesta decisió és contrària a l'article 1.2 del Codi de procediment penal que no admet la prova obtinguda directament o indirectament infringint els drets o les llibertats fonamentals i, per tant, vulnerant la doctrina del fruit de l'arbre enverinat.
 - Aquestes actuacions vulnerarien els seus drets a un procés degut i a obtenir una decisió fonamentada en Dret per un tribunal imparcial predeterminat per la llei.
 - Així mateix, la batlle instructora s'hauria atribuït indegudament la competència en relació amb les altres causes trameses per la Secció d'Instrucció Especialitzada 1 de la Batllia que considerava connectades a aquest afer i que va acumular, recavant d'ofici altres testimonis documentals o bé acollint la documentació aportada pel Ministeri Fiscal de fonts obertes i que tampoc hauria hagut d'arribar al seu coneixement per aquesta manca de competència.
 - Aquest fet no només vulnera el dret a un tribunal imparcial, sinó que també vulnera el dret a la defensa i a la presumpció d'innocència, perquè els recurrents no han pogut ser part en els testimonis documentals que es dedueixen d'altres causes i procediments acumulats a la causa concreta que els afecta.
 - Pel fet que els seus comptes estan bloquejats des de fa més de 8 anys considera que s'ha vulnerat el dret a un judici de durada raonable.
 - Detalla totes les resolucions judicials contra les quals demana una declaració de nul·litat, i subsidiàriament d'anul·lació, que estén íntegrament a totes les diligències d'instrucció, tenint en compte la seva contaminació i la vulneració dels drets fonamentals esmentats.
- Per acabar, demana al Tribunal Constitucional que atorgui l'empara sol·licitada amb les declaracions ressenyades en l'encapçalament d'aquest aute.

2.2. Argumentació de la Secció d'Instrucció Especialitzada 2 de la Batllia

- La batlle instructora circumscriu l'objecte de l'incident de nul·litat d'actuacions a la seva decisió de deduir testimoni de la CRI per tal d'incoar unes diligències prèvies d'investigació sobre uns suposats fets de blanqueig de diners. Així mateix, considera que la conseqüència esperada pels recurrents (extreta dels seus escrits) seria l'exclusió del procediment dels folis 1 a 521, així com totes les actuacions posteriors.
- Tot i que reconeix que els recurrents no van endegar cap acció concreta d'inconstitucionalitat, les manifestacions contingudes en els seus escrits en què qüestionen la legalitat de l'aute del 13 de juliol del 2017, l'han dut a obrir d'ofici aquest incident.
- Precisa que la part recurrent es va oposar a aquesta decisió demanant l'ampliació de la nul·litat a tota la documentació existent en la causa.
- De manera prèvia, la batlle instructora considera que les alegacions sobre la vulneració de drets constitucionals són extemporànies, ja que el moment processal per manifestar aquests greuges era el moment en què es va acordar la deducció de testimoni de la CRI, és a dir, 15 dies naturals des de la notificació de l'aute del 13 de juliol del 2017, tal com ho disposa l'article 18 bis de la Llei transitòria de procediments judicials. Deixar passar aquest termini comportava la caducitat de l'acció i acusar posteriorment d'il·legalitat els actes processals duts a terme anava en contra dels seus propis actes i del principi de bona fe processal.
- No obstant això, atesa la gravetat de les qüestions suscitées (manteniment en la causa de proves obtingudes il·lícitament), la batlle va estimar que havia de pronunciar-se sobre el fons.
- En primer lloc, recorda que els documents processals de tràmit de la CRI no es poden considerar una prova sumarial, perquè les proves demanades no es van arribar a practicar mai i la petició de cooperació no incorpora en si mateixa cap prova procedent del Brasil. I també recorda que en l'aute del 13 de juliol del 2017 es va plantejar que amb independència del resultat que es donés a la CRI, era necessari obrir una investigació a Andorra per determinar l'origen dels actius. I no es va actuar a Andorra abans, perquè els fets tenien natura transnacional i no s'havia d'incórrer en una doble persecució per uns mateixos fets. Una vegada acreditat que la causa havia estat anul·lada al Brasil i que no constava que s'hagués produït cap absolució pels fets realitzats al Principat, d'acord amb l'article 8 del Codi penal, s'havia de donar curs a la investigació corresponent.
- Considera que amb independència del procediment estranger, l'autoritat andorrana ha pogut saber que al Principat hi ha uns actius a nom de persones jurídiques instrumentals, la qual cosa mereix per si sola una investigació (article 70.2 del Codi penal), ja que no es coneix ni el propietari real ni l'activitat en què s'originen.
- Els Srs. Gavina-Bianchi i Dias Gomes no han comparegut mai personalment i els seus lletrats reconeixen que no són els propietaris reals dels béns que es troben a Andorra, tot i que estan a nom de societats de les quals tenen poder de representació, i que aquests béns pertanyen en realitat a la societat CCC, de la qual en són directius i que van realitzar operacions en nom seu. També reconeixen que les societats esmentades no tenen cap activitat mercantil real, sinó que són instrumentals i que van ser creades *ad hoc* per facilitar una cadena de transferències internacionals d'interès per motius fiscals. Reconeixen haver creat factures irreals per documentar aquestes transaccions, activitat que segons diuen tenia per objectiu una "*optimització fiscal*" i "*from left pocket*

to the right pocket" (sic).

- Sobre la nul·litat del procediment pronunciada al Brasil com a impediment per investigar els actius a Andorra, la batlle instructora recorda que no es va pronunciar cap absolució al Brasil i que la qüestió que allí es volia investigar era la venda il·legal de dòlars en el mercat negre, no la licitud dels actius dipositats en els bancs andorrans.

- Afirma que no és cert que la CRI contingui proves declarades nul·les en el procediment estranger; en els folis 1 a 521 no existeix cap tipus de prova provenint de Brasil, conté únicament documentació processal de formalització de la demanda d'informació bancària que mai es va complimentar. Conclou que si alguna prova es va practicar de forma equivocada en aquella causa, aquesta es va quedar al procediment original i a Andorra no se'n té cap còpia, sent estèrils i esbiaixades les especulacions efectuades al respecte.

- Destaca que la defensa dels recurrents no pot anar en contra dels seus propis actes i demanar la nul·litat dels documents que ella mateixa va aportar per demanar l'alliberament dels seus béns.

- Les autoritats han d'investigar les notícies criminals que venen de diverses fonts independents per aclarir i fer constar els fets i les circumstàncies, tant adverses com favorables, a fi d'adquirir la veritat material tot i respectant i assegurant els drets fonamentals.

- Els recurrents pretenen haver adquirit una immunitat derivada del fet que el procés en què van ser investigats al Brasil va ser anul·lat, ja que consideren que tot allò que pugui aparèixer contra CCCC i els seus empleats està aixoplugat sota aquell procediment que es va iniciar per un delictes de caràcter financer diferent.

- De les proves practicades fins a la data es pot comprovar que es tracta de declaracions d'investigats i de testimonis documentals d'altres causes, tots ells degudament realitzats en el respecte dels drets processals i fonamentals. La batlle instructora detalla el contingut d'aquestes causes i informacions (algunes pendents de confirmar oficialment) destacant que l'únic nexa amb la CRI en qüestió és que es tracta d'informacions que es refereixen a uns mateixos autors o sospitosos i permeten obtenir nova informació sobre presumptes activitats delictives de CCCC que es desconeixien anteriorment, sent la presumpta creació d'estructures financeres per canalitzar diners de suborns a polítics a canvi de concessions d'obra pública.

- Per acabar, conclou que tots els indicis exposats condueixen lògicament a constatar la necessitat d'investigar l'origen dels actius dipositats a Andorra i que no es pot establir cap nexa causal amb una vulneració de drets fonamentals.

2.3. Argumentació del Ministeri Fiscal

- En primer lloc, el Ministeri Fiscal fa palès que l'incident de nul·litat d'actuacions no va ser realment plantejat a iniciativa de la batlle instructora, sinó que aquesta es va veure obligada a respondre a la insistència de la part recurrent en relació amb la vulneració del seu dret a la jurisdicció, mitjançant dos escrits que analitza.

- En segon lloc, pel que fa a les al·legacions sobre la nul·litat de la prova obtinguda al Brasil, manifesta que hi ha dubtes sobre aquesta nul·litat, primerament, perquè no consta que el jutge brasiler s'hagi pronunciat sobre la seva extensió, segonament, perquè semblaria que s'ha suspès la

destrucció de proves, atès que les escoltes telefòniques haurien estat anul·lades previ suborn del magistrat que va declarar que vulneraven drets constitucionals -raó per la qual s'ha de verificar l'estat actual de les actuacions al Brasil- i, finalment, perquè no concorren els pressupòsits necessaris, fins i tot en el cas que la CRI fos nul·la, per anul·lar la resta de diligències realitzades en el marc d'aquestes actuacions, ja que els fets que es desprenen dels autes, sense tenir en consideració la informació continguda en la CRI, confirmen la utilització de simulacions contractuals i factures falses per donar aparença de licitud a conductes delictives.

- Sobre l'aplicació de la doctrina anglosaxona del fruit de l'arbre enverinat, precisa que també cal tenir en compte la doctrina de la causalitat adequada, és a dir, aquella doctrina que declara que hi ha d'haver una connexió entre la prova suposadament nul·la i la prova contaminada, causalitat no només material, sinó també jurídica (cita tant jurisprudència del Tribunal Superior de Justícia com del Tribunal Constitucional en relació amb aquest punt).

- En aquesta causa no hi ha una única *notitia criminis*, sinó que n'hi ha diverses altres d'independents entre si que desgrana. Per consegüent, havent-hi indicis de criminalitat i diverses fonts d'informació independents ni l'arxiu de les actuacions ni la seva declaració de nul·litat són procedents.

- Pel que fa a la vulneració del dret a la presumpció d'innocència, recorda que aquesta no es pot haver produït, ja que ni tan sols s'ha produït l'acusació formal o el processament dels recurrents.

- Sobre la vulneració del dret a un jutge predeterminat per la llei, considera que la competència de la Secció d'Instrucció Especialitzada 2 de la Batllia va estar regularment atribuïda per torn, d'acord amb els articles 40, 43 i 44 del Codi de procediment penal i aquesta competència s'estén a tots els fets relacionats dins de la causa, així com a aquells fets nous que puguin aparèixer si aquests hi tenen connexió i formen part de les infraccions penals que són objecte de la jurisdicció penal especialitzada.

- Sobre la durada del judici, precisa que les diligències prèvies, procediment diferent de la CRI tramesa des de Brasil, es van iniciar el mes de juliol del 2017, s'han realitzat múltiples actes en el marc d'una investigació que és clarament complexa.

- Sobre la suspensió de la tramesa d'informació per part de la batlle instructora al Brasil, considera que la part recurrent no ha acreditat els perjudicis que podrien derivar de la no suspensió, ni que aquests fossin d'impossible o difícil reparació, destacant que si tal com afirmen els recurrents el procediment al Brasil és nul, no hi pot haver cap perjudici; en cas contrari, si es decidís que l'aute impugnat és nul, una simple comunicació al Brasil seria suficient per reparar el suposat perjudici que l'enviament pogués causar.

- Per aquests motius, demana al Tribunal Constitucional que declari la inadmissió a tràmit d'aquest recurs d'empara per la manca manifesta de contingut constitucional de les seves pretensions, d'acord amb les disposicions de l'article 37.2 de la Llei qualificada del Tribunal Constitucional.

3. Fonaments jurídics del Tribunal Constitucional

3.1. El recurs d'empara no converteix el Tribunal Constitucional en una tercera instància ni en un tribunal suprem.

3.2. Quan un recurrent al·lega la vulneració del dret constitucional a obtenir una decisió fonamentada en Dret (article 10.1 de la Constitució), l'únic objecte del recurs d'empara és el de verificar que les decisions impugnades estiguin motivades i es fonamentin en un raonament jurídic que no sigui il·lògic ni absurd.

3.3. Quan entren en joc drets substancials, el control d'aquest Tribunal en el marc del recurs d'empara consisteix a determinar si els recurrents han estat privats o no d'una protecció efectiva, és a dir, si han estat situats o no en una indefensió material (veg. per ex. el punt 3.3 de l'aute del 22 de desembre del 2017, recaigut en la causa 2017-33-RE o el punt 3.1 de la sentència del 19 de febrer del 2018, recaiguda en la causa 2017-53-RE).

3.4. En aquesta causa, el Tribunal Constitucional ha de determinar si, tot i que la CRI tramesa per les autoritats competents brasileres en relació amb l'obtenció de diversa informació sobre els recurrents havia estat anul·lada *in fine*, la Secció d'Instrucció Especialitzada 2 de la Batllia estava en mesura, no obstant això, i fonamentant-se en la seva potestat d'instrucció, d'investigar la situació dels recurrents a Andorra.

3.5. De l'examen de l'extensa i detallada argumentació de la Batllia, se'n deriva clarament que la instrucció seguida en relació amb els recurrents no és conseqüència, com a tal, de la CRI anul·lada. Aquesta darrera feia referència al tràfic derivat de la venda de dòlars en el mercat negre i la instrucció seguida per la batlle instructora a Andorra concerneix la qüestió de l'origen dels actius que els recurrents havien dipositat al Principat mitjançant un muntatge financer particularment complex.

3.6. Altrament dit, la batlle instructora ha volgut expressament recordar que independentment dels resultats que la CRI hagués pogut donar, va considerar que -sobre la base d'informacions obtingudes mitjançant altres fonts diferents d'aquelles contingudes en la CRI i en el marc de les seves competències d'instrucció derivades de l'article 70.2 del Codi penal- era necessari obrir una investigació sobre els recurrents, atès l'elevat import dels actius financers que havien dipositat a Andorra.

3.7. Atès el cànon de constitucionalitat d'aquest Tribunal, tal com ha estat recordat de manera expressa en el punt 3.2 anterior, sorgeix que són les jurisdiccions ordinàries, en aquest cas la jurisdicció penal, les primeres en interpretar i en aplicar la legislació ordinària. En aquest context, i atès el control restringit del Tribunal Constitucional, resulta que, sobre la base d'una anàlisi global de tots els elements de les actuacions, la batlle instructora ha motivat de manera precisa i lògica la seva decisió amb la finalitat de justificar la incoació d'una instrucció contra els recurrents.

3.8. Pel que fa a l'al·legació sobre la durada del procediment, queda palès que la Batllia d'Instrucció no va mobilitzar la seva funció d'investigació fins que la CRI no va ser anul·lada. Altrament dit, va actuar *sponte sua* a partir del 13 de juliol del 2017. És aquesta data aquella que cal tenir en compte per examinar la durada del procediment iniciat contra els recurrents en relació amb les imputacions que no són les de la CRI. La instrucció endegada per la Batllia està al seu començament i la invocació de la vulneració del dret a un procés de durada raonable no pot ser operant en aquest moment.

Per tot això que s'ha exposat.

El Tribunal Constitucional del Principat d'Andorra,

DECIDEIX:

1. No admetre a tràmit el recurs d'empara 2018-51-RE presentat per la representació processal dels Srs. Pietro Francesco Giavina-Bianchi i Fernando Dias Gomes i de la societat *Construções e Comercio Camargo Correa, SA* contra l'aute del 21 d'agost del 2018, dictat per la Secció d'Instrucció Especialitzada 2 de la Batllia.

2. Notificar aquest aute a la representació processal dels recurrents, a la presidenta de la Batllia i al Ministeri Fiscal.

3. Publicar aquest aute, d'acord amb allò que disposa l'article 5 de la Llei qualificada del Tribunal Constitucional, al Butlletí Oficial del Principat d'Andorra.

Acordat a Andorra la Vella, el 19 de desembre del 2018.

Dominique Rousseau
President

Josep-D. Guàrdia Canela
Vicepresident

Laurence Burgorgue-Larsen
Magistrada