
[2018-52-RE](#)

CAUSA 2018-52-RE

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

Número de registre 387-2018. 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 els autes del 29 de març del 2018 i del 22 d'agost del mateix any, dictats 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 i a un procés degut substanciat per un tribunal imparcial predeterminat per la llei, 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- de les resolucions impugnades i que retrotregui les actuacions al moment processal oportú. També demana 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 Burgogue-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 29 de març del 2018, la batlle instructora va ampliar l'aute del dia abans decidint l'expedició d'una comissió rogatòria internacional a l'autoritat competent del Brasil de comunicació espontània d'informació o notícia criminal de tramesa de la informació coneguda a Andorra en el marc de les diligències prèvies -únicament folis 522 i següents- (article 18.4 del Conveni de les Nacions Unides contra la delinqüència organitzada transnacional), per tal com contenien informació que podria trobar-se relacionada amb fets delictius succeïts al Brasil i relatius a la corrupció de funcionaris públics i/o autoritats, amb advertiment que no es pot utilitzar per la persecució criminal de delictes d'índole tributària, en no existir doble incriminació delictiva per aquestes infraccions en el Codi penal andorrà per fets comesos amb anterioritat al mes d'agost del 2017.

1.9. La representació processal dels recurrents va presentar un incident de nul·litat d'actuacions contra aquesta decisió, per considerar que s'havien vulnerat els seus drets fonamentals.

1.10. El 22 d'agost del 2018, la batlle de la Secció d'Instrucció Especialitzada 2 va dictar un aute en què desestimava íntegrament aquest incident de nul·litat d'actuacions.

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 Comércio Camargo Correa, SA* (CCCC), va interposar un recurs d'empara contra els autes del 29 de març del 2018 i del 22 d'agost del mateix any, dictats 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 i a un procés degut substanciat per un tribunal imparcial predeterminat per la llei, reconeguts tots ells a l'article 10 de la Constitució.

2. Argumentació jurídica

2.1. Argumentació jurídica dels recurrents

- A banda de considerar que tota la causa ha de ser declarada nul·la (veg. apartat 2.1 de la causa 2018-51-RE), sobre l'objecte concret d'aquest recurs d'empara, és a dir, sobre l'expedició d'una comissió rogatòria al Brasil de comunicació espontània de la informació bancària i altra coneguda a Andorra en el marc de les diligències prèvies acumulades (folis 522 i següents), aquesta part al·lega la vulneració dels drets a obtenir una decisió fonamentada en Dret i a un procés degut substanciat per un tribunal predeterminat per la llei pels tres motius següents:

1) aquesta informació està contaminada de nul·litat pels motius exposats de manera detallada en la causa 2018-51-RE, que deriven essencialment del fet 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;

2) aquesta informació no pot ser tramesa al Brasil, perquè aquest país la va demanar mitjançant una CRI que va ser arxivada i retornada sense complimentar, pel fet que va ser declarada nul·la pel *Supremo Tribunal Federal* del Brasil. Pretendre enviar ara aquesta informació de manera espontània no només vulnera el dret a un procés degut amb totes les garanties, sinó que també constitueix una transgressió i un incompliment d'una resolució ferma i definitiva del *Supremo Tribunal Federal* del Brasil que constitueix cosa jutjada;

3) si com raona la batlle instructora aquestes informacions provenen de fonts independents i que s'investigarien per un delictes diferent, aleshores la seva nul·litat derivaria de la manca de competència de la batlle, ja que l'article 44 del Codi de procediment penal només atribueix la competència al batlle instructor "en la mesura que el fet delictiu estigui en connexió" i si es tracta d'un fet delictiu diferent, com justifica la batlle, aleshores s'havia d'inhibir per tal que passés al torn rotatori de ponències.

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

- Sobre el punt concret de la tramesa d'informació impugnada, la batlle instructora fonamenta la seva decisió en l'article 18.4 del Conveni de les Nacions Unides contra la delinqüència organitzada, atesos els indicis apareguts en les actuacions d'una possible activitat de corrupció al Brasil relacionada amb actius financers dipositats a Andorra.

-
- Es va saber mitjançant la CRI tramesa pel Brasil que els recurrents estaven sent investigats pels delictes de venda de dòlars en el mercat negre o activitat financera il·legal (folis 1 a 521).
 - Posteriorment, es va incorporar informació sobre la presumpta creació d'estructures financeres per canalitzar diners de suborns a polítics a canvi de concessions d'obra pública; sobre altres activitats delictives derivades d'aquestes concessions en altres països (Perú i Suïssa) i es va obtenir la còpia de les actes del comitè intern de prevenció del blanqueig de la BPA en què els directius exposaven quina seria l'operativa de la societat recurrent a Andorra i com es facilitaria a través de diverses societats instrumentals l'opacitat del titular real dels efectius (folis 522 i següents).
 - Els recurrents reconeixen en els seus escrits de defensa que les societats esmentades no tenien cap activitat mercantil real, sinó que eren 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).
 - Posant en relació aquestes dades, la informació recollida a Andorra és objectivament d'interès per a la investigació de causes per corrupció seguides al Brasil, sense perjudici de les actuacions que es puguin seguir a Andorra per blanqueig de diners provenint de la corrupció, la qual és una infracció diferent. Aquesta tramesa està justificada i és proporcionada per tal d'evitar la impunitat d'actes criminals i assegurar, si s'escau, l'embargament i la confiscació dels productes del crim i la indemnització dels perjudicats.
 - Per tant, no hi ha cap prova que s'hagi obtingut amb vulneració de drets fonamentals, ja que la causa únicament conté documents obtinguts de forma regular i que és la recopilació de diverses *notitia criminis* arribades de quatre fonts d'informació diferents, totes les quals coincideixen en fer sospitosos els actius dipositats a Andorra, destacant que no s'ha incorporat als autes cap prova que procedeixi del procediment que va ser declarat nul al Brasil. I, a més, d'acord amb els convenis internacionals en vigor, és oportú trametre aquesta informació al Brasil.

2.3. Argumentació del Ministeri Fiscal

- Sobre la tramesa d'informació espontània, el Ministeri Fiscal considera que els recurrents critiquen que la batlle instructora faci ús de les seves facultats en matèria de cooperació internacional atorgades per les lleis i els convenis internacionals a Andorra. No obstant això, recorda que el Tribunal Constitucional ja s'ha pronunciat en relació amb aquest punt concret i cita l'aute del 12 d'octubre del 2018, recaigut en la causa 2018-40-RE.
- El Ministeri Fiscal destaca que la informació a la qual tindran accés les autoritats judicials brasileres no porta causa de la informació demanada en el seu dia pel Brasil, petició posteriorment anul·lada, ni existeix cap connexió d'antijuridicitat, ja que la informació que serà tramesa deriva d'altres fonts totalment independents d'aquella que presumptament estava viciada.
- 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, la qüestió que el Tribunal Constitucional ha d'examinar és la de saber si, tot i que una Comissió Rogatòria Internacional relativa als recurrents tramesa per les autoritats brasileres havia estat anul·lada *in fine*, la Batllia era nogensmenys competent, sobre la base de les seves funcions d'instrucció, per enviar *sponte sua* les informacions que havia obtingut sobre la situació dels actius financers dipositats a Andorra pels recurrents.

3.5. Les funcions d'instrucció del batlle -degudament regulades per la legislació andorrana i pel dret internacional- són necessàries per a l'aclariment de la realitat d'actes reprobables eventuals en matèria de criminalitat transnacional organitzada.

3.6. En aquesta causa, queda palès que la batlle instructora va exposar *expressis verbis* el fonament jurídic de la seva competència per tal de transmetre d'ofici a les autoritats brasileres informacions que considerava importants per lluitar contra la criminalitat organitzada (punt 3 dels fonaments jurídics de l'aute del 22 d'agost del 2018). Aquest fonament jurídic deriva de l'article 18.4 de la Convenció de les Nacions Unides contra la delinqüència organitzada transnacional del 15 de novembre del 2000, la qual està en vigor a Andorra des del 22 d'octubre del 2011.

3.7. En tant que jurisdicció ordinària, el batlle és un jutge convencional de dret comú i ha d'aplicar el dret internacional que vincula el Principat d'Andorra. En aquest marc, està en la millor posició per identificar les necessitats processals amb la finalitat de dirigir les seves investigacions i de cooperar amb els seus homòlegs estrangers. En aquest context, no correspon al Tribunal Constitucional substituir la seva apreciació a la de la Secció d'Instrucció Especialitzada 2 (veg. el punt 3.4 de l'aute del 12 d'octubre del 2018, recaigut en la causa 2018-40-RE).

Per tot això que s'ha exposat.

El Tribunal Constitucional del Principat d'Andorra,

DECIDEIX:

1. No admetre a tràmit el recurs d'empara 2018-52-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 els autes del 29 de març del 2018 i del 22 d'agost del mateix any, dictats 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

Vicepresident

Josep-D. Guàrdia Canela

Laurence Burgorgue-Larsen
Magistrada