
[2021-63-RE](#)

Causa 2021-63-RE

(Fernández Nazara c/ Principat d'Andorra)

Número de registre 406-2021. Recurs d'empara

Aute del 7 de setembre del 2021

BOPA núm. 97, del 15 de setembre del 2021

En nom del Poble Andorrà;

El Tribunal Constitucional;

Atès l'escrit presentat i registrat al Tribunal Constitucional, el 23 de juliol del 2021, per la representació processal del Sr. Josep Antoni Fernández Nazara, mitjançant el qual interposa un recurs d'empara contra els autes de l'1 de juliol del 2021 i del 19 d'abril del mateix any, dictats per la Secció d'Instrucció Especialitzada 1 de la Batllia, per una presumpta vulneració del dret a la jurisdicció en els seus vessants dels drets a l'accés a la jurisdicció, a obtenir una decisió fonamentada en Dret i a un procés degut, reconeguts 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 retrotregui les actuacions al moment anterior al seu pronunciament, i que ordeni a la Batllia que procedeixi a la instrucció de les diligències prèvies núm. 8000039/2017, tenint incorporats en autes els tres enregistraments d'àudio i llurs transcripcions, inclosos en tant que elements probatoris;

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;

Escoltat l'informe del magistrat ponent, Sr. Josep-D. Guàrdia Canela;

1. Antecedents processals davant les jurisdiccions ordinàries

1.1. El 19 d'abril del 2021, la Secció d'Instrucció Especialitzada 1 de la Batllia va dictar un aute en què acordava la nul·litat de tres enregistraments d'àudio aportats pel Sr. Josep Antoni Fernández Nazara en el marc de la querella presentada per la presumpta comissió d'un delictes major de tractar d'influir en la declaració d'un testimoni i d'un delictes menor de tractar d'influir en la declaració d'un testimoni oferint un avantatge, per considerar que aquesta prova havia estat obtinguda de forma

il·lícita, ja que havia estat enregistrada per una tercera persona, i vulnerava els drets a la intimitat i al secret de les comunicacions del querellat.

1.2. La representació processal del Sr. Josep Antoni Fernández Nazara va formular, d'acord amb l'article 18 *quater* de la Llei transitòria de procediments judicials, un incident de nul·litat contra aquesta decisió per tal com considerava que vulnerava els seus drets a obtenir una decisió fonamentada en Dret i a un procés degut.

1.3. L'1 de juliol del 2021, la Secció d'Instrucció Especialitzada 1 de la Batllia va dictar un aute en què desestimava aquest incident, tot i considerant que l'incident de nul·litat havia de ser resolt en aplicació de l'article 18 *ter* de la Llei transitòria de procediments judicials.

1.4. El 23 de juliol del 2021, la representació processal del Sr. Josep Antoni Fernández Nazara va interposar un recurs d'empara contra els autes de l'1 de juliol del 2021 i del 19 d'abril del mateix any, dictats per la Secció d'Instrucció Especialitzada 1 de la Batllia, per una presumpta vulneració del dret a la jurisdicció en els seus vessants dels drets a l'accés a la jurisdicció, a obtenir una decisió fonamentada en Dret i a un procés degut, reconeguts a l'article 10 de la Constitució.

2. Argumentació jurídica

2.1. Argumentació del recurrent

- El recurrent al·lega que si bé l'article 1.2 del Codi de procediment penal estableix que les proves obtingudes amb vulneració de drets fonamentals no produeixen efectes, cal tenir en compte que la nul·litat d'aquestes proves no és un dret absolut, sinó que cal ponderar-la a la llum del conjunt dels altres drets i llibertats reconeguts constitucionalment, com són "*l'interès públic i el dret a obtenir la veritat processal en un procés penal*".
- Segons el seu parer, existeix una extensa doctrina constitucionalista que avala el fet que l'obtenció d'una prova il·lícita no implica necessàriament la lesió d'un dret fonamental.
- Així mateix, si bé aquesta part està conforme amb la definició dels drets a la intimitat i al secret de les comunicacions donada pel batlle instructor, addueix que en aquest cas no s'ha produït aquesta vulneració, perquè les converses van ser enregistrades en la via pública i no es podien considerar íntimes, ja que els interlocutors estaven envoltats d'altres persones.
- També destaca que la persona que va registrar les converses era una persona propera en què havia dipositat la seva confiança per tal que controlés el dispositiu d'enregistrament, però en realitat s'hauria de considerar que l'enregistrament l'havia efectuat ell, com a un dels interlocutors de la conversa, amb els mitjans tècnics que li pertanyien.
- Conclou que aquesta persona no va actuar en connivència amb ell per vulnerar la intimitat del querellat, sinó per obtenir una prova que evidenciés la comissió d'un presumpte delictes.
- També addueix que cal diferenciar el fet que la prova va ser obtinguda per part d'un particular per iniciativa pròpia i no per una autoritat policial, motiu pel qual la prova pot ser valorada en la causa penal.

- Per aquests motius, demana al Tribunal Constitucional que atorgui l'empara sol·licitada, que declari la vulneració dels drets esmentats, que retrotregui les actuacions al moment anterior al seu pronunciament, i que ordeni a la Batllia que procedeixi a la instrucció de les diligències prèvies núm. 8000039/2017, tenint incorporats en autes els tres enregistraments d'àudio i llurs transcripcions, inclosos en tant que elements probatoris.

2.2. Argumentació de la Secció d'Instrucció Especialitzada 1 de la Batllia

- La Batllia recorda la jurisprudència del Tribunal Constitucional respecte de la regulació de l'incident de nul·litat (causes 2019-19-RE, 2019-49-RE, 2019-50-RE i 2019-66-RE) i destaca que si s'examina tant el tipus com el contingut de l'aute impugnat cal concloure que aquest no es pot qualificar de resolució ferma, ja que no es tracta ni d'una sentència, ni d'un aute que resol i posa fi a una qüestió, ni es tracta tampoc d'una resolució que figura en un dels *numerus clausus*, previstos a l'article 194 del Codi de procediment penal.

- Per tant, considera que l'incident ha de ser resolt segons el procediment de l'article 18 *ter* de la Llei transitòria de procediments judicials.

- Pel que fa al fons, reitera que ha ponderat tots els drets fonamentals en joc i precisa que com a un dels interlocutors de la conversa hagués pogut enregistrar-la personalment en lloc de manar a una tercera persona aliena a la conversa que efectués l'enregistrament de forma poc casual i totalment premeditada.

3. Fonaments jurídics del Tribunal Constitucional

3.1. La demanda d'empara compleix les exigències formals de la Llei qualificada del Tribunal Constitucional: l'article 87 -en matèria de legitimació- i l'article 88 en matèria de termini i altres aspectes establerts a l'article 36. El problema que se suscita, en aquest tràmit d'admissió, consisteix en determinar si la resolució recorreguda es troba en algun dels supòsits establerts en l'article 86, sobre la recurribilitat en empara de les diverses resolucions judicials. Aquest precepte, després d'excloure de la seva consideració els recursos d'empara establerts als articles 95 i 96 de la mateixa Llei, contra disposicions, resolucions i actes del Consell General, disposa que el recurs d'empara és procedent: a) contra les sentències que desestimen en fase de recurs les demandes presentades en el marc del procediment urgent i preferent; b) contra els autes que desestimen o no admeten en fase de recurs els incidents de nul·litat; i, c) contra les resolucions judicials fermes dictades pel Tribunal Superior de Justícia. No hi ha cap dubte en relació amb el fet que en aquest cas no ens trobem davant dels supòsits primer, ja que no estem en el marc d'un procediment d'aquells qualificats com a urgent i preferent, ni tercer, ja que no es recorre cap resolució del Tribunal Superior de Justícia. La qüestió es planteja en relació amb el supòsit segon, ja que l'aute de la Batllia, objecte directe del recurs, certament desestima un incident de nul·litat interposat per la part que avui demana l'empara.

3.2. Constitueix un principi general en matèria de processos d'inconstitucionalitat, i per tant, també dels de tutela dels drets i llibertats fonamentals, que amb anterioritat s'han d'haver esgotat totes les instàncies davant la jurisdicció ordinària, de manera que el Tribunal Constitucional com a "*intèrpret suprem*" de la Constitució (article 95) només ha d'actuar en darrer terme i en el cas que l'ordre constitucional hagi estat vulnerat i la seva restauració sigui procedent. Aquest principi impregna totes les disposicions legals i, per tant, també l'article 86 de la seva Llei qualificada. Cal recordar que en la

seva primitiva redacció aquest precepte disposava que el recurs d'empara s'interposava només contra "*sentències desestimatòries de la demanda dictades en última instància per la jurisdicció ordinària*". És cert que una llei posterior va disposar l'extensió de l'àmbit de la recurribilitat en empara de diverses resolucions, però en cap cas va voler trencar amb els principis generals en la matèria. Per consegüent, per a la correcta interpretació i aplicació de l'article 86 als incidents de nul·litat, cal integrar el precepte amb la regulació que d'aquests procediments fan els articles 18 *ter* i *quater* de la Llei transitòria de procediments judicials, en la seva nova redacció donada pel Codi de procediment civil. La diferència fonamental entre els supòsits d'aquests dos articles rau en el fet que el 18 *ter* es refereix a les resolucions no fermes i el 18 *quater* a les resolucions fermes, amb el benentès que el concepte de resolució ferma no vol dir que contra ella no es pugui interposar cap recurs, sinó que s'utilitza en el sentit de definitiva, és a dir, que esgoti la totalitat del procediment o una part significativa i dotada d'un cert caràcter autònom respecte d'ell, susceptible de rebre una solució que esgoti el seu tractament. D'aquesta manera s'integra perfectament el principi general de la "*última instància*" que informa la Llei qualificada d'aquest Tribunal amb la regulació específica que la Llei transitòria de procediments judicials estableix pels incidents de nul·litat.

3.3. Aquest Tribunal ja s'ha pronunciat en nombroses ocasions sobre aquesta matèria. En un primer aute del 8 d'abril del 2019 (causa 2019-19-RE), una vegada van entrar en vigor conforme a la disposició final vint-i-novena de la Llei 24/2018, del 18 d'octubre, del Codi de procediment civil, l'endemà del dia de la seva publicació, és a dir, el 15 de novembre del 2018, la reforma de la Llei qualificada del Tribunal Constitucional i de la Llei transitòria de procediments judicials. L'aplicació d'aquesta doctrina es va reiterar en l'aute del 14 de maig del 2019 (causa 2019-29 i 30-RE), en l'aute del 9 de setembre del 2019 (causa 2018-49 i 50-RE) i, en l'aute del 18 d'octubre del 2019 (causa 2019-66-RE). Darrerament han mantingut el mateix criteri sengles autes del 14 de juliol del 2021 (causa 2021-50-RE i causa 2021-51-RE).

3.4. En efectuar l'aplicació de la doctrina anterior al cas examinat resulta, d'una banda, que la part recurrent ha disposat de ple accés a la jurisdicció. En efecte, des d'una altra banda, ha vist com una diligència de prova li era denegada. Aquesta, però, no és una resolució definitiva ni que esgoti la via jurisdiccional ordinària. No es troba, doncs, en el supòsit de l'article 86 de la Llei qualificada del Tribunal Constitucional, ni en el de l'article 18 *quater* de la Llei transitòria de procediments judicials. Es tracta d'un cas clar de l'article 18 *ter*. En aquest sentit, el recurs d'empara és extemporani per prematur i ha de ser inadmes a tràmit sense que sigui procedent resoldre en aquest moment si les proves aportades -enregistraments de veu d'unes converses- tenien caràcter lícit o il·lícit i, consegüentment, si la denegació de la seva admissió -en tot cas, sobradament fonamentada en les resolucions recorregudes- va vulnerar els drets a la jurisdicció i a un procés degut del demandant d'empara.

Per tot això que s'ha exposat,

El Tribunal Constitucional del Principat d'Andorra,

Decideix:

1. No admetre a tràmit el recurs d'empara 2021-63-RE interposat per la representació processal del Sr. Josep Antoni Fernández Nazara contra els autes de l'1 de juliol del 2021 i del 19 d'abril del mateix any, dictats per la Secció d'Instrucció Especialitzada 1 de la Batllia.

2. Notificar aquest aute a la representació processal del recurrent, al president 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 7 de setembre del 2021.

Josep-D. Guàrdia Canela
President

Jean-Yves Caullet
Vicepresident

Joan Manel Abril Campoy
Magistrat Magistrat

Dominique Rousseau