
2023-56-RE

Causa 2023-56-RE

(Cierco Noguer c/ Principat d'Andorra)

Número de registre 354-2023. Recurs d'empara

Aute de l'11 d'octubre del 2023

BOPA núm. 125, del 18 d'octubre del 2023

En nom del Poble Andorrà;

El Tribunal Constitucional;

Atès l'escrit presentat i registrat al Tribunal Constitucional, el 20 de juliol del 2023, per la representació processal del Sr. Higiní Cierco Noguer, mitjançant el qual interposa un recurs d'empara contra l'aute del 29 de juny del 2023, dictat per la Sala Penal del Tribunal Superior de Justícia, per una presumpta vulneració del dret a la jurisdicció, reconegut a l'article 10 de la Constitució, en els seus vessants dels drets a obtenir una decisió fonamentada en Dret, a la defensa, a un procés degut i a l'accés a un tribunal, i, atès que demana al Tribunal Constitucional que atorgui l'empara sol·licitada, que declari la vulneració dels drets esmentats i que anul·li la resolució impugnada;

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;

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

1. Antecedents processals davant les jurisdiccions ordinàries

1.1. El 7 de març del 2023, el Sr. Higiní Cierco Noguer, actuant en nom i interès propi, en la seva qualitat d'accionista de la BPA (a través de la societat familiar Successors d'Higiní Cierco Garcia, SA) i membre del seu Consell d'Administració, va interposar una querrela criminal contra la magistrada Sra. Canòlic Mingorance Cairat com a presumpta autora d'un delictes de prevaricació judicial.

1.2. El 25 d'abril del 2023, el Tribunal de Corts va dictar un aute mitjançant el qual decidia no

admetre a tràmit aquesta querella i arxivar les actuacions com a diligències indeterminades.

1.3. La representació processal del Sr. Higini Cierco Noguer va formular un recurs d'apel·lació contra aquesta decisió, i, el 29 de juny del 2023, la Sala Penal del Tribunal Superior de Justícia va dictar un aute que desestimava aquest recurs i confirmava l'aute de la primera instància.

1.4. El 20 de juliol del 2023, la representació processal del Sr. Higini Cierco Noguer va interposar un recurs d'empara contra l'aute del 29 de juny del 2023, dictat per la Sala Penal del Tribunal Superior de Justícia, per una presumpta vulneració del dret a la jurisdicció, reconegut a l'article 10 de la Constitució, en els seus vessants dels drets a obtenir una decisió fonamentada en Dret, a la defensa, a un procés degut i a l'accés a un tribunal.

2. Argumentació jurídica

2.1. Argumentació del recurrent

- Com a qüestió prèvia, el recurrent fa referència a la causa 2020-52-RE i a les resolucions anteriors que hi estan vinculades i que deriven de la seva impugnació del caràcter reservat de la Comissió Rogatòria Internacional (CRI) 80000/2015.
- El recurrent al·lega que tant la justícia ordinària com la constitucional van enterrar definitivament les dubtoses i confuses actuacions de la batlle instructora, les quals encara no han quedat avui resoltes i que van derivar en el lliurament del disc dur, que contenia la base de dades de *Banco Madrid*, a un agent de la policia espanyola.
- El recurrent discrepa de la interpretació efectuada per la Sala Penal respecte del contingut de l'article 400 del Codi penal, sobretot quan el qualifica com a "*d'inspiració purament espanyola i completament ignorat pel dret francès*" precisant que "*necessita una interpretació més precisa amb referència a la jurisprudència de conformitat amb el principi de legalitat*".
- Considera que, precisament més enllà del dret espanyol o francès, els quals no son aplicables a Andorra, allò que exigeixen els principis de legalitat i de seguretat jurídica és precisament la prohibició de cap mena d'interpretació extensiva o analògica que superi la lletra de la llei.
- Recorda que en dret andorrà s'admet la modalitat culposa o imprudent del delictes de prevaricació judicial: no solament es castiga la consciència d'estar dictant una resolució injusta, sinó que també es castiga la ignorància d'estar dictant una resolució amb total abandó del principi de legalitat.
- Retreu a la Sala Penal haver procedit amb corporativisme i se sorprèn que sense conèixer el contingut de l'execució de la CRI i sense haver practicat cap de les diligències demanades, pugui concloure que no ha aportat indicis del comportament arbitrari de la querellada. Segons el seu parer, hi ha indicis i son racionals.
- Al·lega que aquesta manera de fer vulnera de manera flagrant el seu dret a la defensa: en un primer moment se li va denegar l'accés a la documentació de la CRI, que segons ell, podia provar les seves imputacions, i ara se li retreu que no ha aportat indicis d'aquestes imputacions.
- Afegeix que el raonament de la Sala Penal és incongruent, il·lògic, mancat de fonamentació i

vulnera els seus drets a la defensa, a un procés degut i a accedir als tribunals per tal com no se li ha donat accés a la documentació de la CRI i al mateix temps els tribunals afirmen que aquesta va ser executada regularment, tot i quedar sense resposta nombroses qüestions que plantegen molts dubtes sobre la seva regularitat i legalitat.

- Discrepa del desenvolupament fàctic exposat en l'aute impugnat de la Sala Penal, ja que es basa en suposicions i en documentació incompleta aportada per aquesta part mateixa. Primerament, no es pot afirmar que els administradors de *Banco Madrid* haguessin pogut recuperar les dades per autoritat pròpia, ja que el banc estava intervingut des del 10 de març del 2015 i ningú podia accedir-hi lliurement; i per aquest motiu la Fiscalia espanyola va optar per trametre una CRI. I, segonament, la declaració subsidiària de la Sala Penal és totalment incorrecta, el delictes no està prescrit, però, a més, aquesta part, com ja ha dit, va intentar obtenir informació sobre la CRI des de l'any 2018.

- Per acabar, demana al Tribunal Constitucional que atorgui l'empara sol·licitada, que declari la vulneració dels drets esmentats i que anul·li la resolució impugnada.

2.2. Argumentació de la Sala Penal del Tribunal Superior de Justícia

- La Sala Penal després de citar l'article 400 del Codi penal que tipifica el delictes de prevaricació judicial, exposa quins són els criteris d'interpretació que utilitza per determinar l'existència d'aquest delictes que qualifica d'extrema gravetat, dolós per excel·lència i que no només suposa que la decisió presa pel jutge sigui arbitrària, sinó que a més el jutge ha de ser conscient d'estar dictant una resolució arbitrària i contrària a totes les normes. Per tant, un error, una simple negligència o una mala aplicació del dret en vigor no són suficients per constituir una prevaricació.

- El recurrent exposa que de la relació dels fets se'n desprèn que la querellada, batlle instructora en aquell moment, va lliurar de forma urgent als funcionaris de la Policia Nacional Espanyola diversa documentació respecte de *Banco Madrid* que es trobava a la seu de la BPA, sol·licitada mitjançant una CRI de les autoritats competents espanyoles, abans de dictar un aute autoritzant l'execució d'aquesta CRI.

- El recurrent retreu que va saber per la premsa espanyola que la Policia Nacional Espanyola s'havia desplaçat a Andorra per obtenir informació relativa als clients de *Banco Madrid* "amb plena col·laboració de la Fiscalia andorrana". I recorda que des del 2018 va demanar poder tenir accés i coneixement de les actuacions fetes a Andorra en el marc de la CRI que ara es qüestiona.

- La Sala Penal exposa seguidament el desenvolupament dels tràmits de la CRI, tot i destacar que arran de la seva intervenció els administradors de *Banco Madrid* haguessin pogut recuperar, ells mateixos o mitjançant persona autoritzada, la documentació que estava a la seu de la BPA i que els pertanyia, però per raons de seguretat van optar per fer-ho a través de la UDEF Central del CNP espanyol, desplaçant-se un inspector al Principat i fent-se el lliurament del disc dur a la seu de l'Ambaixada espanyola; finalment van triar la via de la CRI entre fiscalies.

- El 24 de març del 2015, la batlle instructora va acordar el compliment de la CRI i la seva devolució, un cop complimentada, a l'autoritat exhortant. Després de comparèixer dos administradors de la BPA, els quals a la vista de la petició de la Fiscalia Anticorrupció de Madrid i de l'autorització signada pels administradors de *Banco Madrid*, van autoritzar el lliurament de la còpia de la base de dades transaccional històrica de *Banco Madrid*. Mitjançant un aute de la mateixa data la batlle instructora va autoritzar el lliurament en mà a l'inspector de la UDEF central del disc dur a fi que el trametés a

l'autoritat exhortant.

- La Sala Penal constata que no existeixen indicis suficients per considerar que la batlle instructora hagués avalat voluntàriament i de forma arbitrària una CRI irregular; la batlle va executar la CRI sobre la base de les previsions de la Llei de cooperació penal internacional i del Conveni europeu de cooperació judicial en matèria penal de 1959, en relació amb una petició de cooperació penal sobre els delictes de blanqueig.

- Destaca, com també ho menciona el Ministeri Fiscal, que no només no hi va haver cap incident d'oposició, sinó que el titular de les dades va autoritzar les actuacions (una entitat bancària espanyola que tenia part de les seves dades a Andorra, i, per tant, fora de l'abast dels seus supervisors bancaris nacionals i de la resta d'autoritats competents).

- De manera subsidiària posa en relleu que el comportament de la batlle en l'execució d'aquesta CRI s'ha posat en entredit quasi 8 anys després de la CRI.

- Per aquests motius, desestima el recurs d'apel·lació interposat pel recurrent i confirma la resolució del Tribunal de Corts.

3. Fonaments jurídics del Tribunal Constitucional

3.1. Son molt nombroses les dades factuais i les dates temporals que es contenen en l'escrit de querella i que es reproduïxen en el "*Resultant III*" de l'aute del Tribunal de Corts del 25 d'abril del 2023 i en el "*Resultant II*" de l'aute de la Sala Penal del Tribunal Superior de Justícia del 29 de juny del 2023. Encara que el recurs d'empara s'adreça contra aquesta darrera decisió que va resoldre, desestimant-lo, el recurs d'apel·lació interposat contra la primera de les resolucions esmentades, és obvi que, per pronunciar-se sobre aquest recurs caldrà considerar les dues resolucions, ja que en ser confirmada la primera, d'alguna manera s'integra en el contingut de la segona. Això no obstant, convé determinar, amb la necessària precisió, quin és l'objecte propi del recurs i quins són els drets fonamentals hipotèticament vulnerats. Com hem dit, el recurs s'interposa contra l'aute de la Sala Penal del Tribunal Superior de Justícia que confirma l'aute del Tribunal de Corts que va decidir no admetre a tràmit la querella formulada pel recurrent contra una magistrada per un presumpte delictes de prevaricació judicial. Finalment, és procedent especificar que el dret fonamental suposadament vulnerat és el dret a la jurisdicció, reconegut a l'article 10 de la Constitució i a l'article 6 del Conveni per a la salvaguarda dels drets humans i de les llibertats fonamentals. No obstant això, ja des d'un primer moment s'ha de destacar que no tots els vessants del dret a la jurisdicció al·legats per la part recurrent tenen el seu lloc en aquest recurs. El té el dret a la jurisdicció en el seu vessant primigeni d'accés a la jurisdicció, en el del dret a un procés degut i en el del dret a obtenir una decisió fonamentada en Dret. No encaixa, en canvi, en aquest supòsit l'al·legada vulneració del dret a la defensa (i del dret a l'assistència tècnica d'un lletrat) ja que el recurrent ha disposat en tot cas d'advocat i perquè tant del text de l'article 10.2 de la Constitució, com de l'article 6 del Conveni esmentat (article 6.3 c) el dret a la defensa es predica fonamentalment de l'acusat. Finalment, la seguretat jurídica constitueix un principi que només podrà ser objecte de recurs d'empara quan s'integri en algun dels drets fonamentals reconeguts a la Constitució.

3.2. El recurrent en la seva demanda d'empara (apartat 7 dels "*Fets i fonaments de dret*") manifesta tenir consciència -"*malgrat el risc de que (...) ens rememori*"- que aquest Tribunal Constitucional no és una tercera instància, ni un tribunal de cassació, ni un tribunal suprem. Per tant no procedirà

pronunciar-se sobre si els fets son, o no son, constitutius de delictes i si la querella havia de ser admesa, o no, sinó que només caldrà examinar si la inadmissió de la querella, decidida pel Tribunal de Corts i confirmada per la Sala Penal, ha infringit els seus drets fonamentals a la jurisdicció, al seu accés a la justícia i a un procés degut i si la decisió definitivament adoptada està degudament fonamentada en Dret.

3.3. Pel que fa al dret a la jurisdicció, al dret a accedir a ella i a que es desplegui en un procés degut, aquest Tribunal ja va manifestar en la sentència del 19 de maig del 2020 (causa 2019-88-RE) que en un sistema per a una protecció efectiva dels drets dels ciutadans, el dret d'accés a la jurisdicció constitueix un element i un nucli essencial, ja que és la porta per obtenir una decisió fonamentada en Dret, en un procés degut i substanciat per un tribunal imparcial predeterminat pel la llei. L'accés a la jurisdicció és un dret fonamental que s'exercita de la forma que la legislació ordinària, singularment la de naturalesa processal, configura de manera que s'acomodi a les exigències de l'estructura orgànica i processal d'un ordenament determinat, per fer-lo efectiu dins d'uns paràmetres de raonabilitat i de proporcionalitat, però sempre respectant l'essència del seu contingut. Entre elles s'ha de subjectar a un seguit de pressupòsits, requisits i condicions als quals necessàriament s'ha d'adaptar l'exercici de l'acció per part d'aquell que consideri que els seus drets han estat vulnerats.

3.4. En el pla genèric, l'article 17 del Codi de procediment penal estableix que el batlle (instructor) inicia immediatament la instrucció del sumari "*admesa la denúncia o la querella*". I, l'article 39.3 del mateix text legal disposa que "*presentada la querella, el batlle l'admet o la rebutja segons que els fets puguin ser o no constitutius de delictes*". És a dir, que l'òrgan judicial instructor ha d'adoptar una decisió *in limine litis* sobre si els fets relatats a la denúncia o querella poden ser o no ser constitutius de delictes. En el llenguatge forense se sol dir que ha de valorar si els fets denunciats, de ser certs, serien constitutius d'infracció penal. Aquesta valoració implica un discerniment dels fets denunciats, posats en contacte amb aquells que l'instructor coneix per resultar de la mateixa denúncia o querella o per formar part d'aquells fets notoris o d'altres fets processals o de coneixement personal que la llei li permet utilitzar perquè no afecten la seva imparcialitat i sempre que la seva decisió estigui convenientment motivada. D'altra banda, des de la perspectiva del dret material, l'article 400 del Codi penal incrimina "*el batlle o magistrat que, sabent-ho, dicti una resolució injusta*" i el 401 incrimina "*el batlle o el magistrat que per imprudència greu o ignorància inexcusable dicti sentència o resolució manifestament injusta*". Així les coses, en el cas objecte d'aquesta causa, l'instructor ha de valorar de forma ben raonada si el batlle o el magistrat ha dictat una sentència o resolució injusta o manifestament injusta, sabent-ho o per imprudència greu o ignorància inexcusable. Això i només això constitueix l'objecte d'aquesta causa.

3.5. Pel que fa al dret a obtenir una resolució fonamentada jurídicament, la jurisprudència i la doctrina han anat perfilant el concepte de "*decisió fonamentada en Dret*". Aquest Tribunal ho ha fet en dos autes del 17 d'abril del 2023 (causa 2023-10-RE i causa 2023-14-RE). I, el Tribunal Europeu dels Drets Humans en la sentència del 21 de gener de 1999 (*García Ruiz c/ Espanya*). En primer terme, cal que la resolució estigui degudament motivada i no pot ser considerada així aquella que es limita a una mera emissió de la declaració de voluntat decisòria. La decisió ha d'anar precedida per l'argumentació que la fonamenti. No cal que s'estengui amb detall a tots els arguments exposats per les parts, ni que sigui exhaustiva o extensa. Pot efectuar-se també per remissió a una altra en la qual hi hagi la motivació que el jutgador assumeix com a pròpia. La raó profunda de l'argumentació és no causar indefensió. Si la resolució recorreguda no es troba degudament fonamentada, la protecció jurisdiccional no és efectiva. Des d'una altra perspectiva, el dret a la jurisdicció no implica l'encert de la resolució i, per tant, llevat de casos extraordinaris, el Tribunal Constitucional no pot intervenir quant al contingut jurídic de la fonamentació, perquè la selecció, la determinació, la interpretació i l'aplicació de la legislació, en principi correspon als òrgans de la jurisdicció ordinària, llevat dels

casos que ha assenyalat aquest mateix Tribunal. I el raonament en cap cas pot arribar a unes conclusions que resultin il·lògiques, irraonables, arbitràries o absurdes.

3.6. L'aute impugnat de la Sala Penal es recolza molt en l'aute del Tribunal de Corts. En el resultat segon de la primera resolució esmentada es transcriu literalment el resultat tercer del segon dels autes i en ells es refereixen els fets, ordenats cronològicament, que els dos tribunals han valorat per la seva decisió definitiva. I en la fonamentació jurídica hi ha una clara simetria entre les dues resolucions. És cert que el recurs d'empara dedica preferent atenció a comentar i a intentar desvirtuar el contingut de l'aute de la Sala Penal, però en aquesta seu del recurs d'empara cal examinar la integritat de la fonamentació jurídica de la decisió, i, per tant, també la de l'aute del Tribunal de Corts plenament confirmat segons es manifesta en el "*Considerant VI*" de l'aute de la Sala Penal. El Tribunal de Corts en el "*Considerant cinquè*" del seu aute, després d'efectuar un exhaustiu relat cronològic dels fets bàsics, arriba a la següent conclusió: "*I tampoc hi ha cap indicati raonable que permeti la més mínima sospita d'una execució irregular de la CRI lliurada per la "Fiscalia Especial Contra la Corrupción y la Criminalidad Organizada" per part de la batlle instructora titular de la Secció d'Instrucció especialitzada*". Conclusió que troba el seu suport en la relació de fets anteriorment exposada i que, en cap cas, pot ser titllada d'il·lògica, d'irracional, d'arbitrària o d'absurda. D'altra banda, l'aute de la Sala Penal posa l'èmfasi -considerant primer- en la consciència del jutge, en el sentit etimològic de la paraula *cum scire* que implica un saber compartit que exclou tota idea d'arbitrarietat. I conclou -considerant cinquè- en el fet que "*No existeixen (...) indicis suficients per estimar que la Batlle instructora (...) hagués avalat voluntàriament i de forma arbitrària una CRI irregular*".

3.7. Finalment, és oportú remarcar que ja l'aute d'aquest Tribunal Constitucional del 7 de setembre del 2020 (causa 2020-52-RE) va inadmetre a tràmit un recurs d'empara que d'alguna manera es projectava sobre la mateixa temàtica que aquest que ara ens ocupa. I aquella resolució es produïa després que les sentències del 9 de setembre del 2019 (causa 2019-34-RE) i del 19 de maig del 2020 (causa 2019-77-RE) haguessin estimat, totalment o de forma parcial, sengles recursos d'empara sobre aquesta mateixa qüestió. És en aquest marc que s'ha de considerar l'al·legació continguda en l'apartat 15 dels fets i fonaments de dret del recurs d'empara. En efecte, mentre l'acció penal no hagi prescrit, les persones legitimades la poden utilitzar. Però també és cert que les circumstàncies processals i temporals del cas poden constituir un element indicatiu de la realitat i de l'efectivitat del delictes objecte de denúncia o de querrela. I això és allò que succeeix en aquest cas. Per consegüent, i també per aquesta raó, és procedent inadmetre a tràmit el recurs d'empara per falta manifesta de contingut constitucional.

Per tot això que s'ha exposat,

El Tribunal Constitucional del Principat d'Andorra,

Decideix:

1. No admetre a tràmit el recurs d'empara 2023-56-RE interposat per la representació processal del Sr. Higinio Cierco Noguer contra l'aute del 29 de juny del 2023, dictat per la Sala Penal del Tribunal Superior de Justícia.

2. Notificar aquest aute a la representació processal del recurrent, a la presidenta del Tribunal de Corts, al president del Tribunal Superior de Justícia 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, l'11 d'octubre del 2023.

Jean-Yves Caillet
President

Joan Manel Abril Campoy
Vicepresident

Dominique Rousseau
Magistrat

Josep-D. Guàrdia Canela
Magistrat