

Lawfare contra el fiscal general del Estado

Perfecto Andrés Ibáñez

magistrado emérito del Tribunal Supremo

1. Preliminar

Con fecha 9 de diciembre de este año, un tribunal integrado por siete magistrados de la Sala Segunda (penal) del Tribunal Supremo ha condenado al fiscal general del Estado (FGE) como autor de un delito de revelación de datos reservados, del art. 417,1º del Código Penal.

La competencia de esta instancia ha estado determinada porque el imputado, por razón del cargo, gozaba de un fuero especial. Por eso, la imputación y el inicio de la causa correspondió a un tribunal de cinco magistrados; la instrucción a un magistrado, de cuyas resoluciones cabía recurrir ante un tribunal de apelación, compuesto por tres magistrados diferentes, todos de la misma Sala Segunda del Tribunal Supremo. Al fin, con una particularidad: la sala de enjuiciamiento estuvo formada por los mismos cinco magistrados que decidieron sobre la imputación más otros dos que no habían tenido ninguna intervención en las precedentes vicisitudes procesales.

2. Antecedentes

El origen remoto de las actuaciones data de 2022, y se concreta en una actuación de la autoridad fiscal dirigida contra Alberto González Amador (AGA) por la posible defraudación en el pago del impuesto de sociedades de una entidad mercantil de su propiedad. Se da la circunstancia de que AGA es el compañero sentimental de la actual presidenta de la Comunidad Autónoma de Madrid, Isabel Díaz Ayuso, del Partido Popular.

El día 2 de febrero de 2024, AGA, sin duda, por considerar que, al estar bien acreditada su infracción fiscal constitutiva de delito, carecía de defensa, para eludir una posible pena de prisión, a través de su abogado, se dirigió al ministerio público con una propuesta de conformidad (“*patteggiamento*”) remitida a la dirección de correo electrónico de la fiscalía. La propuesta implicaba el reconocimiento de la autoría de dos delitos y la asunción de las responsabilidades económicas correspondientes como forma de eludir la pena privativa de libertad. Los mensajes recibidos en esa dirección de correo electrónico eran accesibles a una pluralidad relativamente indeterminada de personas. El 12 de febrero el fiscal encargado del caso respondió, por la misma vía, al abogado de AGA diciéndole que “tomaba nota de la voluntad de su cliente de reconocer los hechos”.

En los días 12 y 13 de marzo, siempre de 2024, tres medios informativos se hicieron eco del caso. El día 12 de marzo la presidenta de la Comunidad de Madrid publicó un tuit contra la fiscal-jefe de la Fiscalía Provincial de Madrid, informando de que esta había sido directora general en un anterior gobierno socialista. Y el día 13, en rueda de prensa, la presidenta se presentó públicamente como víctima de una operación de desestabilización política promovida por el actual gobierno socialista. En la tarde de ese mismo día, el jefe de gabinete de la presidenta comunicó a varios medios el mensaje del fiscal del caso, de 12 de febrero, si bien —esto es importante— falseando su contenido en el sentido de atribuir la iniciativa del pacto al ministerio público y una supuesta retirada del mismo por orden del Gobierno, ocultando así la existencia del mensaje inicial del abogado de AGA con la propuesta de conformidad. Esto dio

lugar a que, al día siguiente, un diario publicase la falsa noticia de que el fiscal, por propia iniciativa, había ofrecido un pacto al compañero sentimental de la presidenta.

En vista de la difusión de esta falsedad —la atribución de la iniciativa de la propuesta de pacto al fiscal y su retirada por orden de gobierno— el FGE recabó toda la información sobre el caso y promovió la publicación de una nota oficial (difundida el día 14), explicando lo realmente sucedido, a fin de defender la corrección del modo de operar del ministerio público.

La publicación de la nota informativa dio lugar a que AGA promoviera una querrela criminal contra el FGE y la fiscal-jefe de Madrid, por el delito de revelación de secretos. A esta iniciativa de persecución se sumaron el Colegio de Abogados de Madrid, varias organizaciones de extrema derecha, y una asociación de fiscales, en uso de la acción popular. La asociación de fiscales extendió la acusación también a otros delitos.

Con fecha 15 de octubre de 2024 el tribunal de cinco magistrados al que se ha aludido al principio decidió imputar al FGE y a la fiscal-jefe de Madrid, si bien, no por la publicación de la nota informativa, debido a que lo esencial de su contenido ya había sido ampliamente difundido, sino como posibles responsables de la filtración subrepticia a la prensa de los datos relativos a la situación procesal de AGA, cubiertos por el secreto de las actuaciones. Difusión que, se afirmaba escuetamente, podía perjudicar el derecho a la presunción de inocencia y el derecho de defensa de AGA. A consecuencia de la imputación, se designaba a un magistrado de la propia Sala Segunda del Tribunal Supremo, como encargado de la instrucción de la causa.

3. La actuación del instructor

Obviamente, aquí no cabe entrar en un análisis pormenorizado de las vicisitudes de la instrucción, pero sí hay que dejar constancia de alguna de las producidas y, en general, del modo de actuar del juez instructor.

Este, puesto que, se trataba de determinar si, en particular, alguno de los imputados había trasladado ilegítimamente a algún medio de comunicación los datos relativos a la situación procesal de AGA, centró la investigación en el control de sus comunicaciones. Para ello, aparte del examen de los celulares, dispuso —una medida ciertamente insólita— el registro de sus despachos oficiales. De este modo, ambas dependencias fueron allanadas por los agentes de la Guardia Civil, que clonaron indiscriminadamente el contenido de los ordenadores; y examinaron también los celulares de los imputados.

Esta actuación fue acordada —es relevante— en una resolución estereotipada. En ella afirmaba que, por razón de la gravedad de la intervención, era necesario hacer un juicio acerca de la proporcionalidad que, sin embargo y sorprendentemente, no llegó a realizarse. Seguramente por lo injustificable de la decisión.

En el caso del FGE se dio la circunstancia de que, en un momento próximo a esta actuación —como explicó—, había borrado del celular el registro de sus comunicaciones. Algo que, dijo, hacía periódicamente por razones de seguridad.

El modo de operar del instructor se distinguió por su unilateralidad, pues hizo suya en exclusiva la hipótesis de los querellantes, realizando toda la actividad investigadora reclamada por ellos, mientras se negó a practicar las solicitadas por la defensa. En particular, se negó a oír en declaración a AGA e incluso a seis periodistas que dijeron ser conocedores por otras fuentes de la información supuestamente revelada por los imputados. Fuentes que el secreto profesional

les impedía revelar. (Creo interesante señalar que el tribunal de apelación de las resoluciones del instructor confirmó la decisión de este de no escuchar a los periodistas, descalificándolos como testigos, por su supuesta afinidad ideológica con los imputados). El instructor, llegó incluso a reprochar al imputado su falta de colaboración en la aportación de prueba... de cargo (!).

Finalmente, el instructor, el 9 de junio de este año dio por concluido su trabajo. La resolución emitida al respecto fue recurrida por los imputados, en solicitud del sobreseimiento de la causa, ante el tribunal de apelación, que la confirmó en parte, pues dejó sin efecto la imputación de la fiscal-jefe de Madrid. Uno de los magistrados formuló un muy consistente voto particular, analizando minuciosamente las aportaciones de la instrucción, Y reclamando el sobreseimiento del FGE.

4. El juicio oral

Como he anticipado, se celebró ante un tribunal integrado por los cinco componentes del tribunal que había acordado la imputación, más dos nuevos magistrados.

En él se recibió declaración a todas las personas del ministerio público relacionadas de algún modo con las actuaciones que siguieron a la propuesta de conformidad del abogado de AGA y a las relacionadas de alguna forma con la redacción de la nota informativa. Se oyó también a AGA y al jefe de gabinete de la presidenta de la Comunidad de Madrid. Este admitió que lo afirmado en su mensaje del día 13 de marzo, en el sentido de que la propuesta de conformidad había partido del fiscal y sobre su retirada por orden del Gobierno, no tenía otro fundamento que su intuición basada en la experiencia. Literalmente: era una falta a la verdad claramente interesada.

Asimismo, declararon periodistas de distintos medios. Seis de estos coincidieron en afirmar que habían recibido la información difundida a través de sus medios horas e incluso, en algún caso, días antes de la difusión de la nota informativa del ministerio público, y que en ningún caso la fuente había sido el FGE. Todos coincidieron asimismo en explicar que, obligados por el deber de secreto profesional, no podían revelar la identidad de su comunicante.

Es de señalar que en el celular del FGE había constancia de la llamada de uno de los informadores, en horas de la tarde del día anterior a la difusión de la nota informativa. Llamada, de cuatro segundos de duración, que aquel dijo no haber atendido.

El FGE fue el último en declarar y lo hizo en los mismos términos que ante el instructor, asumiendo la responsabilidad de la redacción y emisión de la nota informativa, y negando taxativamente haber tenido nada que ver con la filtración.

5. La sentencia

El tribunal adelantó a los medios de información el fallo condenatorio por el delito de que se ha dejado constancia al inicio. El texto completo de la resolución se demoró diecinueve días. Dos de los integrantes del tribunal suscribieron un voto particular favorable a la absolución.

El tribunal considera acreditado —con patente imprecisión— que la filtración de los datos relativos a la situación procesal de AGA fue realizada por el FGE del Estado o por alguien de su entorno con su consentimiento.

Esta conclusión busca apoyo en la existencia de la llamada del periodista a la que se ha hecho alusión, como sugestiva de una relación entre ambos y en la supuesta existencia de un impreciso contacto posterior, para transmitirle la información luego divulgada. Contacto del que, hay que insistir, no existe dato alguno. También se funda en el hecho de que el FGE hubiera borrado la información existente en su celular; y en la circunstancia de que, al tener conocimiento de la filtración, no hubiese desarrollado ninguna investigación dirigida a identificar al responsable. Se ha valorado asimismo como dato incriminatorio la urgencia con la que el FGE trató de recabar información una vez conocidas las falsedades publicadas por el jefe de gabinete de la presidenta de la Comunidad Autónoma de Madrid.

Asimismo, hay que poner de relieve que el tribunal ha considerado que las manifestaciones exculpativas del FGE e igualmente las de los periodistas presentarían algún déficit de fiabilidad. En ambos casos —se dice— porque sus actitudes en el juicio, aun siendo legítimas, limitaron el juego del principio de contradicción. Las del primero al negarse a responder a las preguntas de algunas de las acusaciones, las de los segundos por la ocultación de las fuentes.

La sentencia a examen ha sido muy cuestionada y es ciertamente muy cuestionable. Lo acredita el muy riguroso voto particular discrepante de la sentencia suscrito por dos magistradas al que se ha hecho alusión, que, en un análisis pormenorizado del material probatorio, pone claramente de manifiesto la extrema insuficiencia, más bien, auténtica inexistencia de prueba de cargo.

De otra parte, ocurre que la nota informativa promovida por el FGE fue incluso de obligatoria emisión, para desmentir la falsa grave imputación a la Fiscalía y al Gobierno de una conducta que, de haberse producido, merecía la consideración de delictiva. Sin contar con que, en el momento de su difusión, los datos relativos a la situación procesal de AGA (como posible autor de dos delitos de defraudación en el impuesto de sociedades) eran ya de amplio conocimiento público. Incluso porque él mismo había consentido su difusión, al transmitírselos al jefe de gabinete de la presidenta de la Comunidad de Madrid y a un periodista.

Por lo que se refiere a la filtración, hay constancia cierta de que los datos objeto de la misma habían sido accesibles desde el principio a un numeroso grupo de personas, dentro del área del ministerio público. Además, el correo electrónico del abogado de AGA con la propuesta de confinamiento, de 2 de febrero de 2024, evocado al principio, había sido remitido también a la Abogacía del Estado.

En cuanto a la llamada del periodista al FGE tomada en consideración por el tribunal a efectos inculpativos, como se ha dicho, hay constancia de que su duración fue de exactamente cuatro segundos. El tiempo imprescindible para hacer saber de forma automática al comunicante que su llamada no sería atendida, como en efecto no lo fue. El tribunal ha inferido de aquí que debió existir otro contacto posterior, pero se trata de una conclusión contra reo absolutamente gratuita, pues no hay ningún dato probatorio al respecto. Por otra parte, el mismo periodista ha explicado que el propósito de esa llamada frustrada había sido el de tratar de contrastar la información sobre la situación procesal de AGA que le había llegado, algo perfectamente plausible, puesto que, como consta, estaba ya circulando ampliamente.

De otra parte, hay que considerar las manifestaciones concordes de los profesionales de la información, pertenecientes a distintos medios y de cuya profesionalidad y seriedad no tiene por qué dudarse; prestadas, además, bajo juramento ante el tribunal. Además, del hecho plenamente legítimo de que estos se hubieran amparado en el secreto de las fuentes como, en

el caso del FGE en su derecho al *nemo tenetur*, ambos constitucionalmente garantizados, no puede seguirse ningún efecto de transcendencia incriminatoria.

Lo mismo puede decirse del borrado de la información relativa a sus comunicaciones telefónicas por parte del FGE, en uso de su derecho a mantenerlas en secreto, del que no cabe extraer ninguna consecuencia negativa, salvo que se introduzca de forma *contra reo* (como ha hecho el tribunal), la premisa de que si lo hizo fue porque tenía algo ilegal que ocultar. Poniéndole así ante la necesidad de ofrecer la prueba imposible de un hecho negativo, desconociendo que, desde el *Digesto*, *negativa non sunt probanda*.

A tenor de lo expuesto, es claro que la hipótesis acusatoria acogida por el tribunal tiene un sustrato probatorio ciertamente deficiente, inexistente, más bien. En efecto, porque no consta dato alguno inequívoco que permita poner la filtración a cargo del FGE, y porque el contenido de esta había sido accesible a una pluralidad abierta de personas, lo que tiene confirmación en lo declarado por los periodistas. De la actitud del tribunal sentenciador puede decirse lo mismo que de la del instructor: ha operado con una sola hipótesis, la de las acusaciones, tratando de confirmarla.

Además, y, en fin, hay un dato sumamente revelador que resulta de la comparación, en términos de calidad de los valores subyacentes, en las conductas de los implicados. En efecto, pues lo que acredita la bien comprobada de AGA, del jefe de gabinete de la presidenta de la Comunidad de Madrid y de esta misma, es el propósito de ocultación de la condición de infractor fiscal y del estatuto procesal del primero, abocado a una segura condena penal. Mientras que la actuación del FGE fue la obligada de tratar de restablecer la verdad acerca de la actuación de la Fiscalía, vilipendiada interesadamente por aquellos. Por eso la imposibilidad de ver en ella el menor atisbo de antijuridicidad material. Algo lamentablemente ignorado por el tribunal autor de su condena.

Existe una última cuestión, ya apuntada, muy digna de consideración, que hace ciertamente cuestionable la legitimidad del juzgador en este caso. Es que, como se ha dicho, el tribunal ha estado mayoritariamente integrado por los componentes del mismo que decidió la imputación. Una circunstancia que obliga a dudar de su imparcialidad objetiva. Pues sucede que, como escribiera Francesco Carnelutti cargado de razón: “No se puede abrir el proceso contra alguien sin una cierta dosis de convicción de su culpabilidad”.

Concurre, además, otro dato, este de derecho, ciertamente relevante. Es que la condena se ha producido por el delito previsto en el art. 417,1 del Código Penal, un precepto situado dentro del título “De los delitos contra la Administración Pública”, de la que el Ministerio Fiscal, órgano de relevancia constitucional, no forma parte.

Por otra parte, y en fin, hay que tener en cuenta que el FGE ha sido juzgado por el Tribunal Supremo en juicio de una única instancia, lo que impide que la sentencia condenatoria pueda ser revisada por otro tribunal dentro de la jurisdicción ordinaria.