



Juzgado de Instrucción Nº 1 (Antiguo mixto Nº 5)
Plaza del Adelantado s/n
San Cristóbal de La Laguna
Teléfono: 922 92 43 27/28
Fax.: 922 92 43 86

Sección: DAV
Procedimiento: Diligencias previas
Nº Procedimiento: 0000910/2010
No principal: Reconstrucción de Autos (regulado
en el art. 232 y ss de la LEC) - 23

NIG: 3802332220100005539

AUTO

En San Cristóbal de La Laguna, a 6 de Marzo de 2015.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Que con fecha 25 de Noviembre de 2014 se dictó diligencia de constancia por parte de S.S^a Sra. Secretaria haciendo expresión de que *“tras haber finalizado la labor de foliado y escaneado de las actuaciones, se ha detectado que, por causas absolutamente desconocidas e inexplicables, no obra unido el AUTO DE FECHA 21 DE ABRIL DE 2010, en que se acuerda la intervención telefónica de determinados imputados, así como el oficio solicitando dicha intervención, siendo que la desaparición de dichos documentos tuvo lugar en fecha anterior al foliado de las mismas dado que no existe descuadre alguno en la numeración.*

Se hace constar igualmente que, pese a no obrar físicamente en las actuaciones, sí aparece perfectamente reflejado en el sistema procesal Atlante, siendo la fecha del Auto el 21 de abril de 2010.”

Que por providencia de esa misma fecha y en virtud de lo expresado en el artículo 232 de la LEC, se ordenó la apertura de la pieza incidental de reconstrucción de autos, convocándose a las partes personadas, a los efectos del artículo 235 de la LEC, a una comparecencia ante la S.S^a Sra. Secretaria Judicial el día 17 de Diciembre de 2014.

SEGUNDO- Llegado el día y hora señalado, comparecieron el Ministerio Fiscal, el Sr. Letrado de la Seguridad Social y las siguientes partes: José Santiago Martínez Martínez, letrado de Evaristo González Reyes, María Yolanda Gueara Suarez, Tomás Lorenzo García Mirando, Pedro Carlos Machín Quintero, Cosme Quintero Díaz, Fabián Echeverry Rojas, Eudes Emiliano Leandro Silva y José Vicente Simón Medero; Fernando Martín Fanes, letrado de Juan Carlos Martín Delgado; Alejandra Sanjuan González, letrado de Israel Barreto Mendez; Pedro Vicente Padilla García, letrado de Hercilio José Padrón García; Vanesa Martín Miranda, letrada Juan Carlos Alonso Molina; María Candelaria González Salazar, letrada de Mercedes Noda Gil; Francisco Tray Bousoño, letrado de Margarita Padrón Martín; Jorge Juan González Sanginés, letrado de María Lourdes González Jerez; Cesar Gabriel Calleja Sánchez Taiz en sustitución de Manuel Freddy Santos Padrón, letrado de Bruno Manuel Febles Clemente; Ernesto Julio Padrón Herrera, letrado de Blas Henríquez Sánchez; Ceferino José Francisco Marrero Fariña, letrado de Juan José Díaz Sánchez; Carlos Alvarez Díaz, letrado de Francisco Celestino José Barreto Rodríguez; Rosa María Ramos Cruz, letrada de Juan Pedro Lutzardo Barrera; Víctor Manuel Díaz Domínguez, letrado de Blanca Delfa Pérez Delgado; Esteban Sola Reche, letrado de Fernando Clavijo Battle; Julio Febles Febles, letrado de Ricardo González Martín; Jorge Manuel García Prieto letrado de María Cristina Afonso Santana; Juan Munguía Torres, letrado Jose Antonio Santana Rodríguez; David González Alvarez, letrado de Alberto Isidro Santana Domínguez y Evaristo González Reyes, letrado de Daniel González González.





En dicha comparecencia se presentó por parte del Ministerio Fiscal una copia de la resolución de fecha 21 de Abril de 2010 objeto de reconstrucción, notificada al Ministerio Público en virtud de diligencia de dicha naturaleza de fecha 28 de Mayo de 2010, obrante al folio 697 de las presentes diligencias previas. Instada por la S. S^a. Sra. Secretaria el acuerdo o conformidad sobre la reconstrucción en base los documentos presentados por el Ministerio Fiscal, se opusieron la totalidad de las partes personadas a excepción del Sr. Letrado de la Seguridad Social, cerrándose la misma sin acuerdo o conformidad sobre la reconstrucción y señalándose para la celebración de la vista ese mismo día 17 de Diciembre de 2014.

La vista señalada se celebró con la presencia de todas las partes personadas en la comparecencia previa, de manera que tras apreciarse la falta de conformidad entre las partes sobre la reconstrucción, por el Ministerio Fiscal se instó la práctica de las pruebas documental presentada en el acto y emisión de oficios para que por la UDEF y las compañías telefónicas se aportaran al Juzgado, en caso de constar, los oficios de solicitud de intervención telefónica y de autorización de las mismas respectivamente, adhiriéndose a la misma el letrado de la Seguridad Social. Por la defensa de Evaristo González Reyes se propuso la pericial, adhiriéndose a la misma el resto de partes personadas a excepción de la representación procesal de Fernando Clavijo Batlle.

Practicada la prueba propuesta y admitida en el acto y tras recibir el resto de prueba documental cuya práctica se admitió, se dio traslado a las partes para presentación de sus conclusiones, quedando el incidente visto para resolver en virtud de diligencia de ordenación de fecha 6 de Marzo de 2015.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El artículo 235 LEC establece que se resolverá por medio de auto cuando en la reconstrucción de autos hubiera disconformidad total o parcial.

En relación a esta pieza incidental dos son las cuestiones que han de ventilarse con carácter principal y en la que existe contradicción entre las partes personadas. La primera de ellas es la propia legalidad del procedimiento utilizado para intentar reconstruir los autos extraviados. Y es que por la totalidad de las partes personadas -a excepción de la defensa del Sr. Clavijo Batlle y el propio Ministerio Fiscal- se alega la imposibilidad de utilizar el instrumento de reconstrucción de autos previsto en la LEC, aplicable supletoriamente a la LECRIM por mor del artículo 4 de aquél texto legal, dado que no esta previsto para estos casos y sostener que el auto nunca existió.

El procedimiento de reconstrucción de autos está íntimamente ligado al principio de tutela judicial efectiva y como tal se puede definir como aquel instrumento procesal que, ante la pérdida por causa imputable o no al Juzgado o Tribunal de la totalidad o parte de los autos, las partes, fundándose en los principios de buena fe, probidad y colaboración con la administración de justicia, deban aportar todos y cada uno de los elementos que lo constituirían. Efectivamente, dicho procedimiento no tiene carácter contencioso en el sentido de confrontación de partes, sino el espíritu y finalidad del mismo no es otro que construir un escenario real donde se ha de producir el litigio de las partes y desarrollarse la contradicción utilizando los medios de ataque y defensa previstos en la ley para, ante la desaparición o mutilación de cualquier contenido material de los autos, determinar si con las garantías legales se puede solventar, restaurar o reproducir el contenido material que originalmente formaban las actuaciones.

Las partes que se oponen a la utilización del mecanismo o instrumento de reconstrucción de autos recurren de una manera sistemática a la alegación de imposibilidad de utilización de dicha herramienta procesal dado que no se puede conseguir, reconstruir u obtener su original y ninguna resolución que se incorpore a la misma sería válida porque no tendría la firma del Juez. Vaya por adelantado que hay que darles la razón en que el





resultado de la reconstrucción de autos –especialmente en este caso- difícilmente puede llegar a obtener una resolución original (o un documento o informe policial, etc....) porque como bien conocen y es pura lógica la palabra o concepto “original” excluye, en el caso de resoluciones judiciales, la existencia de una dualidad o pluralidad de ellas. Solo hay una firmada por el Juez, y el resto serán copias o testimonios, y esa exclusiva y única resolución firmada por el Juez o Magistrado y el Secretario es la que constituye “la original” que se incorpora a autos y como toda cosa material puede dar lugar a que la misma, por mil y una vicisitudes, se extravía o se pierda, se destruya -voluntaria e involuntariamente-, se sustraiga o se mutile.

Así, se puede proceder a la reconstrucción de autos aspirando a obtener su original cuando, en virtud de cualquier evento se encuentra o se produce el hallazgo de la resolución original y la misma no obra en su momento en las actuaciones, de manera que en todos los demás casos la reconstrucción de autos aspirará a dar por válidas aquellas actuaciones (léase oficios resoluciones, informes, documentos, etc..) que, previa prueba practicada y apreciada en conciencia y conforme a la sana crítica, se logre la convicción del Juez o Tribunal que eran las idénticas en su contenido a las originariamente se encontraban conformando materialmente los autos y que, se insiste, han desaparecido en un momento posterior por las causas citadas.

Así las cosas, de una manera vehemente se defiende la imposibilidad y por ende la ilegalidad de la utilización de la herramienta procesal que constituye la reconstrucción de autos las DP 910/2010 dado que no esta en los supuestos previstos por el legislador para utilizarse la misma.

Alegan que la reconstrucción de autos es una mecanismo previsto en la ley para efectivamente recuperar o rehacer los autos mutilados a causa de eventos extraordinarios o fuerza mayor, en concreto citan las partes supuestos de conflicto bélico, inundación, tempestad u otra causa de fuerza mayor, pero en ningún caso habilita la pérdida o sustracción de una parte o el todo de los autos materiales.

Y a tal fin por la defensa de Evaristo González Reyes (a la cual se adhieren la totalidad de las partes a excepción de la defensa de Fernando Clavijo Battle) se propone y como tal se admite, previo informe favorable del Ministerio Fiscal, la prueba pericial de D. Vicente Gimeno Sendra. La presencia del Sr. Gimeno Sendra y su intervención en la vista se articuló bajo la cualidad procesal de una pericial, es decir, como perito para deponer o ilustrar sobre la procedencia o improcedencia de utilizar el instituto procesal de la reconstrucción de autos en el caso concreto donde por S.S^a. Sr. Secretaria Judicial en diligencia de constancia de fecha 25 de Noviembre de 2014 se hizo constar que “.....tras haber finalizado la labor de foliado y escaneado de las actuaciones, se ha detectado que, por causas absolutamente desconocidas e inexplicables, no obra unido el AUTO DE FECHA 21 DE ABRIL DE 2010.....”.

Así las cosas no hay que ocultar la extrañeza que causa la pericial cuya práctica se insta con el objeto, en vista oral y fase probatoria en el ámbito de un incidente o proceso judicial, de ilustrar al Juez o Tribunal -además de a las partes- sobre una determinada interpretación de una norma jurídica y no para alguno de los objetos o fines de los previstos en el artículo 335 LEC o 456 LECRIM. En la primera se refiere a la necesidad de tener “conocimientos científicos, artísticos, técnicos o prácticos para valorar hechos o circunstancias relevantes en el asunto o adquirir certeza sobre ellos” mientras que la ley procesal penal regula la figura del perito y su procedencia de práctica de prueba cuando “para conocer o apreciar algún hecho o circunstancia importante en el sumario, fuesen necesarios o convenientes conocimientos científicos o artísticos.”, y es evidente que la interpretación de normas jurídicas de derecho imperativo en todo caso y de derecho dispositivo en caso de discrepancia, le compete exclusivamente a los Juzgados y Tribunales en sus sucesivas instancias, de manera que sería labor de los profesionales técnicos que asisten a las partes, aportar por sí en los distintos momentos procesales





previstos en el ley rituaria la interpretación de la norma que considere aplicable al caso concreto.

No obstante, se insiste, la falta de oposición a la admisión y práctica de la declaración en calidad de perito del Sr. Gimeno Sendra, y como no junto con su solvencia jurídica acreditada y con el fin de evitar eventuales alegaciones de infracción del derecho de defensa en su vertiente del derecho a hacer uso de la totalidad de los medios de prueba, determinó su admisión y posterior práctica.

Antes de entrar a valorar los distintos medios probatorios y las conclusiones sobre la primera cuestión planteada por la casi totalidad de las partes personadas en la pieza incidental, se debe de hacer una matización respecto al valor probatorio de los conocimientos o conclusiones que han sido realizados por el perito. Y es que no hay que olvidar que se trata de una admirado procesalista de reconocido prestigio tal y como efectivamente lo presenta y propone la defensa de Evaristo González Reyes, Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad Nacional de Educación a Distancia, ilustrador de la difícil tarea de adentrar en el derecho procesal a miles de alumnos además de servir de guía en el ámbito del derecho procesal a expertos y reconocidos juristas, poseedor de una trayectoria profesional intachable y acreedor de un justo y merecido prestigio reconocido en el ámbito jurídico y uso forense.

Ahora bien, lo anterior no es óbice para que sus posiciones sobre el objeto de la pericia no puedan ser admitidas o tenidas en cuenta en la resolución de los conflictos planteados en este incidente de reconstrucción de autos. Y es que llama la atención que el objeto de la pericia y su intervención en la vista va más allá del objeto procesal por el que interviene y es traído al periodo probatorio del incidente. La pericia se debe de circunscribir a la posibilidad de utilizar la reconstrucción de autos como medio de subsanación de un auto desaparecido así como, en su caso, el resultado del mismo, es decir, si se debe dar por reconstruido el contenido material que la fedatario público dice que existía en los autos materiales y que han desaparecido por extravío o sustracción. Y va más allá porque en el dictamen elaborado así como en el acto de la vista defiende y afirma que "el presunto auto de 21 de Abril de 2010 que, a través del expediente de reconstrucción de autos, se pretende su inclusión en las Diligencias Previas, si bien desde un punto de vista material adolece del incumplimiento de no pocos requisitos (así, la determinación de la gravedad del hecho punible, la existencia de una licencia de cobertura o la intervención de números de teléfono y no destinatarios de la medida) y aunque formalmente pueda aparecer que cumple con el deber de motivación, incumple sin embargo, con la minuciosa motivación exigida constitucionalmente." Es evidente que más que un conocimiento o interpretación de la norma de lo previsto en los artículos 232 y ss. LEC (objeto de pericia) aporta una visión subjetiva, una opinión o interpretación atribuida a las partes y al Tribunal sobre el fondo de una resolución judicial que, a su juicio, no cumple los parámetros de constitucionalidad requeridos por el artículo 579.2 y la jurisprudencia que lo desarrolla. Opinión o conclusión que, por no ser sede procesal adecuada, no se puede siquiera entrar a valorar y por ese mismo motivo no debería de contenerse en el informe pericial dado que desde luego, a todas luces, trasciende del objeto o contenido de la pericia admitida en este incidente y pudieraa interpretarse, aunque no sea éste el caso, como un elemento que pudiera comprometer el juicio de imparcialidad al que debe de someterse todo perito.

SEGUNDO- El artículo 232 LEC define de una manera indirecta pero clarificadora y descriptiva los fines de la institución de la reconstrucción de autos al establecer que "Será competente para tramitar la reconstitución total o parcial de todo tipo de actuaciones judiciales el tribunal en que la desaparición o mutilación hubiere acontecido."

Por lo tanto, la propia Ley de Enjuiciamiento Civil prevé la posibilidad que los autos se mutilen o desaparezcan. Como bien pone de relieve el Sr. Perito en su informe la RAE define el verbo desaparecer como "ocultar, quitar de la vista con presteza ó dejar de existir" y siempre que se produzca una desaparición o mutilación de autos se ha de acudir a la





reconstrucción. En este punto el Sr. Gimeno Sendra viene a limitar la operatividad y legalidad del uso de la reconstrucción de autos a los casos, como se ha dicho, de periodo bélico, inundación, incendio, catástrofe o calamidad pública e incluso, en cambio o traslado de sede jurisdiccional pero llega a afirmar que no cabe para un extravío ocasional o incluso una sustracción sino se demuestra que es dentro del Juzgado. Es decir, en su tesis llega a decir, por ejemplo, que en caso de que una de las partes –cuando por ejemplo se le da traslado de los autos originales para confeccionar el escrito de acusación o de defensa– mutilara los autos o incluso se produzca una pérdida involuntaria de los mismos, no se puede acudir al artículo 232 y ss. de la LEC y por ende queda extramuros del procedimiento todos aquellos autos desaparecidos, mutilados, extraviados o sustraídos fuera de la sede del Juzgado (por ejemplo, en el despacho del profesional técnico en cuyo poder obra o sede el Ministerio Fiscal) salvo que se debiera a que la sede judicial fuera objeto de incendio o siniestro o que fuera sustraído o mutilado por las “hordas marxistas” (sic).

Afirma que la diligencia de la Sra. Secretaria transcrita no puede determinar siquiera una “semiplena probatio” y que la resolución que en definitiva se pretende reconstruir no fuera firmada por S.S^a. “porque es inexplicable es que el propio Juzgado de Instrucción sustrajera, de las DP 910/2010, el supuesto auto de 21 de Abril de 2010” y “que el mismo aparezca ahora, casi cinco años después de su fecha de expedición, tras haberse extraído del sistema informático”.

Parece partir el Sr. perito de la recreación de un escenario procesal incompleto para entrar en la reconstrucción de autos, dado que la iniciación del trámite tiene efectivamente su origen una diligencia de la S. S^a. Sra. Secretaria manifestando la existencia del auto, amparado porque existe a nivel informático –como principio de prueba- y en base al mismo, se inician los trámites del artículo 232 y ss., siendo en la comparecencia ante la Secretaria prevista en la LEC cuando el Ministerio Fiscal aportó una copia del auto que se pretende reconstruir y que le fue notificada como aparece al folio 697 del tomo II.

En su dictamen el Sr. Perito no hace alusión a este medio probatorio como elemento que ha sido ponderado en la confección de su informe escrito para llegar a las conclusiones, sino que el contenido del dictamen escrito valora única y exclusivamente, como medio para legitimar la imposibilidad de dar por reconstruido el auto, una copia obtenida del sistema informático de gestión procesal Atlante y esta ausencia de toda referencia a la copia del auto que se intenta reconstruir, aportada por el Ministerio Fiscal dado que le fue notificada tal y como consta en diligencia de fecha 28 de Mayo de 2010, deviene esencial en virtud del artículo 233 LEC - puesto que precisamente las resoluciones judiciales también son susceptibles de reconstrucción y cuyas copias son un elemento esencial susceptible de valoración probatoria que las partes pueden aportar en la pieza incidental de la que aquí tratamos.

En el completo estudio de la viabilidad del uso de la figura de reconstrucción de autos elaborada por el Sr. Gimeno Sendra se cita una serie de jurisprudencia que avala la imposibilidad de acudir a la reconstrucción de autos en el caso de que, “tras la celebración del juicio oral”, existan vicios en la reproducción del DVD que imposibiliten la revisión de la valoración de la prueba por el tribunal “ad quem”, hay que acudir “ex artículo 283.3 LOPJ a la declaración de nulidad de actuaciones con retroacción al momento de la celebración del juicio oral en la instancia”. Baste decir que estamos ante la fase de instrucción y no se cumple la premisa básica de aplicabilidad de dicha posición jurisprudencial dado que no estamos, ni de lejos, en el acto de juicio oral y ni siquiera se ha aperturado la fase intermedia del procedimiento.

Así las cosas lo que parece una tesis minoritaria parece convertirse en mayoritaria cuando la utilización de la reconstrucción de autos sucede en fase de instrucción por cualquier motivo de desaparición o mutilación de los autos (y no solo por catástrofe o calamidad pública que afecta al Juzgado, cambio de su sede o consecuencia de la actuación de las “hordas marxistas” (sic)). Y en este sentido no solo las citas





jurisprudenciales destacadas por el perito sino la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 17 de Febrero de 2011 resulta clarificadora en este punto y que dispone "CUARTO: En el caso que nos ocupa no precisa la defensa en que aspecto las posibles responsabilidades disciplinarias o penales por parte del funcionario de la Fiscalía o del Fiscal responsable de la pérdida o extravío del sumario, han afectado a su derecho de defensa.

Resulta evidente, por otra parte, como señala el Ministerio Fiscal en su escrito de impugnación, el hecho del extravío de los autos no hace desaparecer la realidad del auto judicial acordando la prisión y su mantenimiento no desaparece por el hecho de aquel extravío porque el Juzgado sigue teniendo la constancia real de la decisión adoptada y de las razones que la motivaron.

Que en el trámite de reconstrucción no fuera citada la defensa supone una infracción meramente formal dado que el recurrente debió señalar que aspecto de la reconstrucción de los hechos no se corresponde en forma fidedigna con la realidad, teniendo en cuenta que dicha reconstrucción, dado el sistema informático, programa Libra utilizado en el juzgado, se limitó a reclamar copias de los atestados policiales, reproducir las actuaciones judiciales conservadas informativamente en el propio juzgado, y reclamar copias de los informes analíticos de la droga realizados en el Laboratorio Inspección de Farmacia y Control de Drogas, y de tasación del valor de la droga por la Unidad de Droga y Crimen organizado, Comisaría General de Policía Judicial.

Consecuentemente el referido extravío y consiguiente reconstrucción de los autos no consta haya producido indefensión material ni lesión de los derechos fundamentales -al margen del proceso sin dilaciones indebidas- al recurrente."

De esta sentencia de nuestro más Alto Tribunal se puede deducir:

- Que cabe la utilización de la institución de la reconstrucción de autos cuando la causa de desaparición o mutilación de los mismos fuera un evento distinto a la catástrofe o calamidad pública, conflicto bélico o traslado de sede judicial.
- Que cabe la reconstrucción de autos aunque la pérdida de los autos fuera incluso dentro o fuera del órgano jurisdiccional.
- Que el inicio de la pieza incidental de reconstrucción de autos se legitima por el hecho que en el Juzgado aparezca a nivel informático los autos que se pretenden reconstruir.
- Que incluso el hecho legitimador que inicia la reconstrucción de autos en un simple extravío (desaparición).

No obstante en jurisprudencia menor parece existir una unánime posición sobre la admisibilidad, es más, necesidad en aras a garantizar la tutela judicial efectiva, de utilizar la figura de la reconstrucción de autos en caso de desaparición, o simple extravío, del contenido material de los autos sin necesidad que el mismo se deba a las causas cuasi tasadas por el Sr. Perito, haciendo mención que el simple extravío del contenido de los autos impone la necesidad de proceder a su reconstrucción. Como tales SAP de Barcelona 16/6/2014, SAP 27/12/2013 de Las Palmas, SAP 4/12/13 de Santa Cruz de Tenerife, SAP 25/7/2013 de Madrid, SAP 11/6/2013 de Las Palmas, SAP 30/5/2013 de Castellón, SAP 11/4/2013 de Santa Cruz de Tenerife, SAP 17/12/2012 de Albacete, SAP 5/11/2012 de Cáceres, SAP 14/9/12 de Valencia, SAP 3/5/2012 de Santa Cruz de Tenerife, AUP Burgos 17/4/2012, AAP 24/1/2012 de Las Palmas, AAP 3/12/2011 de Málaga, AAP 23/9/2011 de Santa Cruz de Tenerife y AAP 20/5/2011 de Cádiz entre otras muchas.

Entre ellas destacar la SAP de Madrid de fecha 25 de Julio de 2013, ordenando de oficio la reconstrucción de autos al Juzgado de procedencia al disponer que "Llegada la nueva fecha, se acordó devolver la causa al Juzgado de instrucción para la reconstrucción en forma de parte de las diligencias que habían sido extraviadas, recibándose, nuevamente, la





causa en fecha 24 de julio de 2012 una vez realizada la reconstrucción de los autos". Otro ejemplo lo encontramos en la SAP de Las Palmas de fecha 23 de Julio y 11 de Junio de 2013, usada por otras muchas, que disponen que "De tal forma que, la pérdida de la constancia documental de una determinada actuación procesal, puede ser subsanada a través del oportuno procedimiento de reconstrucción de autos." La sentencia de fecha 30 de Mayo de 2013 de la Audiencia Provincial de Castellón que acepta la reconstrucción de autos al considerar que "A mayor abundamiento destacar que a los folios 23 y 24 del Rollo de Sala obra escrito del Ministerio Fiscal por el que advierte al Tribunal de que han desaparecido 15 folios del Tomo II de las actuaciones, concretamente los numerados 546 a 559, dentro de los que se encontraba el análisis de la droga del segundo contenedor, circunstancia que aún subsiste, sin perjuicio de que se procedió a la correspondiente reconstrucción de autos en pieza separada en la que obra la referida analítica." La sentencia de fecha 4 de Octubre de 2011 de Audiencia Provincial de Madrid de fecha 4 de Octubre de 2011 que establece que "Respecto a la posible excepción de prescripción, lo primero que sorprende, y preocupa a este Tribunal, es la llamativa incidencia consistente en que, según explica la querellante, con anterioridad a la querrela que ha dado origen al procedimiento marginado se habría interpuesto otra anterior el 1 de julio de 2007, que habría dado origen al procedimiento de Diligencias Previas 3907/2008 seguido en el Juzgado de Instrucción 43 de Madrid, procedimiento en el que incluso se habría recibido a Vicente declaración judicial en calidad de imputado el 12 de diciembre de 2008, y que, según se explica, se habría extraviado. Como decimos, preocupa el extravío de una causa penal, así como que, tras esa incidencia, no se haya procedido a la oportuna reconstrucción de actuaciones, que hubiera permitido que el Juez competente hubiera contado, previa la correspondiente tramitación, con participación de las partes, querellante, querellada y Fiscalía, supuestamente personadas en aquella causa, con los documentos que hubieran permitido dotar a la causa con el mayor número posible de diligencias de aquél procedimiento."

En definitiva la unánime realidad jurisprudencial actual obliga a desestimar la tesis brillantemente expuesta por el Sr. Gimeno Sendra y en virtud de la cual, en síntesis, declara que no puede ser objeto de reconstrucción los autos desaparecidos en este caso (inexplicable extravío o sustracción según la Sra. Secretaria judicial) en relación a la inaplicabilidad o imposibilidad de utilización de la figura o herramienta procesal de la reconstrucción de autos si la causa de desaparición no obedece a catástrofe o calamidad pública, conflicto bélico u otras de idéntico sentido calamitoso o/y ocurridas en sede judicial –además del traslado de sede-, compartiendo no obstante con el mismo, y como consecuencia de la indudable "autoritas" de quien la predica y sostiene, que en un futuro tal vez la hipótesis que plantea conforme a los argumentos contenidos en los 9 folios de dictamen sea la utilizada o acogida por nuestra jurisprudencia, tanto de las Audiencias Provinciales como de nuestro más alto Tribunal, pero que de momento el que suscribe no ha tenido constancia de la misma de manera que al no compartir el catálogo argumental del Sr. Perito, obliga a desechar sus posicionamientos.

Y es que parece evidente que en la casuística de la muestra jurisprudencial citada – aunque no lo diga expresamente- no puede concurrir siempre en su causa de desaparición o mutilación un incendio, inundación o acto vandálico, ni mucho menos un conflicto bélico o actuación de "horda marxista" –sic- (como dice también el Sr. letrado de Evaristo González Reyes) siendo que más bien se puede interpretar que la jurisprudencia admite (como así parece interpretarse de las sentencias y autos con anterioridad reflejados) que la simple desaparición, sustracción o extravío de los autos materiales, cualquiera que éstos sean y donde se produzca (ya sea en traslado al Ministerio Fiscal o las partes), antes del juicio oral, no solo autoriza, sino que requiere, precisa y necesita de la institución de la reconstrucción de autos puesto que de lo contrario sería admitir la inexistencia del error o la actuación de terceros en los legajos judiciales (caso por cierto especialmente previsto en el Código Penal) –como en alguna ocasión ha sucedido- y por ende privar a las partes de la integridad del contenido de las actuaciones para que puedan efectuar sus pretensiones punitivas articuladas en el proceso penal o ejercer su derecho de defensa.





TERCERO.- La siguiente cuestión en la que existe contradicción entre el Ministerio Fiscal y la totalidad de las partes personadas, superada la finalidad, utilidad y procedencia de la reconstrucción de autos, es sobre si efectivamente existe base probatoria para dar por reconstruido el auto de intervención telefónica de fecha 21 de Abril de 2010 y el oficio petionario de la UDEF que, tal y como afirma por la encargada de la fe pública judicial, existió y se ha producido una inexplicable desaparición.

Ya hemos adelantado que la legitimación para incoar el expediente de reconstrucción de autos se obtiene del ejercicio de la propia función de la fe pública por parte de la Secretaria judicial derivada en la afirmación hecha valer en diligencia de constancia de 25 de Noviembre de 2014 de que dicho auto y oficio petionario existió y posteriormente se ha producido una inexplicable desaparición de los mismos.

A partir de ahí quedan huérfanas de cobertura probatoria las afirmaciones realizadas por las partes, a excepción de la defensa del Sr. Clavijo Batlle, que el auto nunca existió dado que la fuerza propia de la fe pública judicial no esta ausente de un acompañamiento indiciario dado que existe una huella informática que avala la existencia del auto.

No se puede catalogar sino de alegre afirmación de que la citada resolución judicial no existió porque supondría tanto como dudar, con los efectos jurídicos que cada cual quiera interpretar, del recto ejercicio por parte de la Secretaria judicial en su función de dar y garantizar la fe pública judicial y de la que incluye la competencia para custodiar los autos materiales aunque si bien con unas precarias medidas de seguridad. No obstante, para zanjar esta cuestión, aún sin ser necesaria y simplemente a mayor abundamiento, consta en autos que dicha resolución fue notificada al Ministerio Fiscal y la copia del auto fue entregada al Juzgado por la Ilustrísima representante del Ministerio Público en la comparecencia ante S. S^a. Sra. Secretaria judicial en fecha 17 de Diciembre de 2014. De manera que para rizar el rizo, la afirmación de que dicho auto nunca se dictó supondría tener la complicidad del Ministerio Público en la conducta antijurídica de la Sra. Secretaria judicial mediante la confección de una copia de la resolución que afirma, y así consta en autos mediante diligencia, que fue notificada al Ministerio Público en fecha 17 de Mayo de 2010.

Descendiendo otro y definitivo peldaño más, solo queda por tanto analizar si los medios de prueba practicados en el acto de la vista son suficientes para dar por reconstruidos los autos que han desaparecido del sumario bien por extravío o sustracción.

Existen dos hipótesis de la etiología de la desaparición dado que, junto al error humano y descuido involuntario propio de cualquier persona que aún siendo máximamente diligente puede incurrir el personal que opera en una unidad jurisdiccional, también existe la posibilidad de sustracción del mismo, es decir, de una desaparición intencional. Y es que no hay que olvidar en relación a este asunto que hasta Junio de 2013 (fecha en que se realizó la mudanza o traslado de la sede del Juzgado) el ejercicio de la función jurisdiccional y por ende la custodia de los autos desaparecidos se realizaban en una sede física provisional caracterizada por las "nulas medidas de seguridad" tal y como fue de manifiesto por la Unidad Inspectora 13^a del CGPJ en su acta de inspección de fecha 30 de Octubre de 2009. Así las cosas, es evidente que la custodia de los autos no se podía garantizar en los estándares de exigencia requeridos a los competentes para ello y que no cabe excluir, junto con la hipótesis del extravío, la sustracción.

Las partes son unánimes en alegar que no existió el auto en cuestión dado que, foliado el tomo donde cronológicamente debía de encuadrarse, no existe un salto de numeración en la misma y por ende, concluyen su argumento, nunca se dictó porque nunca estuvo integrado en las actuaciones. Frente a esta tesis cabe el argumento que, en primer lugar, fuese dictado y firmado por su S.S^a pero que por error o descuido, no se integrase materialmente en el legajo o expediente judicial. También cabe la posibilidad que fuera con





posterioridad y antes del foliado cuando se extraviase, e incluso que se sustrajera antes de la finalización del foliado del tomo I.

Junto a este razonamiento se tiene además que el citado auto fue notificado al Ministerio Fiscal (única parte procesal que debido al secreto de sumario se le debía notificar) según diligencia de notificación de la Sra. Secretaria de fecha 28 de Mayo de 2010, obrante al folio 697 del tomo II del legajo del proceso principal y como consecuencia de dicha notificación, la Ilustre representante del Ministerio Público conserva la copia de la resolución notificada y la aporta en la comparecencia ante la Sra. Secretaria de fecha 17 de Diciembre de 2014.

Como se ha descrito, el documento que aporta el Ministerio Fiscal es una copia del auto desaparecido, siendo de perogrullo que no constituye el original dado que el mismo solo debería de constar en los legajos "judiciales" y como tal copia carece de la firma del Juez y de la Secretaria judicial. Por el suscribiente, y a riesgo de errar, solo se conoce una resolución cuya notificación incluye el original del auto firmado por el Juez y la Secretaria, quedando un testimonio del mismo, es decir, sin la firma manuscrita del Juez y Secretario, en los legajos judiciales. Esa resolución cuyo original se entrega a la parte es el auto de declaración de avería del derecho marítimo que se recibe por el capitán o responsable del buque que realiza la declaración del evento náutico objeto del proceso de jurisdicción voluntaria. Así pues, toda copia de una resolución judicial notificada a las partes, incluido al Ministerio Fiscal, carece de firma del Juez y del Secretario, o por lo menos, es la tónica general -por no decir unánime- en el uso forense.

Frente a dicho razonamiento el perito coincide con las partes que en ningún caso se puede tener en cuenta para la reconstrucción del auto de fecha 21 de Abril de 2010 la copia aportada por el Ministerio Fiscal dado que carece de firma de la Juez, o por lo menos de la Secretaria y no consta en la diligencia de la notificación que el auto de intervención telefónica de fecha 21 de Abril de 2010 sea el verdaderamente notificado. Respetuosamente se ha de discrepar de la argumentación del perito dado que el artículo 152.3, regulador de las formas de la notificación de las resoluciones judiciales, se hace referencia que la misma se realiza mediante entrega al destinatario de copia literal de la resolución que se le haya de notificar, copia que por lo tanto, como bien sabe por los operadores jurídicos, carece de firma alguna y solamente contiene el tenor literal del contenido material de la resolución objeto de notificación. La resolución notificada (es decir, la copia) no precisa ni debe de contener, como de hecho no contiene, la firma ni del juez ni del Secretario judicial. Es más, parece ir en contra de los propios actos de aquellas partes que sostienen esta tesis el hecho de argumentar que la resolución objeto de reconstrucción nunca existió porque la única copia que debería de existir (dado la vigente medida de secreto de las actuaciones) carece de la firma del Juez o del secretario y sin embargo, todas y cada una de las resoluciones que han sido objeto de notificación en esta causa se han realizado mediante copia literal de la resolución sin la firma del Juez y del Secretario, es más, el propio auto de imputación o copia de las declaraciones carecen de firma alguna. ¿Entonces no existen esas resoluciones? Las notificaciones realizadas por el sistema Lexnet, al no contener las copias notificadas la firma del Juez y/o Secretario ¿se ha de presumir que no existen o existieron las originales? Al contrario, la existencia de una copia parece presumir la existencia de la resolución notificada, hasta el punto que el artículo 233 LEC obliga a las partes, en caso de que sean ellas quienes insten el incidente de reconstrucción de autos, "acompañar las copias de los escritos presentados y de las resoluciones de toda clase recaídas en el juicio". En este caso es el Ministerio Fiscal quien ha aportado la copia de la resolución del auto de fecha 21 de Abril de 2010, notificado en legal forma en fecha 17 de Mayo de 2010 la cual se ha de tener como válida y auténtica (la copia se quiere decir) y precisamente su autenticidad no ha sido formalmente impugnada por ninguna de las partes, es decir, ninguna de las partes ha manifestado de una manera clara y determinante que esa copia de la resolución de fecha 21 de Abril de 2010 tiene un contenido falsario.





Se ha de traer nuevamente a colación que el dictamen escrito por el Sr. Gimeno Sendra no hace referencia a la copia de la resolución que se encontraba en poder del Ministerio Público (dado que no podía tener conocimiento de la misma) y es en el acto de la vista cuando afirma que dicha copia al no tener la firma del Juez o Secretario, carece de validez. En este sentido, como se puede comprobar en la grabación de la vista el perito no dejó claro si efectivamente las copias de las resoluciones notificadas a las partes, a su juicio, deberían de contener necesariamente la firma del Juez y/o Secretario, de manera que la ausencia de razonamiento que avale su velada afirmación en esta vista sobre las formalidades de las notificaciones de las resoluciones judiciales impide acoger sus conclusiones y por ende la copia de la resolución entregada por el Ministerio Fiscal tiene un valor documental de primer orden.

Siguiendo con la valoración de la prueba, la copia del auto de fecha 21 de Abril de 2010 notificada en legal forma el Ministerio Público y aportada por éste a este incidente tiene un complemento probatorio esencial en la existencia en los autos de las copias (nuevamente no firmadas por el Juez y el Secretario) de los oficios (antiguamente llamados mandamientos) dirigidos a las cías telefónicas expedidas ese mismo día 21 de Abril de 2010. Aquí hay que hacer una nueva matización, ya que el perito también sostiene que al no contener la firma del Juez o Secretario, carecen de validez alguna y deberían de constar en autos los originales o una copia firmada por la Sra. Secretaria. No se comparte dicho criterio dado que los originales tienen, en este caso, su destino a las cías telefónicas cuyo diligenciamiento se realiza generalmente vía Policía Judicial, de manera que la entrega de las copias a éstos quedándose en los autos los originales sería admitir tanto como que se puede intervenir un teléfono sin un oficio original, es decir, con una copia de un oficio que carece de la firma del Secretario Judicial o del Juez y por ende carece de responsable de su emisión. Y es que como documento que debe de producir efecto frente a tercero ajeno al proceso, el original con la firma del Secretario Judicial si que se debe de entregar a su destinatario quedando la copia en autos tal y como efectivamente ocurre en el uso forense del que no es ajeno o constituye una excepción este caso.

Por lo tanto nos encontramos con otro dato periférico más que avala la tesis de la existencia del auto y refuerza la entidad probatoria de la copia aportada por el Ministerio Público para dar por reconstruido el auto de fecha 21 de Abril de 2010. Y se dice dato periférico y no prueba directa –menos plena- dado que no se puede acoger la tesis del perito de condicionar la existencia del auto a la existencia de unos oficios originales como acto de ejecución de la diligencia de instrucción ordenada por el auto de fecha 21 de Abril de 2010 que se trata de reconstruir porque es totalmente factible que se emitan unos mandamientos y, que por error en la tramitación o cualquier otro hecho o acto humano, no tenga una cobertura judicial quebrándose así la constitucionalidad de la intervención telefónica por infracción el deber de control judicial. Y es que la función jurisdiccional –incluyéndose la actuación o actividad de la totalidad de intervinientes en la misma- no esta ausente del error humano y solamente esta posibilidad determina que incondicionalmente no pueda quedar en mano de la existencia de los oficios originales (o de sus copias) la realidad de un auto o resolución judicial que diera cobertura a la medida y por tanto condicionar o someterse a su simple existencia la realidad de una actividad jurisdiccional previa. Y es que no hay que olvidar que, tras la reforma legal, los oficios se firman por persona distinta que ordena la medida (los primeros el Secretario y el segundo el Juez) y además los mismos se suelen confeccionar por los funcionarios del Juzgado de manera que cabe la posibilidad de la existencia de un error o descoordinación en su emisión.

No obstante y a pesar de no aceptar la cualidad de prueba plena que supondría según el perito la existencia de unos oficios originales, se han obtenido los mismos de las cías telefónicas y por lo tanto, nuevamente, coadyuvan a tener por cierto el documento presentado por el Ministerio Fiscal y considerar como una copia del tenor literal del auto que se dictó en fecha 21 de Abril de 2010 por la Ilma. Sra. María Vega Álvarez cuyo objeto era la intervención telefónica y que desapareció de la sede judicial junto con el oficio policial





petionario de la medida restrictiva del derecho del secreto de las comunicaciones. Pero a mayor abundamiento, también se ha conseguido la copia del oficio policial que solicitaba formalmente las intervenciones telefónicas, redactado por la UDEF, y cuya copia sellada el día 21 de Abril de 2010 ha sido entregada por la fuerza policial actuante, de manera que al constar el sello del Juzgado en el mismo día que se dictó el auto (normal funcionamiento), contener la petición de intervención telefónica (por cierto anunciada su petición por el Ministerio Fiscal "ab initio" del procedimiento y que a más o mayor abundamiento tienen como acto precedente una resolución judicial que autoriza dirigirse a la cías telefónicas para obtener los números cuyos usuarios son Evaristo González Reyes y Fernando Clavijo Batlle) y no ser siquiera impugnado por ninguna de las partes, no solamente coadyuva a tener por cierto el dictado del auto de fecha 21 de Abril de 2010 sino que de una mera recíproca permiten obtener un juicio favorable a su existencia y como consecuencia concluir un idéntico contenido a los que constaban en autos y que desaparecieron de la sede judicial.

Partiendo de la base, como se ha motivado, que la copia del auto de intervención telefónica no contiene la firma del Juez y/o Secretaria judicial porque no debe de contenerla tal y como se deriva de la normativa procesal y uso forense, resulta ocioso discutir, justificar o motivar la validez y eficacia —por cierto, ampliamente aceptada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo— de las resoluciones judiciales que carecen de la falta de firma del Juez, conceptuándola como una irregularidad no invalidante de la eficacia de la resolución como bien afirma el Ministerio Público, solo queda determinar el valor de los elementos probatorios que aportan los registros informáticos que contienen las resoluciones judiciales, bien sea en los denominados programas de gestión procesal o de cualquier otra índole.

Todas y cada una de las partes coinciden en señalar que la resolución esté contenida en el sistema de gestión procesal Atlante no puede ser tenida en cuenta como fuente reconstructiva en el sentido que el mismo pueda tener utilidad para "desvirtuar la inexistencia física del auto en las actuaciones ni para determinar el contenido real y exacto". Coincide plenamente este Juzgador con lo manifestado por las partes en sus conclusiones y parece que así es aceptado por el Ministerio Fiscal, también en sus conclusiones, que por su acertado a la par que clarificador catálogo argumental aportado sobre este extremo, merece la pena reproducir literalmente.

Así, el Ministerio Fiscal alega que *"es cierto que el auto de fecha 21 de Abril de 2010 no se encontraba grabado en el sistema Atlante en la referida fecha, sino en fecha 23 de Abril de 2010, no obstante, esta afirmación, en ningún caso, puede conducir a cuestionar la realidad de la fecha del auto controvertido, pues no se puede vincular la existencia de un auto a su constancia informática en el sistema Atlante o incluso simplemente su registro informático de cualquier otro orden, más aún, cuando tan solo existe una previsión normativa contenida en el artículo 102 del Reglamento de Aspectos Accesorios de la Carrera Judicial en la que se establece que los programas y aplicaciones informáticas puestos al servicio de la administración de justicia eran de uso obligatorio en el desarrollo de la actividad de la Oficina Judicial, correspondiendo su manejo al personal adscrito a las distintas unidades de la Oficina Judicial, bajo la superior dirección del Secretario Judicial oportuno y que únicamente pasa a ser obligatorio para el titular del órgano judicial el uso de éstos programas y aplicaciones informáticas a partir de la Ley de 6 de Julio de 2011 reguladora del uso de la tecnología de la información y comunicación en la Administración de Justicia.*

Quiere ello decir que la única obligación de registrar las actuaciones en las aplicaciones informáticas surge con posterioridad a la fecha controvertida. No obstante debe aclararse que aún cuando estuviera vigente cualquier disposición normativa al efecto tampoco podría condicionarse la validez de un auto a su constancia informática, pues pudiera darse la situación de la existencia de un auto debidamente incorporado al proceso,





y que, por los motivos que pudiera existir, no apareciera inserto en los dispositivos informáticos sin que ello afectara lo más mínimo a su validez.”

Y es que en este sentido, es evidente que careciendo de firma digital en el actual estado de la administración de justicia y en caso de existencia de resoluciones judiciales debidamente firmadas por el Juez y Secretario, las mismas producen toda su eficacia con independencia de la inexistencia de registro informático alguno sobre la misma o de los datos que puedan aportar los ficheros o sistemas informáticos de gestión procesal, las cuales, tal y como afirma el Ministerio Público, su inclusión o ausencia de la misma pudiera derivar por cualquier motivo que pudiera existir.

CUARTO- En definitiva, del acervo probatorio practicado se puede concluir un catálogo argumental que de una manera lógica, razonada y racional permite deducir que el auto de fecha 21 de Abril de 2010 en virtud del cual se autoriza la observación e intervención de los números de teléfono 609.806.626 y 922.63.00.02 pertenecientes a Evaristo González Reyes y el número de teléfono 696.942.451 cuyo usuario era Fernando Clavijo Batlle se dictó y existía en los autos, con un contenido íntegro y literal tal y como consta a los folios 19, 20, 21, 22 y 23 de la presente pieza incidental de reconstrucción de autos, correspondientes a la copia del mismo entregada a esta pieza por el Ministerio Público cuya posesión consta en virtud de notificación documentada por la Secretaria judicial en la diligencia de fecha 28 de Mayo de 2010 expedida por la Secretaria Judicial, obrante al folio 697 del tomo I de las presentes actuaciones, y que el mismo se dictó como consecuencia del oficio policial de la UDEF de fecha 21 de Abril de 2010, del cual dimana el auto objeto del proceso reconstructivo, con idéntico y fiel contenido al entregado por la fuerza policial actuante y en el cual se insta la autorización judicial para la intervención y observación de los teléfonos número 609.806.626 y 922.63.00.02 pertenecientes a Evaristo González Reyes y el número de teléfono 696.942.451 cuyo usuario era Fernando Clavijo Batlle y que consta a los folios 74, 75 y 76 del presente expediente de reconstrucción de autos.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación, se dicta la presente

PARTE DISPOSITIVA

Que resolviendo la presente pieza de reconstrucción de autos debo declarar haber lugar a la preconstitución, teniendo por reconstruidos y por tanto que pertenecían al proceso principal del que dimana la presente pieza, el auto de fecha 21 de Abril de 2010 en virtud del cual se autoriza la observación e intervención de los números de teléfono 609.806.626 y 922.63.00.02 pertenecientes a Evaristo González Reyes y el número de teléfono 696.942.451 cuyo usuario era Fernando Clavijo Batlle con un contenido íntegro y literal tal y como consta a los folios 19, 20, 21, 22 y 23 de la presente pieza incidental de reconstrucción de autos así como al oficio policial de la UDEF de fecha 21 de Abril de 2010 con idéntico y fiel contenido al entregado por la fuerza policial actuante y en el cual se insta la autorización judicial para la intervención y observación de los teléfonos número 609.806.626 y 922.63.00.02 pertenecientes a Evaristo González Reyes y el número de teléfono 696.942.451 cuyo usuario era Fernando Clavijo Batlle y que consta a los folios 74, 75 y 76 del presente expediente de reconstrucción de autos

Notifíquese esta sentencia a las partes, haciéndoles saber que contra la misma cabe recurso de apelación, que en su caso, deberá prepararse ante este mismo Juzgado dentro de los cinco días siguientes al que se le notifique esta resolución y será resuelto por la Ilma. Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife.

Así lo acuerda, manda y firma César Romero Pamparacuatro, Magistrado-Juez del Juzgado de Instrucción nº 1 de San Cristóbal de la Laguna y su partido. Doy fe.

