IUSPORT
La 1ª web de Derecho Deportivo

CASO: ESCUCHAS QUE IMPLICAN AL CLUB HERCULES DE ALICANTE

EXTRACTO DEL RECURSO DE LA ABOGACÍA DEL ESTADO ANTE AL JUZGADO DE INSTRUCCIÓN Nº7 DE ALICANTE DE FECHA 6 DE AGOSTO DE 2010.

ACTO RECURRIDO: Auto de 3 de agosto de 2010

El Abogado del Estado, en representación del CONSEJO SUPERIOR DE DEPORTES, en las Diligencias Previas 3122/ 2010 derivadas de las Diligencias Previas 851/07 que se siguen en el Juzgado de Instrucción nº 3 de Orihuela acerca de "supuestas conductas irregulares con ocasión de la dispuesta de encuentros de competición oficial por un equipo profesional" y contra el HERCULES CLUB DE FUTBOL, interpuso recurso contra el auto denegatorio de la remisión de las escuchas con los siguientes argumentos:

I.- EXISTENCIA RECONOCIDA DE INFRACCIÓN ADMINISTRATIVA

El Abogado del Estado reprocha que si el propio juzgador ha reconocido la posible existencia de una infracción administrativa muy grave por unos hechos de los cuales la prueba inicial parecen ser esas escuchas telefónicas, "¿Cómo se va a iniciar un expediente administrativo si no se testimonian las mismas y se remiten al Consejo Superior de Deportes para que inicie su investigación?"

El juzgador ha reconocido que el art 76 de la ley 10/1990 califica como INFRACCIÓN MUY GRAVE:

> *1. Se considerarán, en todo caso, como infracciones muy graves a las reglas de juego o competición o a las normas deportivas generales, las siguientes:*
>
> *a) Los abusos de autoridad.*
>
> *b) Los quebrantamientos de sanciones impuestas.*
>
> *c) Las actuaciones dirigidas a predeterminar mediante precio, intimidación o simples acuerdos, el resultado de una prueba o competición.*

II.- IUS PUNIENDI DEL ESTADO

Recuerda que el "ius puniendi" del Estado es ejercido por la Administración de Justicia y por la Administración Pública, la primera en la vertiente penal y la segunda en la vertiente sancionadora, pero ambas TOTALMENTE LEGITIMADAS para su ejercicio.

Es decir, ambos Poderes existen con carácter sancionador, ambos Poderes lo ejercen y aunque, actualmente, una conducta no sea punible lo puede ser administrativamente y estar amparada dicha actuación de la Administración por la propia legalidad, como es el presente caso.

III.- NUEVA PREVISIÓN PENAL

El nuevo art. 286 bis del código penal español viene a proteger el mismo bien jurídico al referirse al supuesto previsto en sus números anteriores (...,el que prometa, ofrezca o conceda beneficio o ventaja de cualquier naturaleza no justificados para que favorezca a él o a un tercero frente a otros incumpliendo sus obligaciones..).. " directivos, administradores, empleados o colaboradores de una entidad deportiva, cualquiera que se la forma jurídica de ésta, así como a los deportistas, árbitros o jueces respecto de aquellas conductas que tenga por finalidad predeterminar o alterar de manera deliberada y fraudulenta el resultado de una prueba, encuentro o competición deportiva profesionales ".

La Abogacía del Estado puntualiza, no obstante, que al no estar penalizada hasta este momento, se acude a la Normativa sancionadora existe que es la Ley del Deporte derivada del art 43.3 de la Constitución, protegiendo la práctica del mismo en la vertiente del régimen disciplinario. Para el ejercicio del mismo, y dado lo reseñado en el razonamiento jurídico segundo del Auto de 3 de agosto de 2010, **se hace necesario se eleve testimonio de las actuaciones de estas Diligencias Previas pues de otro modo se deja al " ius puniendi " del Estado totalmente carente de sentido** y huérfano en su actuación, ya que, por un lado, la conducta tipificada en el Código penal aún no está vigente y por el otro, no se puede ejercer si la base del inicio del expediente son estas Diligencias y no van a ser remitidas a la Administración Pública competente.

IV.- RECIPROCIDAD INCUMPLIDA

La Ley del Deporte prevé la paralización de procedimientos administrativos si se aprecia la existencia de delito, **pasando el expediente al ius puniendi penal** no meramente sancionador.

> *Artículo 83. 1. Los órganos disciplinarios deportivos competentes deberán, de oficio o a instancia del instructor del expediente, comunicar al Ministerio Fiscal aquellas infracciones que pudieran revestir caracteres de delito o falta penal.*

La Abogacía del Estado razona que si existen pruebas en la vía administrativa que se remiten al Juzgador Penal para que ejerza sus funciones, **cuando es a la inversa, cuándo se inicia por el órgano judicial las investigaciones** y las concluye con sobreseimiento (no en absolución), en este caso, por inexistencia actual de tipicidad penal que no administrativa **¿Por qué no se van a remitir los testimonios al órgano administrativo competente, que guardará las debidas cautelas? La Administración también es garante del secreto de las comunicaciones porque también le obliga la Constitución (art 106 de la CE).**

Añade que en este caso y en este momento, ni siquiera es aplicable la doctrina del "non bis in idem" al no poder existir pronunciamiento judicial directo sobre los hechos penales al no estar tipificados como tales, pero sí con tipicidad sancionadora administrativa (art 25 de la Constitución, art. 129 y 137 de la ley 30/1992 de 26 de noviembre LRJPAC).

La negativa a remitir los testimonios de las escuchas, concluye, IMPIDE que la infracción administrativa pueda ser analizada e instruida y por lo tanto deja inoperante este IUS PUNIENDI DEL ESTADO que es competencia de la Administración Pública.

V.- ÓRGANO COMPETENTE PARA LA DECLARACIÓN DE PRUEBA ILÍCITA

La Administración, alega la Abogacía del Estado, garantiza los derechos constitucionales del art 24.2 CE por lo cual, es en la sede administrativa donde la parte podría cuestionar, en su caso, el derecho a la prueba y a su obtención, si la

considera ilícita en alguna medida o nula en su caso. Como señala la STC 114/1984 de 29 de noviembre.

En el caso aquí planteado, aclara, la hipotética recepción de una prueba antijurídicamente lograda no implica necesariamente lesión de un derecho fundamental. Con ello no quiere decirse que la admisión de la prueba ilícitamente obtenida -y la decisión en ella fundamentada- hayan de resultar siempre indiferentes al ámbito de los derechos fundamentales garantizados por el recurso de amparo constitucional. Tal afectación -y la consiguiente posible lesión- no pueden en abstracto descartarse, pero se producirán sólo por referencia a los derechos que cobran existencia en el ámbito del proceso (art. 24.2 de la Constitución). Hay, pues, que ponderar en cada caso los intereses en tensión para dar acogida preferente en su decisión a uno u otro de ellos (interés público en la obtención de la verdad procesal e interés, también, en el reconocimiento de plena eficacia a los derechos constitucionales). No existe, por tanto, un derecho constitucional a la desestimación de la prueba ilícita.

No existe en nuestro ordenamiento una norma expresa que imponga la no consideración como prueba de aquellas propuestas por las partes y obtenidas antijurídicamente.

VI.- PRECEDENTES

Cita la Abogacía una resolución adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 12 de noviembre de 1971, resolviendo el caso Scheichelbauer, a partir de demanda formulada contra el Estado austríaco. **En esta decisión se acordó que no había implicado violación del art. 6.1 de la Convención (derecho a la jurisdicción) la utilización por un Tribunal nacional de un registro fonográfico como medio de prueba, que fue tachado en cuanto a su procedimiento de obtención por el recurrente**.

Por lo tanto, concluye la Abogacía, sí se considerasen ilícitas o nulas las escuchas (art 24.2 CE), pese a la existencia de autorización judicial, se podría alegar en la sede administrativa ya que así lo establece el propio Tribunal Constitucional y se ponderaría su afectación al derecho fundamental, pero esta valoración también la puede efectuar al Administración Pública si así se le alega . En este Auto, por utilizar una expresión al uso, “se corta de raíz” esta ponderación de intereses a tutelar que pudieran ser origen, incluso, de un conflicto de jurisdicciones.

También invoca como precedentes los recursos de amparo interpuestos sobre las elecciones al Parlamento Vasco, de carácter administrativo, se aportaron pruebas de procesos penales señalando la Sala del TC en sentencia de 126/2009 21 de mayo, cuyo razonamiento principal es el siguiente:

> *... la Sala toma en consideración, no las opiniones de los agentes, sino documentos y datos objetivos que figuran en los informes policiales, es de perfecta aplicación la doctrina recogida en la STC 5/2004, de 16 de enero, en la que no se estimó infracción constitucional alguna por la utilización de informes policiales como medio de prueba, al apreciarse que 'el informe [policial] examinado, constituya o no una auténtica prueba pericial, no ha tenido, por tanto, más trascendencia probatoria que la que la Sala le ha concedido al material informativo en él agrupado, una vez fiscalizado su contenido y contrastado con otras pruebas practicadas durante el proceso. El órgano judicial ha ponderado en consecuencia la credibilidad de aquel material, sin hacer abstracción de la circunstancia de que se incluía en un informe elaborado por personas cuya imparcialidad había sido objeto de tacha por la parte, sino, por el contrario, advertido de la sospecha abrigada por ésta, contrastando su contenido con otras pruebas y limitando el alcance de la pericia examinada al mero tratamiento agrupado de una información cuya verosimilitud ha verificado por sí la propia Sala' (FJ 14)" (STC 99/2004, de 27 de mayo, FJ 12).*

También hace alusión a la sentencia 44/2009 de 12 de febrero también electoral:

> *No se trata, por tanto, como entienden los demandantes de amparo, de una actuación judicial tendente a favorecer las pretensiones actoras, sino tendente exclusivamente a acreditar, en uso de las facultades de oficio que la legislación procesal concede al órgano judicial, el cumplimiento o no de las garantías constitucionales precisas para determinar la posibilidad de valorar o no un concreto medio de prueba, y que, por tanto, podía resultar favorable al demandante de amparo, en caso de que no se hubiera dado el cumplimiento de tales requisitos. Por lo demás, debe subrayarse que la conversación intervenida no ha sido tenida en cuenta por la Sala para anular las candidaturas de las demandantes de amparo, resultando, por lo tanto, irrelevante para la decisión final del proceso.*

VII.- SECRETO DE LAS COMUNICACIONES

Dice la Abogacía del Estado: no existiendo secreto de las actuaciones; no estando impugnadas las escuchas telefónicas ni su transcripción (por lo cual esta Abogacía no entra a discutir su legitimidad ni aporta jurisprudencia al respecto); siendo necesaria la investigación por parte de la Administración Pública para averiguar si existe o no infracción administrativa muy grave (máxime no estando en vigor la ley 5/2010); siendo cierto que en el procedimiento administrativo sancionador se podrá alegar cualquier infracción de las normas respecto a este medio de prueba al serle aplicable, con matices, los principios penales , teniendo abierta la protección jurisdiccional que proporcionan, en su caso, los jueces y magistrados de la jurisdicción contencioso administrativa es procedente que se libren los correspondientes testimonios para que sean elevados al Consejo Superior de Deportes .

VIII.- GRAVES PERJUICIOS

La Abogacía del Estado finaliza esgrimiendo los perjuicios que los hechos conocidos ocasionarían al deporte y a la economía. "Téngase en cuenta, a su vez, que el resultado de la investigación operaría, directamente, sobre la suerte de los juegos aleatorios que en España se articulan a través de las Apuestas del Estado, en este caso, la "quiniela futbolística. Recordamos que ello supone, no solamente un gran movimiento económico, sino que es uno de los medios de financiación de la Liga Profesional de Fútbol y que, como señala la Exposición de Motivos de la ley 10/1990 "Basta la alegación del mandato, explícito en el artículo 43 de la Constitución e implícito en todo su texto, para explicar y justificar que una de las formas más nobles de fomentar una actividad es preocuparse por ella y sus efectos, ordenar su desarrollo en términos razonables, participar en la organización de la misma cuando sea necesario y contribuir a su financiación. Y este mandato y esta finalidad de fomento y de financiación puede verse, gravemente, afectada si no se actúa sobre las conductas que la pueden perturbar"

© IUSPORT. 2010.