



**AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA
SECCIÓN SÉPTIMA**

ROLLO Nº 311/2021, 312/2021, 313/2021 y 383/2021

DILIGENCIAS PREVIAS nº 889/2019

JUZGADO DE INSTRUCCIÓN Nº 16 DE BARCELONA

APELANTE: D. S. d. T., M. P. i E., J. V. i T., E. R. L., A. G. P., M. H. S., J.

M. i B., R. L. C. y J. R. V. R.

Incentive Leisure Group

Magistrado ponente:

JOSE GRAU GASSÓ

AUTO

Ilmo. José Grau Gassó

Ilma. Ana Rodríguez Santamaría

Ilma. Gemma Garcés Sesé

Barcelona, a ocho de julio del dos mil veintiuno.

HECHOS

PRIMERO.- En las Diligencias Previas nº 889/2019 del Juzgado de Instrucción nº 16 de Barcelona, se han dictado diversas resoluciones que han sido objeto de impugnación





por parte de la defensa de los investigados: a) el auto de fecha 12 de septiembre del año 2019 admitiendo a trámite la querrela formulada por el Ministerio Fiscal y declarando el secreto de las actuaciones; b) el auto de fecha 11 de octubre del mismo año acordando la entrada y registro en los domicilios y sedes de la Associació Catalana de Municipis y de la empresa **Incentive Leisure Group**, así como la incautación de los ordenadores, instrumentos de comunicación telefónica o telemática o dispositivos electrónicos de almacenamientos de datos que se localizaran en dichos lugares, así como la requisita a todos los querrellados de los terminales móviles, tablets y otros dispositivos personales de que dispongan para su posterior volcado (...) al objeto de acceder a la información y/o documentación relativa a los hechos que pudieran contener.; c) el auto de fecha 4 de diciembre del año 2020 acordando la prórroga del secreto de las actuaciones; d) la providencia de fecha 18 de diciembre del mismo año en la que se acordaba mantener el secreto de la pieza separada nº 1; y e) el auto de fecha 22 de octubre del año 2019 acordando incoar la correspondiente pieza separada secreta y las demás resoluciones que acuerdan la prórroga del secreto.

SEGUNDO.- Contra las cuatro primeras resoluciones, las representaciones procesales de los investigados interpusieron los correspondientes recursos de reforma, recursos que fueron desestimados por autos dictados en fecha 22 de febrero del año en curso.

Asimismo, contra éstas últimas resoluciones y contra el auto de fecha 22 de octubre del año 2019 incoando la pieza separada secreta y el resto de autos acordando la prórroga del secreto, interpusieron los correspondientes recursos de apelación, que fueron admitidos y se tramitaron conforme a derecho, elevándose posteriormente las diligencias a esta Audiencia Provincial de Barcelona.

TERCERO.- Recibidas las diligencias en esta Sección Séptima de la Audiencia, a la que corresponde el conocimiento de los recursos procedentes de aquél Juzgado de Instrucción, se dictó Diligencia de Ordenación incoando el presente Rollo de Apelación, que fue numerado y registrado. Con arreglo al turno de reparto previamente establecido se me nombró magistrado ponente, y tras examinar la causa y los escritos presentados, se convocó a las partes a una vista que se celebró el día 9 de junio del año en curso, quedando las actuaciones pendientes de la deliberación y resolución del recurso.

Como **Magistrado Ponente**, en la presente resolución expreso el criterio unánime del tribunal.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS





PRIMERO.- Recurso de apelación interpuesto contra el auto de fecha 12 de septiembre del año 2019 acordando admitir a trámite la querrela formulada por el Ministerio Fiscal contra D.S.d.T., M.P.E., J.V.T., E.R.L., A.G.P., M.H.S., J.M.B., R.L.C. y J.R.V.R. como presuntos autos autores de un delito de malversación de caudales públicos y otro de fraude y exacción ilegal.

Con carácter previo resulta pertinente realizar un breve resumen de las incidencias más relevantes que se produjeron antes de que se dictara el auto admitiendo a trámite la querrela formulada por el Ministerio Fiscal.

1.1.- Los hechos que están siendo objeto de investigación en el presente procedimiento tuvieron su origen en una denuncia anónima que en fecha 22 de diciembre del año 2017 llegó a conocimiento de la Unitat Central Anticorrupció de la Divisió d'Investigació Criminal del Cos de Mossos d'Esquadra.

Los Mossos d'Esquadra elaboraron un informe que en fecha 12 de enero del año 2018 tuvo entrada en la Fiscalía Provincial de Barcelona en el que se analizaban las conductas irregulares atribuidas a l'Associació Catalana de Municipis y la verosimilitud de la denuncia formulada, solicitando la práctica de algunas diligencias de investigación, consistentes en acceder al Punto Neutro Judicial (a la base de datos de la Administración Estatal de la Agencia Tributaria y de la Tesorería General de la Seguridad Social) para obtener información de la Associació Catalana de Municipis.

La Fiscal Jefe Provincial dictó un Decreto en fecha 23 de enero del año 2018 acordando incoar Diligencias de Investigación (registradas con el nº 150/2018).

En fecha 1 de febrero del mismo año se dictó un Decreto requiriendo a los Mossos d'Esquadra para que aportaran la carta anónima original. En fecha 15 de febrero, una vez recibida la contestación de los Mossos d'Esquadra, se les requirió para que aportaran el documento interno de cadena de custodia de dicha carta anónima y se identificara al agente de servicio que recibió en mano la misma.

Por otra parte, en fecha 6 de marzo del mismo año la Fiscalía Provincial de Barcelona recibió un informe de la Comisaría General de Información del Cuerpo Nacional de Policía que tenía por objeto una investigación sobre la presunta participación en la financiación del proceso secesionista de Catalunya de la Associació Catalana de Municipis.





La Teniente Fiscal en funciones de Jefe Provincial dictó un Decreto en fecha 14 de marzo del año 2018 acordando incoar Diligencias de Investigación (registradas con el nº 254/2018).

En fecha 19 de marzo del mismo año se dictó un Decreto en el que se afirmaba que los hechos investigados por la Policía Nacional podían ser constitutivos de un delito continuado de falsedad en documento mercantil, un delito de malversación de caudales públicos, un delito de fraude y exacciones ilegales, un delito de negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos y abuso en el ejercicio de sus funciones y de un delito de blanqueo de capitales. En el mismo Decreto se acordaba dirigir a la Tesorería General de la Seguridad Social y a la Agencia Estatal de Administración Tributaria cuanta información obrara en sus archivos y bases de datos sobre las siguientes personas físicas: M.B.M., J.C.C., I.V.P., J.B.M. y J.V.L. También se acordaba, en relación a las mismas personas, dar acceso a los funcionarios autorizados de la Comisaría General de Información al Fichero de Titularidades Financieras con el objeto de obtener información obrante en el mismo de los investigados por la comisión de un presunto delito de blanqueo de capitales.

En fecha 20 de marzo se acordó acumular las Diligencias de Investigación nº 150/2018 a las tramitadas con el nº 254/2018.

No nos consta que se dictara un nuevo Decreto hasta el día 25 de julio del año 2018, aunque durante todo este tiempo se libraron diversos oficios solicitando información sobre otras personas físicas como J.V.T., M.P.E., E.R.L., A.G.P. y D.S.d.T. (ver folios 316, 317, 319, 320, 368, 369, 370, 372, 373, 374, 375 y 376 de la causa), por lo que hay que entender que se amplió la investigación a los mismos.

En fecha 25 de julio se une a la causa copia del Decreto 3/2018 del Departament de Presidència en el que se nombraba a M.B.M. conceller d'Interior del Govern de la Generalitat de Catalunya. En la misma fecha se dicta un Decreto poniendo en conocimiento de la Fiscal General del Estado que la investigación afectaba a una persona aforada.

Se siguió solicitando nueva información, ampliando la investigación a M.F.R. y C.E.A. (ver folio 455 de la causa) y en fecha 31 de agosto se remitió un informe a la Fiscal Jefe de la Fiscalía Provincial de Barcelona a fin de que, si lo estimaba conveniente, formulara a la Fiscal General del Estado la petición de prórroga, anunciando que el plazo ordinario finalizada el día 14 de septiembre del año 2018 (sin tener en cuenta que las Diligencias de Investigación acumuladas nº 150/2018 se habían incoado en fecha 23 de enero del año 2018).





En fecha 5 de septiembre del año 2018 La Fiscal General del Estado dictó un Decreto acordando prorrogar el plazo de duración de las Diligencias de Investigación.

De nuevo se solicitó nueva información ampliando la investigación a F.G.P. y A.F.R. (ver folios 752 y siguientes de la causa).

En fecha 11 de marzo del año 2019 se dictó el Decreto de Conclusión de las Diligencias de Investigación sin que en ningún momento se informara de su existencia a ninguna de las personas investigadas, ni se tomara declaración a las mismas.

La Comisaría General de Información presentó su informe de imputación de hechos y propuesta final de actuaciones en fecha 26 de marzo del año 2019 y en fecha 29 de julio del año 2019 la Fiscalía Provincial de Barcelona formula la querrela que dio origen al presente procedimiento contra D.S.d.T., M.P.E., J.V.T., E.R.L., A.G.P., M.H.S., J.M.B., R.L.C. y J.R.V.R. como presuntos autos autores de un delito de malversación de caudales públicos y otro de fraude y exacción ilegal.

1.2.- Los recurrentes consideran que el Ministerio Fiscal ha infringido su propia normativa al estar tramitando durante un año unas Diligencias de Investigación sin comunicarlo a ninguna de las personas investigadas y sin tomarles declaración. Consideran que las Diligencias de Investigación se llevaron a cabo infringiendo el principio de contradicción y afirman que como consecuencia de todo ello se les causó una indefensión efectiva, toda vez que no pudieron poner en conocimiento del Ministerio Fiscal (y por lo tanto, tampoco llegó a conocimiento del Magistrado que admitió a trámite la querrela) que algunos datos aportados en los informes remitidos por la Policía Nacional no se ajustaban a la realidad de los hechos. Consideran que la aportación de dicha información podría haber modificado sustancialmente el contenido de la querrela o la decisión del Magistrado del Juzgado de Instrucción de admitirla a trámite.

Ciertamente el art. 5 del Estatuto Orgánica del Ministerio Fiscal al atribuir al Ministerio Fiscal la facultad de llevar a término las llamadas Diligencias de Investigación dispone claramente que las mismas deberán tramitarse con pleno respeto a los principios de contradicción, proporcionalidad y defensa y que en ellas el Fiscal recibirá declaración al sospechoso quien habrá de estar asistido de letrado y podrá tomar conocimiento del contenido de las diligencias practicadas.

La propia Fiscalía General del Estado, en su Circular nº 4/2013 dispone que *“cuando la práctica de la diligencia de toma de declaración del sospechoso pudiera frustrar la investigación, lo procedente será judicializar las actuaciones solicitando del Juzgado la*





declaración de secreto. No será admisible por tanto en estos casos continuar investigando hechos ya perfilados de espaldas a un sospechoso claramente determinado”.

El Ministerio Fiscal, al impugnar el recurso de reforma interpuesto, afirma que dicha Circular no exige que -necesariamente- se comunique al sospechoso la investigación que se está llevando a término, recordando que en la misma se dice que conforme al principio de proporcionalidad y de defensa procederá su posposición cuando por ejemplo, no existan todavía indicios de comisión del delito o los contornos de éste permanezcan difusos, o no se dispongan aún de elementos que incriminen al denunciado.

Vale la pena transcribir enteros los párrafos dedicados por la Circular de la Fiscalía General del Estado a dicha cuestión, toda vez que su significado nos parece del todo incuestionable. Efectivamente en la misma se dice que: *Tras la reforma operada en el EOMF por Ley 14/2003 de 26 mayo es en principio obligado tomar declaración al investigado asistido de Letrado y darle conocimiento de lo actuado. La filosofía que alienta la reforma es la que de no se puede investigar a espaldas del sujeto pasivo. Este reconocimiento ineludible debe, no obstante, ser objeto de matizaciones.*

En efecto, de la regulación legal parece desprenderse que esta diligencia es de inexcusable práctica. Pero no debe olvidarse la filosofía que inspira al precepto y que debe inspirar su correcta interpretación: “la necesidad de dar entrada en el proceso a quien resulte imputado desde su fase preliminar de investigación, lo es sólo a los fines de garantizar la plena efectividad del derecho a la defensa y evitar que puedan producirse contra él, aun en la fase de investigación, situaciones materiales de indefensión (SSTC nº 44/1985, 135/1989 y 273/1993) no porque constitucionalmente sea obligada una fase de investigación plenamente contradictoria” (ATC nº 94/2003, de 24 de marzo).

Los principios que el propio art. 5 EOMF enuncia como inspiradores de las diligencias de investigación habrán de orientar a los Sres. Fiscales a la hora de determinar el momento procesal en el que proceda acordar la práctica de esta diligencia. Es claro que no siempre habrá de practicarse inmediatamente a que se abran unas diligencias de investigación. Con respeto al principio de proporcionalidad y de defensa procederá su posposición cuando por ejemplo, no existan todavía indicios de comisión del delito o los contornos de éste permanezcan difusos, o no se dispongan aún de elementos que incriminen al denunciado.

Cuando la práctica de la diligencia de toma de declaración del sospechoso pudiera frustrar la investigación, lo procedente será judicializar las actuaciones solicitando del Juzgado la declaración de secreto. No será admisible por tanto en estos casos continuar investigando de espaldas a un sospechoso claramente determinado.





Ahora bien, en el presente caso parece evidente que el Ministerio Fiscal estuvo investigando de forma ininterrumpida, a lo largo de todo un año, a varias personas que estaban claramente identificadas y a las cuales se les atribuía, desde el primer momento, la posible comisión de varios delitos: un delito continuado de falsedad en documento mercantil, un delito de malversación de caudales públicos, un delito de fraude y exacciones ilegales, un delito de negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos y abuso en el ejercicio de sus funciones y de un delito de blanqueo de capitales.

Si el Ministerio Fiscal solo hubiera pedido información de las entidades implicadas en la presente investigación (Associació Catalana de Municipis y **Incentive Leisure Group**) podríasostenerse su argumentación, pero lo cierto es que desde el primer momento solicitó toda la información que pudiera existir, de personas físicas claramente determinadas, en las bases de datos de la Hacienda Pública, de la Tesorería General de la Seguridad Social y del Fichero de Titularidades Financieras.

La petición de dicha información solo podía estar justificada (aunque como ya hemos visto se libraron múltiples oficios sin ningún Decreto que los sustentaran) si el Ministerio Fiscal consideraba que existían indicios suficientes para solicitar una información que, de otra forma, no podría haberse obtenido, toda vez que no es de acceso al público en general.

Si el Ministerio Fiscal consideraba que todavía no existían indicios de la comisión de los delitos antes mencionados, o que sus contornos permanecían tan difusos que no permitían que se incriminara a ninguno de ellos, no parece razonable que solicitara, con el detalle con el que lo hizo, la información a la Hacienda Pública y al resto de organismos públicos.

Por tanto, no nos cabe ninguna duda de que el Ministerio Fiscal estuvo llevando a cabo una investigación contra varias personas a las que indiciariamente atribuía la comisión de una pluralidad de hechos delictivos y que lo hizo infringiendo los principios establecidos en el art. 5 del Estatuto del Ministerio Fiscal y en la Circular de la Fiscalía General del Estado nº 4/2013.

1.3.- Además, el Ministerio Fiscal no podía desconocer que la última jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo ha sido especialmente crítica con la facultad que se le atribuye de practicar Diligencias de Investigación de carácter preprocesal. Precisamente por esta razón el Tribunal Supremo ha sido exigente al considerar que el derecho de defensa y el principio de contradicción también debe aplicarse sin ningún tipo de cortapisas en la tramitación de dichas Diligencias de Investigación.





Efectivamente, la Sentencia del Tribunal Supremo nº 980/2016 analiza dicha cuestión en profundidad haciendo constar lo siguiente: *De lo que se trata es de responder al interrogante acerca de si el estándar constitucional de garantías para el investigado penal ha de modularse, admitiendo incluso su relajación, en función del modelo de investigación en el que se desarrolle la práctica de aquellas diligencias. Y ya anticipamos que ni la LECrim, ni la Ley 50/1981, 30 de diciembre, por la que se aprueba el EOMF, ni, en fin, las circulares e instrucciones dictadas para lograr la uniformidad en la actuación de los Fiscales, avalan esa convencional e interesada división entre las garantías del preinvestigado cuando comparece ante el Fiscal y las garantías del investigado cuando es llamado ante la autoridad judicial. La Sala no puede identificarse con el criterio que late en el recurso del Ministerio Público, según el cual, cuando la investigación se dirige por el Fiscal las garantías constitucionales se difuminan y devienen renunciables. **Ya encierra una extravagancia legislativa que nuestro sistema admita la posibilidad de que el ciudadano al que se impute un delito sea sometido a una investigación inicial de naturaleza preparatoria (arts. 5 del EOMF y 773.2 LECrim) de una segunda etapa, también de naturaleza preparatoria (arts. 299 y 771.1 LECrim).** Cuando lo preparatorio precede a lo preparatorio, no resulta fácil encontrar justificada esa doble secuencia sobre la que se construye la fase de investigación del hecho imputado. **Está claro, sin embargo, que las dudas para explicar nuestra singularidad no pueden resolverse degradando funcionalmente el primer escalón de la actuación del Estado -eso es, no otra cosa, lo que define la prefase de investigación desarrollada por el Fiscal-, de suerte que el ciudadano pueda ser despojado del irrenunciable cuadro de garantías que le asisten cuando es llamado para responder de algún hecho de significación penal y que le es indiciariamente atribuido.***

Tampoco podemos coincidir con la línea argumental que inspira el recurso del Fiscal, conforme a la cual, la presencia de Letrado en el interrogatorio al que fue sometido el agente denunciado era perfectamente prescindible al no hallarse éste detenido. No es eso lo que prescribe el apartado 2 del art. 5 del EOMF. En él no sólo se exige la asistencia de Letrado en el acto del interrogatorio, sino que se proclama el derecho de defensa como uno de los principios que han de informar la práctica de esas diligencias: "... todas las diligencias que el Ministerio Fiscal practique o que se lleven a cabo bajo su dirección gozarán de presunción de autenticidad. [...] Los principios de contradicción, proporcionalidad y defensa inspirarán la práctica de esas diligencias. [...] A tal fin, el Fiscal recibirá declaración al sospechoso, quien habrá de estar asistido de letrado y podrá tomar conocimiento del contenido de las diligencias practicadas". En la misma línea, el art. 773.2 de la LECrim establece que "el Ministerio Fiscal podrá hacer comparecer ante sí a cualquier persona en los términos establecidos en la ley para la citación judicial, a fin de recibirle declaración, en la cual se observarán las mismas garantías señaladas en esta Ley para la prestada ante el Juez o Tribunal". Y las garantías asociadas al derecho de defensa están expresamente anunciadas en el art. 118 de la LECrim, encabezado por una locución cuyo olvido aleja al proceso penal de





sus principios informadores: "toda persona a quien se atribuya un hecho punible podrá ejercitar el derecho de defensa". No existen, pues, otras limitaciones que las expresamente fijadas en ese mismo precepto, cuya literalidad no prescinde del Fiscal cuando menciona a los sujetos públicos destinatarios de ese recordatorio: "el derecho de defensa comprende la asistencia letrada de un abogado de libre designación o, en su defecto, de un abogado de oficio, con el que podrá comunicarse y entrevistarse reservadamente, incluso antes de que se le reciba declaración por la policía, el fiscal o la autoridad judicial (...) y que estaré presente en todas sus declaraciones así como en las diligencias de reconocimiento, careos y reconstrucción de hechos" (art. 118.2, 2º LECrim) .

Así lo ha entendido también la Fiscalía General del Estado. En la Circular núm. 1/1989 -de la que se hace eco la sentencia de instancia-, cuando se ocupa de "La fase preprocesal del proceso, en especial la investigación por el Fiscal", razona en los siguientes términos: "... en cuanto a la forma de los actos, deberán observarse en ellos las garantías legales, en especial en el interrogatorio del imputado, al que habrá de informársele de los derechos que le concede el artículo 24 de la Constitución y que deberá hacerse en presencia de un Letrado (art. 785.1), para lo cual el artículo 785.5 prevé que los Colegios de Abogados remitirán una copia de la lista de colegiados ejercientes del turno de oficio al Fiscal, lista que los Sres. Fiscales deberán, en otro caso, reclamar".

De forma más reciente, la Directiva (UE) 2016/343, relativa al derecho a la presunción de inocencia, cuya eficacia exige como presupuesto el adecuado ejercicio del derecho de defensa, extiende su aplicación "... a las personas físicas que sean sospechosas o acusadas en procesos penales". Y declara aplicable sus previsiones -ya transpuestas en la reforma 5/2015, 27 de abril- "... a todas las fases del proceso penal, desde el momento en que una persona es sospechosa o acusada de haber cometido una infracción penal, o una presunta infracción penal, hasta que adquiera firmeza la resolución final sobre si la persona ha cometido o no la infracción penal en cuestión " (art. 2).

En definitiva, sean cuales fueren las dificultades para la correcta catalogación de esas diligencias de investigación del Fiscal -preliminares, preprocesales, preparatorias-, lo cierto es que esa etiqueta nunca puede concebirse como una excusa para despojar al ciudadano de las garantías y límites que nuestro sistema constitucional impone a la actividad investigadora de los poderes públicos, tanto si se trata de un sospechoso llamado por el Fiscal u otro ciudadano que, sin haber sido llamado, llega a tener conocimiento de que está siendo investigado por el Ministerio Público.

Una práctica que se distancia de esa elemental idea contribuye a la degradación de nuestro sistema procesal.

1.4.- Por último, parece evidente que si los hoy recurrentes hubieran tenido noticia de la existencia de las Diligencias de Investigación que estaban siendo tramitadas por la Fiscalía Provincial de Barcelona hubieran podido aportar información relevante que





hubiera desnaturalizado algunas de las afirmaciones que se realizan en la querrela que dio origen al presente procedimiento.

Ciertamente, causa perplejidad que la querrela confunda la Fundació Carles Pi i Sunyer d'Estudis Autònoms i locals -cuyo patronato se encuentra presidido por el jurista A.G.F.- con una Asociación (al parecer inexistente) denominada Carles Vives Pi i Sunyer (en realidad debe referirse a Carles Viver Pi-Sunyer). Por otra parte, que una Asociación de Municipios encargue estudios a una Fundación dedicada precisamente al estudio de los entes locales y autonómicos no parece que pueda considerarse ningún indicio de la comisión de un delito, incluso en el caso de que le encargue estudios sobre el ejercicio y la práctica de la democracia directa en el ámbito local o autonómico.

La defensa de los recurrentes afirma que la Associació Catalana de Municipis no llegó a pagar cantidad alguna a la entidad Vectorcat. El Ministerio Fiscal, en el acto de la vista, reconoció la veracidad de dichas manifestaciones al decir que, en todo caso, se habría cometido un delito de malversación en grado de tentativa, pero de nuevo parece que si las defensas de los investigados hubieran tenido alguna intervención en la práctica de las Diligencias de Investigación tramitadas por el Ministerio Fiscal, el Magistrado del Juzgado de Instrucción nº 16 de Barcelona habría tenido a su alcance información especialmente relevante para valorar la verosimilitud de la tesis sustentada en el escrito de querrela por el Ministerio Fiscal.

El Ministerio Fiscal también reconoció que parte de los hechos relatados en la querrela (el pago por parte de la Associació Catalana de Municipis del viaje que varios alcaldes realizaron en fecha 7 de noviembre del año 2017) ya habían sido objeto de investigación por la misma Fiscalía y que la misma había decretado el archivo de las referidas diligencias de investigación por no apreciar la existencia de indicios de la comisión de un hecho delictivo. La Fiscal dijo que la Associació Catalana de Municipis había abonado otros viajes (a través de la **Incentive Leisure Group**) que también podían ser constitutivos de delito. Parece obvio que dicha información -sin duda- hubiera sido relevante para el Magistrado que tenía que decidir sobre la admisión a trámite de la querrela formulada por el Ministerio Fiscal.

Por otra parte, la afirmación de que los despachos de abogados que se mencionan en la querrela (Entrena Abogados SCP, Melero & Gene Associats SLP, Molins & Silva Defensa penal SLP, Martell Abogados Soc. Civil Profesional, Vila Salbanya Mari Advocats Associats SCP, Font & Rosell Advocats SLP, Requena Bufet d'Advocats SCP) estuvieran dispuestos a facturar a la Associació Catalana de Municipis por servicios que no fueron prestados a dicha entidad, sino a personas físicas ajenas al ejercicio de dicha actividad e incursas en procesos judiciales incoados por la celebración de referéndums declarados inconstitucionales, requería de algún sustento documental que fuera más allá





de la simple constatación del abono de unas cantidades dinerarias que se reflejan en el escrito de querrela.

La querrela no explica cómo llega a la conclusión de que los pagos mencionados no se referían a servicios prestados a la Associació Catalana de Municipis. De nuevo, parece claro que, si las defensas de los investigados hubieran podido participar en la tramitación de las Diligencias de Investigación tramitadas por el Ministerio Fiscal, su resultado final podría haber sido muy diferente.

De todo lo expuesto se desprende, como ya hemos dicho anteriormente, que las Diligencias de Investigación tramitadas por el Ministerio Fiscal infringieron principios esenciales expresamente recogidos en el Estatuto del Ministerio Fiscal como el principio de defensa y el principio de contradicción. Además, el Ministerio Fiscal accedió a información -protegida por el derecho fundamental a la intimidad- prácticamente sin dictar ninguna resolución (Decreto) en la que justificara la necesidad de obtenerla y originó de esta forma una efectiva indefensión a las personas que estaba investigando, las cuales no pudieron aportar a dicho procedimiento información relevante que -previsiblemente- hubiera alterado sustancialmente la valoración de los informes elaborados por la Policía Nacional.

Por todo lo expuesto, el material aportado por el Ministerio Fiscal con la tramitación de las Diligencias de Investigación objeto de controversia resultaba claramente inidóneo para sustentar la querrela presentada en fecha 29 de julio del año 2019 contra D.S.d.T., M.P.E., J.V.T., E.R.L., A.G.P., M.H.S., J.M.B., R.L.C. y J.R.V.R., al haberse obtenido con infracción del derecho de defensa y del principio de contradicción -a los que ya hemos referencia anteriormente-, por lo que resultaba de plena aplicación lo dispuesto en el art. 11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

1.5.- Llegados a este punto es necesario analizar si el criterio que hemos mantenido de forma invariable desde hace tiempo, consistente en que contra el auto admitiendo a trámite una querrela no cabe la interposición de recurso alguno es, en todo caso, un obstáculo a la pretensión ejercitada por los recurrentes.

Salvo error u omisión el ponente de la presente resolución, siendo Magistrado de la Audiencia Provincial de Barcelona ha invocado hasta en ocho ocasiones (Rollo de apelación 401/2021, Rollo de apelación 831/2018, Rollo de apelación 716/2014, Rollo de apelación 1032/2012, Rollo de apelación 1036/2012, Rollo de apelación 536/2011, Rollo de apelación 396/2009 y Rollo de apelación 192/2006 -en las dos primeras ocasiones como Presidente de la Sección 7ª y en las restantes como Magistrado de la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Barcelona-) el auto de la Sala Segunda del Tribunal





Supremo de fecha 16 de marzo de 1998 que transcribimos literalmente: *“No ha pasado desapercibido a la perspicacia del Excmo. Sr. Fiscal en su escrito relativo a los diversos recursos de súplica promovidos contra el Auto de esta Sala de 16 febrero 1998, que el querellado no puede utilizar tal recurso de súplica, impugnando el auto de admisión del escrito de querrela contra él mismo formulado. Ni siquiera la amplia formulación del art. 236 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal («Contra los autos de los Tribunales de lo Criminal podrá interponerse el recurso de súplica ante el mismo que los hubiera dictado») permite al querellado, que no ha sido parte en el precedente trámite -pues si lo hubiera sido, inexcusablemente tenía que haber sido oído- entendido exclusivamente con las partes querellantes y el Ministerio Fiscal, impugnar una resolución que se dicta «inaudita parte» y que tiene eficacia de apertura procesal. Ya desde la perspectiva de los recursos contra la admisión o inadmisión de una querrela, destaca la profunda diferencia que otorga la Ley de Enjuiciamiento Criminal en uno y otro supuesto. Mientras contra la desestimación otorga la normativa procesal el recurso de apelación, contra el acogimiento de tal escrito inicial no otorga recurso alguno. Todo ello ha obedecido a que en el mismo momento en que se dictó la resolución de este Tribunal admitiendo la querrela contra el citado Ilmo. Sr. Magistrado, este compareció «motu proprio» en la Secretaría de esta Sala y pidió al señor Secretario en funciones, que se le notificara personalmente, lo que no tenía que hacerse así, si no era el Excmo. Sr. Instructor, el que en la causa abierta, daría a conocer al mismo la imputación e instruirle de sus derechos -diligencia que puede parecer superflua dada la condición de Magistrado en el querellado en este caso concreto, pero así es y debe ser- y continuar seguidamente la instrucción. Esta oficiosidad del querellado no le legitima para la interposición del recurso de súplica, que no se le atribuye en la ley, que con la querrela contra él admitida le confiere la condición de imputado en una causa penal contra él abierta, donde allí puede ejercitar toda clase de medios de defensa. Estima, en suma, este Tribunal que no está legitimado el querellado para impugnar el auto de admisión a trámite de la querrela en cuyas diligencias no ha sido parte y lo único que le cabe es ejercitar los derechos que al imputado se atribuyen en la fase instructora del proceso penal”.*

Dicho criterio, como ya dijimos en nuestro auto de fecha 28 de mayo del año en curso (Rollo de Apelación 401/2021), se ha venido manteniendo por la Sala Segunda del Tribunal Supremo hasta la actualidad. Así, en la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo nº 211/2020 en se afirma que *frente al auto de admisión de querrela no cabe recurso en principio: se podrá pedir luego el archivo. Si después de una investigación se alcanza la conclusión de que los hechos objeto de querrela no eran constitutivos de delito lo procedente será decretar el sobreseimiento libre; nunca retrotraer las actuaciones y anular todo lo actuado para decretar la inadmisión que hubiera procedido (art. 313.1 LECrim).*

Ahora bien, lo cierto es que en ninguno de los supuestos que hemos citado se planteaba que las pruebas o mejor dicho la información aportada por el querellante (el Ministerio





Fiscal que tiene atribuida por la Constitución -art. 124 CE- la misión promover la acción de la justicia **en defensa de la legalidad y de los derechos de los ciudadanos ...**) se hubiera obtenido, como ocurre en el presente caso, vulnerando el principio de contradicción y el derecho de defensa de los hoy recurrentes. La circunstancia de que dicha infracción sea imputable al Ministerio Fiscal hace inviable la aplicación en el presente caso de la doctrina sentada por el Tribunal Supremo y por el Tribunal Constitucional en el llamado "Caso Falciani".

1.6.- Aunque no exista identidad de razón entre el supuesto objeto de controversia y los supuestos que acabamos de citar, sigue existiendo otro obstáculo importante para realizar el pronunciamiento solicitado por los recurrentes. Efectivamente, también hemos dicho en varias ocasiones, citando la Sentencia del Tribunal Constitucional nº 132/2006, que la vulneración de los derechos fundamentales debía alegarse y resolverse en el trámite de cuestiones previas previsto en el art. 786.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

En este sentido, resulta oportuno recordar la argumentación utilizada por la Sentencia del Tribunal Constitucional nº 132/2006 para llegar a dicha conclusión: *Cuando del procedimiento penal abreviado se trata, como es el caso, la Ley de enjuiciamiento criminal prevé un trámite específico para la invocación de la vulneración de los derechos fundamentales durante el procedimiento de primera instancia, al inicio del juicio oral --art. 793.2 vigente en el momento de enjuiciamiento de los hechos, actual art. 786.2. Esta expresa previsión legal tiene especial relevancia en orden a considerar cumplido el requisito del art. 44.1 c) LOTC, de modo que puede establecerse un tratamiento diferenciado respecto de otros supuestos en los que la Ley no contempla expresamente un trámite para la alegación de vulneración de un derecho fundamental, pues allí donde no se establece un trámite procesal específico se «abre un mayor espacio al uso de criterios de flexibilidad, que no estaría justificado ... [cuando] existe una absoluta precisión de ese momento procesal» (STC 153/1999, de 14 de septiembre, FJ 3). Por ello, en la STC 247/1994, de 19 de septiembre, FJ 2, sostuvimos: «**cuando se establece un trámite en una cierta fase del procedimiento no cabe practicarlo en otro momento y así ocurre en el abreviado, donde al comienzo del juicio oral aparece configurada una audiencia preliminar en la que cualquiera de las partes tendrá la oportunidad de exponer cuanto estime oportuno acerca de una serie de cuestiones y entre ellas, la eventual "vulneración de un derecho fundamental" (art. 793.2 LECrim.). Allí y entonces, no antes ni después, pueden y deben proponerse tales cuestiones y la decisión del Juez que recaiga sobre ellas sí puede ser objeto de un proceso de amparo, una vez agotado el recurso de apelación».***

Ahora bien, es necesario tener en cuenta que en dicha sentencia del Tribunal Constitucional estaba fijando el momento preclusivo para invocar la vulneración de derechos fundamentales durante la instrucción de la causa como requisito necesario





para que pudiera prosperar cualquier recurso de amparo basado en dicha vulneración, pero difícilmente puede inferirse de dicha doctrina jurisprudencial que la referida vulneración de derechos fundamentales no pueda invocarse tan pronto como se tiene noticia de la misma. De hecho, esta última conclusión ha sido cuestionada por la doctrina científica, entre ellos por algunos de los Magistrados que en la actualidad forman parte de la Sala Segunda del Tribunal Supremo (ver el Capítulo V del libro de Manuel Lozano-Higuero Pinto y Manuel Marchena Gómez titulado La vulneración de los derechos fundamentales en el procedimiento abreviado y el principio de saneamiento en el proceso penal y el artículo de Antonio del Moral García que lleva por título Últimas tendencias en materia de prueba ilícita).

En realidad, cuando hemos hecho uso de la Sentencia nº 132/2006 del Tribunal Constitucional ha sido porque, con la información obrante en las actuaciones, difícilmente podía hacerse un pronunciamiento que tuviera en cuenta todas las circunstancias necesarias para poder valorar, de forma definitiva, si determinadas pruebas debían ser excluidas del proceso.

Efectivamente, normalmente durante la instrucción se carecen de todos los datos relevantes que pueden influir en la toma de decisión de la regla de exclusión probatoria establecida en el art. 11 de la LOPJ, toda vez que, como es sabido, la jurisprudencia ha venido estableciendo varias excepciones a dicha regla de exclusión, como es el caso de la buena fe, de la fuente independiente o de la conexión atenuada, excepciones que tienen por finalidad huir de un entendimiento que, por su rigidez, aparte la regla de exclusión de su verdadero fundamento.

En muchas ocasiones resulta prácticamente imposible realizar, durante la instrucción de la causa, una valoración definitiva de todas las circunstancias que deben ser tenidas en cuenta para poder decidir si se ha vulnerado un derecho fundamental y, lo que es más importante, si el principio general de exclusión probatoria puede quedar desactivado como consecuencia de alguna de las excepciones a las que hemos hecho referencia anteriormente.

En el presente caso, sin embargo, resulta patente la infracción del principio de contradicción y del derecho de defensa de los investigados, infracción que se originó en la fase preprocesal como consecuencia de una investigación realizada por el Ministerio Fiscal de espaldas a las personas que desde el primer momento aparecían claramente determinadas como sospechosas. Resulta obvio, por tanto, que dicha infracción, al impedir participar a los hoy investigados en defensa de sus intereses, condicionó claramente el resultado de la investigación llevada a cabo por el Ministerio Fiscal y, como consecuencia de lo que ha sido dado en llamar metástasis procesal también afectó directamente al auto dictado por el Magistrado del Juzgado de Instrucción admitiendo a trámite la querrela origen del presente procedimiento.





A nuestro entender, en este caso ya estamos en condiciones de asegurar que concurren todos los requisitos para declarar la nulidad de la prueba (documentación de los investigados obtenida a sus espaldas y obrante en registros y bases de datos que no son de acceso al público en general) y para asegurar que dicha vulneración ha tenido un efecto directo en el contenido de la querrela redactada por el Ministerio Fiscal y en el auto del Juzgado de Instrucción admitiéndola a trámite.

En este sentido, vale la pena recordar el contenido del art. 21 del Anteproyecto de la Ley de Enjuiciamiento Criminal del año 2020 en el que se dispone lo siguiente: *no surtirán efecto las pruebas obtenidas con violación de derechos fundamentales cuando entre el acto de obtención de la prueba y su utilización en el proceso exista una conexión jurídica suficiente.*

Se entenderá que dicha conexión existe cuando la violación consumada comprometa, por su índole y características, la equidad e integridad del proceso, cuando por su intensidad suponga un atentado grave contra el derecho fundamental vulnerado o cuando la admisión de la prueba pueda poner en peligro la eficacia general de dicho derecho, favoreciendo violaciones ulteriores.

Serán, no obstante, admitidas dichas pruebas cuando las partes acusadoras puedan demostrar que habrían llegado a obtenerlas por un medio distinto y lícito.

En conclusión, la infracción del derecho de defensa y del principio de contradicción debería haber llevado al Magistrado del Juzgado de Instrucción nº 16 de Barcelona a inadmitir a trámite la querrela formulada por el Ministerio Fiscal, toda vez que el material utilizado para su redacción se había obtenido con infracción del art. 5 del Estatuto del Ministerio Fiscal.

SEGUNDO.- Recurso de apelación interpuesto contra el auto de fecha 11 de octubre del año 2019 acordando la entrada y registro en los domicilios y sedes de la Associació Catalana de Municipis y de la empresa Incentive Leisure Group así como la incautación de los ordenadores, instrumentos de comunicación telefónica o telemática o dispositivos electrónicos de almacenamientos de datos que se localizaran con ocasión de las entradas y registros y el acceso a la información contenida en los mismos. Asimismo, se acordó la requisa a todos los querrelados de los terminales móviles, tablets y otros dispositivos personales de que dispongan para su posterior volcado (...) al objeto de acceder a la información y/o documentación relativa a los hechos que pudieran contener.

En fecha 11 de octubre el Magistrado del Juzgado de Instrucción nº 16 de Barcelona dictó un auto acordando la entrada y registro en los domicilios y sedes de la Associació Catalana de Municipis y de le empresa **Incentive Leisure Group**.





Los recurrentes se quejan de que dicha resolución no concretó cuál era la finalidad de la entrada y registro y que datos se pretendían obtener y la razón por la que no podían ser conocidos mediante otras diligencias de investigación menos lesivas como mandamientos o requerimientos, pero lo cierto es que no podemos olvidar que se trata del domicilio de dos personas jurídicas que nunca han asumido la condición de investigadas en el presente procedimiento, por lo que no les era aplicable lo dispuesto en el art. 554 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. En este sentido, resulta oportuna la cita de la Sentencia del Tribunal Supremo nº 583/2017 en la que se afirma que no puede olvidarse que *tratándose del domicilio de personas jurídicas nos movemos en un plano diferente al correspondiente al domicilio de personas físicas (STS 202/2007, de 20 de marzo). La protección es más débil en el primer caso como demuestra que el art. 554.4 LECrim solo exija el mandamiento judicial para la principal dependencia de la persona jurídica, pero no para todas. Lo ponía de manifiesto la STS 125/2014, de 20 de febrero, destacando que no existe igual blindaje jurisdiccional ni para el domicilio de personas jurídicas no imputadas ni para todas las sedes de una persona jurídica imputada.*

Ahora bien, en la medida que dicha resolución autorizaba la incautación de dispositivos de almacenamiento masivo de datos y su examen, sí que resulta necesario examinar hasta qué punto dicha resolución dio cumplimiento a lo dispuesto en los arts. 588 bis y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, siendo necesario poner de relieve que, en la actualidad, una vez que entró en vigor la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal operada por la Ley Orgánica 13/2015, no cabe que la resolución judicial autorizando la interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas, la captación y grabación de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos, la utilización de dispositivos técnicos de seguimiento, localización y captación de la imagen, el registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información y los registros remotos sobre equipos informáticos pueda utilizar el socorrido expediente de la motivación por remisión a lo expuesto en la solicitud formulada por el Ministerio Fiscal o en el atestado policial.

Dicha conclusión se desprende claramente del tenor literal de los arts. 588 bis b) y 588 bis c) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en los que se determina con precisión el contenido que debe tener el contenido del escrito del Ministerio Fiscal o de la Policía Judicial solicitando autorización para la realización de alguna de las medidas a las que hemos hecho referencia anteriormente distinguiéndolo del contenido de la resolución judicial, fijando cuál es el contenido de dicha resolución al disponer en su apartado tercero que *la resolución judicial que autorice la medida concretará al menos los siguientes extremos: a) El hecho punible objeto de investigación y su calificación jurídica, con expresión de los indicios racionales en los que funde la medida. b) La identidad de los investigados y de cualquier otro afectado por la medida, de ser conocido. c) La extensión de la medida de injerencia, especificando su alcance así*





como la motivación relativa al cumplimiento de los principios rectores establecidos en el artículo 588 bis a. d) La unidad investigadora de Policía Judicial que se hará cargo de la intervención. e) La duración de la medida. f) La forma y la periodicidad con la que el solicitante informará al juez sobre los resultados de la medida. g) **La finalidad perseguida con la medida.** h) El sujeto obligado que llevará a cabo la medida, en caso de conocerse, con expresa mención del deber de colaboración y de guardar secreto, cuando proceda, bajo apercibimiento de incurrir en un delito de desobediencia.

Así lo entendió la Sala Segunda del Tribunal Supremo en su Sentencia nº 55/2020 cuando dijo que *ciertamente no se deduce una motivación muy extensa ni intensa en cada una de tales resoluciones judiciales, y hoy, tras la LO 13/2015 no hubieran pasado el filtro de convalidación (ver art. 588 bis c) 3 a), en donde han de constar los indicios racionales en los que se funde la medida), pero en la fecha de su dictado, se encontraba vigente la doctrina de la motivación por remisión al oficio policial, y esto es lo que ocurre en el caso de autos.*

Pues bien, es incuestionable que, pese a la extensión del auto dictado en fecha 11 de octubre del año 2019, el mismo no contiene una descripción de los indicios racionales que permitan atribuir a los querellados la comisión de los delitos de malversaciones de caudales públicos y de fraude o exacciones ilegales objeto de investigación. Por el contrario, resulta patente que dicha resolución utiliza la llamada motivación por remisión cuando, al valorar la existencia de los posibles delitos de malversaciones de caudales públicos y de fraude y exacción ilegal, dispone literalmente lo siguiente: *en el supuesto de autos contamos con sólidos indicios de apuntan a la presunta comisión de los delitos de malversación de caudales públicos, fraude y exacción ilegal ... tal y como se hace constar en los escritos de interposición de la querrela y solicitud de mandamientos de entrada y registro formulados por el Ministerio Fiscal, aquí por reproducidos y referidos en los antecedentes de esta resolución ..., así como se desprenden tales indicios del conjunto documental aportado por la unidad instructora.*

Desconocemos, por tanto, cuáles fueron los indicios que el Magistrado del Juzgado de Instrucción tuvo en cuenta para adoptar la medida de incautación y examen de los dispositivos de almacenamiento masivo de datos que pudieran localizarse en poder de los querellados y en el interior de las sedes de la Associació Catalana de Municipis y en la empresa **Incentive Leisure Group**.

Pero además la resolución objeto de controversia, contraviniendo expresamente lo dispuesto en el art. 555 sexies c) y en el art. 588 bis c) tampoco fijó los términos y el alcance del registro o la extensión de la medida de injerencia. De hecho, la única limitación que parece realizar dicha resolución se refiere a los dispositivos que pudieran localizarse en las sedes de la agencia de **Incentive Leisure Group**, al acordar que la





unidad





instructora se **limitará** a realizar el clonado de toda la información relacionada con **la concreta participación de la dicha agencia en los hechos** que será precintada para su posterior apertura en sede judicial en el momento procesal oportuno. Por el contrario, en relación al resto de dispositivos incautados no se estableció ninguna limitación a su examen, lo que induce a pensar que se trataba de una investigación claramente prospectiva.

En este sentido, resulta pertinente recordar la importancia de los derechos fundamentales que pueden quedar afectados mediante el examen de estos dispositivos de almacenamiento masivo de datos. La Sentencia del Tribunal Constitucional nº 173/2011 ya recordaba *la importancia de dispensar protección constitucional al cúmulo de información personal derivada del uso de los instrumentos tecnológicos de nueva generación. Allí puede leerse el siguiente razonamiento: "si no hay duda de que los datos personales relativos a una persona individualmente considerados, a que se ha hecho referencia anteriormente, están dentro del ámbito de la intimidad constitucionalmente protegido, menos aún pueda haberla de que el cúmulo de la información que se almacena por su titular en un ordenador personal, entre otros datos sobre su vida privada y profesional (en forma de documentos, carpetas, fotografías, vídeos, etc.) -por lo que sus funciones podrían equipararse a los de una agenda electrónica-, no sólo forma parte de este mismo ámbito, sino que además a través de su observación por los demás pueden descubrirse aspectos de la esfera más íntima del ser humano. Es evidente que cuando su titular navega por Internet, participa en foros de conversación o redes sociales, descarga archivos o documentos, realiza operaciones de comercio electrónico, forma parte de grupos de noticias, entre otras posibilidades, está revelando datos acerca de su personalidad, **que pueden afectar al núcleo más profundo de su intimidad por referirse a ideologías, creencias religiosas, aficiones personales, información sobre la salud, orientaciones sexuales, etc.** Quizás, estos datos que se reflejan en un ordenador personal puedan tacharse de irrelevantes o livianos si se consideran aisladamente, pero si se analizan en su conjunto, una vez convenientemente entremezclados, no cabe duda que configuran todos ellos un perfil altamente descriptivo de la personalidad de su titular, que **es preciso proteger frente a la intromisión de terceros o de los poderes públicos**, por cuanto atañen, en definitiva, a la misma peculiaridad o individualidad de la persona. A esto debe añadirse que el ordenador es un instrumento útil para la emisión o recepción de correos electrónicos, pudiendo quedar afectado en tal caso, no sólo el derecho al secreto de las comunicaciones del art. 18.3 CE (por cuanto es indudable que la utilización de este procedimiento supone un acto de comunicación), sino también el derecho a la intimidad personal (art. 18.1 CE), en la medida en que estos correos o email, escritos o ya leídos por su destinatario, quedan almacenados en la memoria del terminal informático utilizado. Por ello deviene necesario establecer una serie de garantías frente a los riesgos que existen para los derechos y libertades públicas, en particular la intimidad*





personal, a causa del uso indebido de la informática así como de las nuevas tecnologías de la información".

En un sentido muy similar se pronuncia la Sala Segunda del Tribunal Supremo, que en su Sentencia nº 489/2018 ha dicho que *partiendo de la plurifuncionalidad de los datos que se almacenan en cualquier ordenador y otros dispositivos asimilables por su capacidad de acumular información vinculada a una persona (smartphone) se conviene en la necesidad de un tratamiento unitario a partir de la proclamación de un **derecho al entorno digital**. Sería un derecho de nueva generación que serviría para alumbrar y justificar distintos escalones de protección jurisdiccional (SSTS 342/2013, de 17 de abril; 587/2014, de 24 de febrero, y 587/2014, de 18 de julio).*

De ahí que en nuestra renovada legislación procesal haya emergido en fechas recientes, como diligencia específica que reclama garantías singulares (diferentes al registro de un vehículo o una maleta, por ejemplo) el registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información (...) Se aprecia una diferencia no simplemente cuantitativa, sino también cualitativa entre lo que supone registrar los cajones de la mesa que un empleado despedido venía utilizando, o sigue usando; y el acceso a un dispositivo electrónico de exclusivo uso como es un ordenador. En este caso hay un plus determinado no solo porque puede suponer desnudar virtualmente a una persona, sino porque incide también en otro derecho de nueva generación como es la autodeterminación informativa.

Esta idea era repetida en la jurisprudencia, antes de la citada reforma de la LECrim que surge a remolque de elaboraciones jurisprudenciales. Los principios rectores establecidos en el nuevo art 588 bis a) LECrim, según asume expresamente la exposición de motivos de la LO 13/2015, suponen la proclamación normativa de axiomas que el Tribunal Constitucional, y también esta Sala, ya habían definido como determinantes de la validez de los actos de injerencia en la privacidad del investigado en un proceso penal.

*Justificando la regulación establecida en el nuevo capítulo VIII del Título Octavo de la Ley Procesal Penal la exposición de motivos expone: "descarta cualquier duda acerca de que esos instrumentos de comunicación y, en su caso, almacenamiento de información son algo más que simples piezas de convicción. **De ahí la exigente regulación respecto del acceso a su contenido**".*

Llegados a este punto, no cabe duda de que cuando la Exposición de Motivos habla de la exigente regulación respecto del acceso al contenido de los dispositivos de almacenamiento masivo de información está haciendo referencia, precisamente, a la necesidad de que la autorización judicial fije, como hemos dicho anteriormente, los términos y el alcance del registro o la extensión de la medida de injerencia, requisito íntimamente vinculado con el principio de especialidad al que hace referencia el art. 588 bis a) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y que según la misma Exposición de Motivos de la LO 13/2015 **exige que la actuación de que se trate tenga por objeto el**





esclarecimiento de un hecho punible concreto, prohibiéndose pues las medidas de investigación tecnológica de naturaleza prospectiva, de acuerdo con el concepto que informa la doctrina emanada del máximo intérprete de la Constitución, por todas la sentencia 253/2006, de 11 de septiembre. Las medidas de investigación tecnológica deben además satisfacer los principios de idoneidad, excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad, cuya concurrencia debe encontrarse suficientemente justificada en la resolución judicial habilitadora, donde **el juez determinará la naturaleza y extensión de la medida en relación con la investigación concreta y con los resultados esperados**.

En realidad, del examen de dicha resolución, parece deducirse que el Magistrado renunció a ejercer algún tipo de control sobre la investigación que estaba llevando a cabo la Policía Nacional, apartándose claramente del modelo establecido por la jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que, refiriéndose a la autorización judicial de una intervención telefónica (pero con argumentos que pueden trasladarse sin dificultad al presente caso), ha dicho que *para que sea constitucionalmente legítima una injerencia en el derecho al secreto de las comunicaciones el Juez ha de verificar la presencia de indicios constatables por un tercero que rebasen el dintel de las meras sospechas y gocen de cierta potencialidad acreditativa. Sin llegar a constituir prueba han de representar algo más que una conjetura. No bastan meras afirmaciones apodícticas de sospecha. El órgano judicial ha de valorar no sólo la gravedad y naturaleza de los delitos que se pretende indagar; y la necesidad de la invasión de un derecho fundamental para esa investigación. Es imprescindible que efectúe un juicio ponderativo sobre el nivel cualitativo de los indicios que avalan las sospechas.*

La suficiencia de los indicios para llegar a afirmar la probabilidad de las deducciones justificativas de las escuchas es, valoración que no puede hurtarse al Juez de Instrucción: no puede descansar exclusivamente en los agentes policiales. No basta con que éstos afirmen que tienen sospechas fundadas o que exterioricen sus conclusiones para que el Juez las asuma acríticamente. Es necesario que aporten al instructor los elementos objetivos que apoyan ese juicio de probabilidad para que este pueda realizarlo autónomamente y no de forma vicaria. La constatación de la solidez de esos indicios es parte esencial del proceso discursivo y valorativo que debe realizar el Juez antes de conceder la autorización. Es el Instructor quien ha de sopesar el nivel de probabilidad que se deriva de los indicios. Sólo cuando éste adquiera cotas que sobrepasen la mera posibilidad, estará justificada la injerencia.

Cuando se trata de "deducciones", de "sospechas" que nacen de datos de experiencia, de "intuiciones", más o menos fundadas, es indispensable, por ello, que sea el Juez quien recorra por sí mismo el itinerario discursivo que lleva de los datos objetivos y contrastables a la deducción valorativa. No es que la policía judicial no pueda sugerir valoraciones e incluso exteriorizar opiniones. Eso es también parte de su función: manejar hipótesis, contrastar datos, deducir... Pero esas valoraciones no pueden





sustituir la evaluación que ha de realizar autónomamente el Juez que no puede reducir su papel a la aceptación acrítica de la hipótesis policial. Debe reconstruirla, reformularla desde sus propios criterios para lo que es indispensable que se le faciliten los elementos factuales más objetivos y neutros de los que se quiere extraer la conclusión o deducción (valoración más subjetiva lo que no significa que no sea compartible y argumentable). No tiene por qué discrepar de la deducción policial. En muchas ocasiones habrá coincidencia. Pero sí debe contrastar esa deducción partiendo de los datos o elementos externos sobre los que se efectuó (ver STS nº 52/2020).

En conclusión, el auto dictado en fecha 11 de octubre del año 2019 no exteriorizó los indicios de la comisión del delito que se estaba investigando (remitiéndose de forma genérica al escrito de querrela y a la documental obrante en las actuaciones), ni fijó la extensión que debía tener el examen de los dispositivos de almacenamiento masivo que se intervinieron, ni mucho menos especificó cuáles eran los resultados que esperaba obtener con dicha medida.

En consecuencia, resulta obvio que la resolución impugnada no se atuvo a las prescripciones establecidas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal y, por ello, vulneró el derecho fundamental a la intimidad de las personas (art. 18 del CE).

TERCERO.- Recurso de apelación interpuesto contra el auto de fecha 4 de diciembre del año 2020 acordando prorrogar el secreto de las actuaciones por un mes mas.

En la fecha en que se dictó el auto admitiendo a trámite la querrela formulada por el Ministerio Fiscal también se acordó, en la misma resolución, el secreto de las actuaciones.

En fecha 30 de noviembre y uno de diciembre del año 2020, cuando ya había transcurrido más de un año desde la incoación del presente procedimiento, la Sección 7ª de la Audiencia Provincial de Barcelona acordó levantar el secreto de la causa.

En una de dichas resoluciones se dice expresamente que *la única razón que parece justificar el mantenimiento del secreto de las actuaciones es la tardanza en los informes que, al parecer, está llevando a cabo la policía judicial, analizando la documentación contenida en los dispositivos de almacenamiento masivo de información intervenidos a los investigados y con ocasión de las entradas y registros practicadas ya hace más de un año. Pero resulta patente que dicha circunstancia, por si sola, no puede justificar el mantenimiento del secreto de las actuaciones. Hubiera sido necesario que el Magistrado a quo explicara en qué medida, el hecho de que los investigados tuvieran acceso a la documentación obrante en la causa tramitada contra ellos, podría dar lugar a que*





obtuvieran una información que les permitiera perjudicar la investigación llevada a cabo por el Juzgado de Instrucción nº 16 de Barcelona.

Sin embargo el Juez de Instrucción, pese a tener pleno conocimiento de las resoluciones dictadas por esta Audiencia Provincial (que tiene registro de entrada en el Juzgado de Instrucción en fecha 14 de diciembre del año 2020), desestimó en fecha 22 de febrero del año en curso el recurso de reforma interpuesto contra el auto de fecha 4 de diciembre prorrogando el secreto de las actuaciones.

Dicho auto, desestimando el recurso de reforma interpuesto y, por tanto, confirmando la prórroga del secreto de las actuaciones, es totalmente contradictorio con la providencia dictada en fecha 18 de diciembre del año 2020 por el Magistrado a quo en la que, dando cumplimiento a lo dispuesto por esta Sección de la Audiencia Provincial, acordó dar vista de todo lo actuado (con exclusión de la pieza separada secreta nº 1) a las personas personadas.

Resulta obvio que, por los mismos motivos ya expuestos en nuestros autos de fecha 31 de noviembre y 1 de diciembre del año 2020, es procedente estimar el recurso de apelación interpuesto contra los autos de fecha 4 de diciembre del año 2029 (acordando prorrogar el secreto de las actuaciones) y el de fecha 22 de febrero del año en curso (desestimando el recurso de reforma interpuesto).

CUARTO.- Recurso de apelación interpuesto contra la providencia de fecha 18 de diciembre del año 2020.

Los investigados también recurrieron en reforma la providencia de fecha 18 de diciembre del año 2020 (ver folios 2158 y siguientes de la causa), solicitaron que se acordara alzar el secreto de la pieza separada nº 1 por entender que el mismo contravenía directamente lo dispuesto por esta Sección de la Audiencia Provincial en sus autos de fecha 31 de noviembre y 1 de diciembre del año 2020.

El Juzgado de Instrucción desestimó el recurso de reforma interpuesto con la siguiente argumentación: *en el trámite del presente recurso de reforma de conformidad con el Ministerio Fiscal y sus propios fundamentos, aquí por reproducidos en economía procesal, hay que decir que no han sido desvirtuados por el recurrente los razonamientos tenidos en cuenta por este Juzgado al dictar la resolución recurrida y que se expresan en la misma, por lo que procede su desestimación, declarando no haber lugar a reformar la providencia recurrida, estándose a lo acordado en la misma en todas sus partes, toda vez que, subsistiendo dichas razones, no son bastantes a efectos de varias aquella resolución las manifestaciones que se comprenden en el escrito de reforma.*





Ahora bien, la providencia recurrida carece de toda argumentación jurídica y las alegaciones formuladas por el Ministerio Fiscal en su escrito impugnando el recurso de reforma interpuesto tampoco analiza en qué medida la argumentación utilizada por esta Sección de la Audiencia Provincial de Barcelona para dejar sin efecto el secreto de las actuaciones era también plenamente aplicable al secreto de la pieza separada.

El Ministerio Fiscal se limita a afirmar que la existencia de la pieza separada es plenamente conforme con lo dispuesto en el art. 588 bis d) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y, por este simple hecho, da por supuesto que las resoluciones dictadas por esta Sección de la Audiencia Provincial solo tenían efecto respecto de la pieza principal y no podían afectar a lo acordado en la pieza separada.

Ante todo vale la pena recordar que la misma Sala Segunda del Tribunal Supremo ha considerado, en un supuesto que guarda identidad de razón con el presente, que resulta innecesario incoar una pieza separada que no tiene otra finalidad que la de proporcionar a los autos una mejor organización y facilitar un control más adecuado de las actuaciones (ver STS nº 463/2020).

Pero en todo caso, lo que resulta primordial es que en el escrito del Ministerio Fiscal no existe ninguna mención a las razones que pueden justificar el mantenimiento del secreto de la pieza separada pese a que la Audiencia Provincial ya había acordado el levantamiento del secreto de la causa (por cierto, la Audiencia Provincial no se pronunció sobre si levantaba el secreto de la pieza principal o de la pieza separada porque desconocía que existía una pieza separada secreta dentro de una pieza principal también secreta).

Por todo ello, en base a las mismas razones que ya expusimos en nuestros autos de fecha 31 de noviembre y 1 de diciembre del año 2020, que damos aquí por reproducidas, consideramos procedente estimar el recurso de apelación interpuesto y levantar el secreto de las actuaciones acordado en la pieza separada nº 1.

QUINTO.- Todos los recursos de reforma que acabamos de mencionar fueron resueltos mediante cuatro autos dictados por el Juzgado de Instrucción nº 16 de Barcelona, todos ellos de fecha 22 de febrero del año en curso, y todos ellos con una fundamentación jurídica idéntica que seguidamente reproducimos literalmente: *en el trámite del presente recurso de reforma de conformidad con el Ministerio Fiscal y sus propios fundamentos, aquí por reproducidos en economía procesal, hay que decir que no han sido desvirtuados por el recurrente los razonamientos tenidos en cuenta por este Juzgado al dictar la resolución recurrida y que se expresan en la misma, por lo que procede su desestimación, declarando no haber lugar a reformar el auto (providencia) recurrido,*





estándose a lo acordado en él en todas sus partes, toda vez que, subsistiendo dichas razones, no son bastantes a efectos de varias aquella resolución las manifestaciones que se comprenden en el escrito de reforma.

El contenido de dichas resoluciones, cuya fundamentación jurídica es tan genérica que sirve para desestimar los recursos de reforma interpuestos contra resoluciones que tenían un contenido claramente diferenciado (auto admitiendo a trámite la querrela, auto acordando la entrada y registro y el examen de dispositivos de acumulación masiva de datos, auto prorrogando el secreto de las actuaciones o providencia acordando mantener el secreto de una pieza separada), demuestra, una vez más, el incumplimiento por parte del Juez de Instrucción de realizar un control judicial efectivo de la investigación que estaba llevando a cabo, como única forma de garantizar -a la vez- los derechos fundamentales de los investigados.

A la necesidad de que exista un verdadero control judicial de las medidas acordadas ya se hacía una referencia expresa en el Auto de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de fecha 18 de junio del año 1992. En este sentido, resulta pertinente recordar una Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo -la STS nº 1356/2011- frecuentemente invocada por las defensas y que pocas veces ha sido aplicada, pero que en el presente caso parece especialmente adecuada para describir lo que ha pasado durante la instrucción de la presente causa, en la que literalmente se dice lo siguiente: *En la causa lo que hay es una apariencia de resolución que, cuando menos, evidencia un descontrol en la organización de la oficina judicial y una actuación poco respetuosa con los derechos fundamentales llamados a ser protegidos por el órgano jurisdiccional que, al parecer, acordó la injerencia. La adopción de injerencias en derechos fundamentales exige un escrupuloso respeto y una observancia de la disciplina de garantía dispuesta en la ley para asegurar la judicialidad de la medida y el efectivo control de su ejecución. La falta de firmas evidencia, cuando menos, un descontrol judicial de la injerencia que no puede ser tratada como mero error sin relevancia alguna.*

SEXTO.- Recurso de apelación contra el auto de fecha 22 de octubre del año 2019, acordando incoar la correspondiente pieza separada secreta, y las demás resoluciones que acuerdan la prórroga del secreto.

Los recurrentes dicen que no existía ningún motivo para incoar una pieza separada a fin de incorporar a la misma toda la información obtenida como consecuencia del examen de los dispositivos de información masivo intervenidos con ocasión de las entradas y registros acordadas judicialmente y consideran que, en todo caso, el Juzgado de Instrucción estaba obligado a notificar a los investigados la existencia de dicha pieza separada.





6.1.- Ya hemos dicho que la jurisprudencia ha venido entendiendo que la incoación de una pieza separada en los casos en los que se adopta alguna de las medidas previstas en el art. 588 bis y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal responde a la necesidad de proporcionar a los autos una mejor organización y facilitar un control más adecuado de las actuaciones. Se trata de una disposición legal que no va encaminada a garantizar ningún derecho fundamental de los investigados, sino que pretende organizar de forma adecuada la información que se va incorporando a la investigación llevada a cabo por el Juzgado de Instrucción. En consecuencia, su incumplimiento nunca daría lugar a apreciar la vulneración de un derecho fundamental.

Por otra parte, resulta obvio que en la mayoría de los casos la resolución declarando el secreto de las actuaciones no es notificada a los investigados o a las personas afectadas por la medida acordada judicialmente de interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas, la captación y grabación de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos, la utilización de dispositivos técnicos de seguimiento, localización y captación de la imagen, el registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información y los registros remotos sobre equipos informáticos, sin que la Sentencias del Tribunal Constitucional citadas por los recurrentes (STC nº 365/2019 y 18/1999) sean de aplicación al presente caso. Dichas sentencias analizan la problemática del secreto de las actuaciones en relación a las personas detenidas o sometidas a la medida cautelar de prisión provisional, circunstancia que en este procedimiento nunca se produjo, sin que ninguno de los investigados fuera detenido en el transcurso de las diligencias de investigación practicadas hasta el momento.

Por todo ello, no resulta procedente revocar el auto dictado en fecha 22 de octubre del año 2020, ni las los posteriores resoluciones prorrogando el secreto de la pieza separada dictadas con anterioridad a los autos de esta Sección de la Audiencia Provincial acordando levantar el secreto de las actuaciones.

6.2.- La conclusión no puede ser la misma por lo que se refiere a los autos de 18 de diciembre del año 2020, 15 de enero y 13 de febrero del año en curso, prorrogando el secreto de la pieza separada.

Dichas resoluciones se dictaron cuando esta Sección de la Audiencia Provincial ya se había pronunciado sobre la prórroga del secreto de las actuaciones y había dicho que: *... el Magistrado a quo ha decidido prorrogar el secreto de las actuaciones para, en la terminología utilizada por la Ley de Enjuiciamiento Criminal, prevenir una situación que pueda comprometer de forma grave el resultado de la investigación o del proceso.*

Es necesario, por tanto, analizar hasta que punto dicho peligro es real y en que medida la resolución impugnada ha cumplido con los requisitos de motivación exigidos por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo. Y lo cierto es que la





resolución impugnada no da ninguna pista de qué peligros para la investigación de la causa se pretenden conjurar con la prórroga del secreto de la instrucción de la causa, ni en que medida el alzamiento de dicho secreto puede dificultar la investigación de los delitos que dieron lugar a su incoación: malversación de caudales públicos, fraude y exacción ilegal.

La resolución tampoco hace ninguna valoración sobre como puede estar incidiendo el paso del tiempo en el ejercicio del derecho de defensa de los investigados y, por otra parte, no parece que dicha limitación haya sido interpretada de forma restrictiva por el Magistrado a quo, tal y como exige la propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

*La única razón que parece justificar el mantenimiento del secreto de las actuaciones es la tardanza en los informes que, al parecer, está llevando a cabo la policía judicial, analizando la documentación contenida en los dispositivos de almacenamiento masivo de información intervenidos a los investigados y con ocasión de las entradas y registros practicadas ya hace más de un año. Pero resulta patente que dicha circunstancia, por si sola, no puede justificar el mantenimiento del secreto de las actuaciones. **Hubiera sido necesario que el Magistrado a quo explicara en que medida, el hecho de que los investigados tuvieran acceso a la documentación obrante en la causa tramitada contra ellos, podría dar lugar a que obtuvieran una información que les permitiera perjudicar la investigación llevada a cabo por el Juzgado de Instrucción nº 16 de Barcelona.***

En suma, la resolución impugnada no justifica debidamente la decisión de prorrogar por un mes más el secreto de la causa, secreto que fue acordado en el mes de septiembre del año 2019, habiendo transcurrido mas de un año sin que los investigados hayan tenido acceso a la documentación obrante en la misma, por lo que resulta procedente estimar el recurso de apelación interpuesto y dejar sin efecto la resolución recurrida, declarando de oficio las costas que hubieran podido devengarse en la sustanciación del presente recurso.

Frente a dicho argumentación el Magistrado a quo, al dictar las resoluciones antes mencionadas (de 18 de diciembre del 2020, 15 de enero y 13 de febrero del año en curso), vuelve a realizar una motivación estereotipada que no da respuesta a ninguna de las cuestiones planteadas por esta Audiencia Provincial. Efectivamente, las tres resoluciones tienen una fundamentación jurídica idéntica que pasamos a transcribir: *En el caso presente, las razones que determinaron se acordara el secreto de las actuaciones en los autos referidos por la necesidad de mantener la reserva las investigaciones que viene realizando la unidad policial instructora en el marco de los presentes autos al objeto de impedir que su conocimiento pudiera hacer inoperantes otras medidas que pudiera resultar necesarias y determina la consideración que se estima racional, lógica, fundada respaldada legalmente en forma constitucionalmente adecuada, de que es preciso y necesario prolongar el secreto acordado de la presente pieza separada secreta por un nuevo plazo de treinta días ...*





En consecuencia, sin necesidad de mayores explicaciones, resulta procedente estimar en parte el recurso interpuesto y dejar sin efecto los tres autos dictados en la pieza separada en fecha 18 de diciembre del año 2020, 15 de enero y 13 de febrero del año en curso.

SÉPTIMO.- Consecuencias jurídicas. Así pues, de todo lo expuesto, se desprende que el material aportado por el Ministerio Fiscal con la tramitación de las Diligencias de Investigación objeto de controversia resultaba claramente inidóneo para sustentar la querrela presentada en fecha 29 de julio del año 2019, al haberse obtenido con infracción del derecho de defensa y del principio de contradicción.

Por otra parte, el auto de fecha 11 de octubre del año 2019 acordando la entrada y registro y la intervención y examen de los dispositivos de almacenamiento masivo de datos que se encontraran en dichos domicilios o en poder de los querrelados infringió lo dispuesto en los arts. 588 bis y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, especialmente lo dispuesto en el art. 588 sexies de dicho cuerpo legal, originando de esta forma un vulneración del derecho fundamental a la intimidad y en el derecho de nueva generación como es la autodeterminación informativa, lo que provoca necesariamente la imposibilidad de utilizar el material obtenido a través del examen de dichos dispositivos.

Finalmente, se ha vulnerado el principio de defensa de los querrelados al haberse prorrogado, indebidamente y contraviniendo expresamente lo ya acordado por esta Sección de la Audiencia Provincial, el secreto de la pieza separada nº 1.

Las sucesivas vulneraciones nos abocan ineludiblemente a acordar el sobreseimiento de la causa, toda vez que toda la información recogida a lo largo de la presente investigación se obtuvo con vulneración de los derechos fundamentales a los que ya hemos hecho referencia en los fundamentos jurídicos anteriores, sin que concurra ninguno de los supuestos excepcionales que permiten evitar la aplicación de la regla de exclusión probatoria, como es el caso de la buena fe, de la fuente independiente o de la doctrina jurisprudencia sobre conexión de antijuridicidad.

Antes de finalizar es necesario hacer un breve comentario a la alegación realizada en el acto de la vista por el Ministerio Fiscal, al afirmar que, aun aceptando que se hubiera podido incurrir en alguna irregularidad, ello nunca podría comportar la aplicación de la regla de exclusión probatoria o la declaración de nulidad de lo actuado, toda vez que en ningún caso se habría causado una efectiva indefensión a los querrelados y hoy recurrentes. Según sus manifestaciones, cuando los hoy recurrentes sean citados a declarar en calidad de investigados tendrán oportunidad de defenderse de los hechos delictivos que presuntamente se les están atribuyendo y podrán pedir la práctica de





todas las diligencias de investigación que consideren necesarias para una correcta instrucción de la causa, razón por la que nunca se les habría causado una situación de indefensión material.

No podemos compartir las alegaciones efectuadas por el Ministerio Fiscal. En primer lugar, porque ya hemos explicado en el primer fundamento jurídico que la forma en que se llevó a cabo la investigación por el Ministerio Fiscal produjo una efectiva indefensión a los investigados que se vieron privados de aportar a la investigación del Fiscal datos especialmente relevantes que podrían haber cambiado el signo de la investigación o el resultado final de la misma.

En segundo lugar, la apreciación de la vulneración de un derecho fundamental como el derecho a la intimidad protegido por el art. 18 de la Constitución Española, que es el derecho claramente afectado por la medida acordada de intervención y examen de los dispositivos de almacenamiento masivo de información, no puede quedar desdibujada por el hecho de que los querellados puedan ejercitar el derecho de defensa en un momento posterior.

OCTAVO.- Declaramos de oficio las costas que hubieran podido devengarse en la sustanciación del presente recurso.

Vistos los artículos de general y pertinente aplicación,

PARTE DISPOSITIVA

ESTIMANDO los recursos de apelación interpuestos por la representación procesal de D.S.d.T., M.P.E., J.V.T., E.R.L., A.G.P., M.H.S., J.M.B., R.L.C. y J.R.V.R., contra los autos de fecha 12 de septiembre y 11 de octubre del año 2019, el auto de 4 de diciembre y la providencia de fecha 18 de diciembre del año 2020, así como el auto de fecha 22 de octubre del año 2019 y los sucesivos acordando la prórroga del secreto de la pieza separada nº 1, dictados en las Diligencias Previas nº 889/2019 del Juzgado de Instrucción nº 16 de Barcelona, **ACORDAMOS EL SOBRESERIMIENTO DE LA CAUSA.** Declaramos de oficio las costas procesales que hubieran podido devengarse durante la sustanciación del presente recurso.





Notifíquese el presente auto a las partes en legal forma, haciéndoles saber que contra el mismo no cabe recurso alguno.

Remítase al Juzgado de Instrucción de procedencia certificación de este auto, para su conocimiento y demás efectos legales, conservando en el presente Rollo testimonio del mismo.

Lo acordamos y firmamos los magistrados arriba expresados.

DILIGENCIA.- Seguidamente se cumple lo ordenado. Doy fe.

