

BASE DE DATOS DE Norma DEF.-

Referencia: NCJ066679

TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia 432/2023, de 5 de junio de 2023

Sala de lo Penal

Rec. n.º 5115/2021

SUMARIO:**Procedimiento penal. Instrucción. Publicidad de las actuaciones judiciales. Secreto de actuaciones. Prueba preconstituida.**

El sumario es secreto para cualquiera salvo para las partes personadas «que podrán tomar conocimiento de las actuaciones e intervenir en todas las diligencias del procedimiento» (arts. 301, 302 LECrim.), pudiendo el Juez de Instrucción declarar secreto el sumario también para las partes, a propuesta del Ministerio Fiscal, de las partes o de oficio, mediante Auto.

El secreto de las actuaciones no constituye una medida limitativa de un derecho fundamental, aunque puede incidir en el derecho de defensa y no produce indefensión si levantado el secreto la parte ha podido preparar su defensa. Únicamente podrá tener relevancia constitucional si se introducen en el proceso las declaraciones testificales practicadas ante el Juez Instructor como pruebas preconstituidas. La legitimidad constitucional de la prueba preconstituida exige no sólo que se haya practicado ante el Juez, sino con garantía de contradicción, y ello porque constituye una excepción a la regla de que la prueba constitucionalmente válida es sólo la que se practica en el juicio oral.

El secreto supone una excepción al principio general de defensa e intervención en el sumario de toda persona desde el traslado de la imputación cuando dicho conocimiento pueda perjudicar la investigación. Para acordar el secreto de las actuaciones debe por tanto llevarse a cabo un juicio de ponderación que justifique el sacrificio del derecho de defensa ante su colisión con otros intereses igualmente dignos de protección, incluso más dignos de protección, como son los de la realización de la justicia e investigación de los delitos, finalidad de primer orden, en una sociedad democrática. En atención a ello, la declaración del secreto, al igual que la restricción de otros derechos fundamentales, debe atender a los principios de necesidad, proporcionalidad y excepcionalidad. Tal secreto puede existir desde el inicio del procedimiento, pudiendo incluso abarcar el acto de notificación al imputado. En todo caso se fija un límite temporal insoslayable: el secreto ha de alzarse antes de finalizar la investigación, con una antelación de al menos diez días. Sólo así se abre a las partes el conocimiento de lo actuado y la posibilidad de enriquecer la investigación con su propia perspectiva o de neutralizar los indicios que puedan militar en su contra. Sin embargo, aunque el secreto de las actuaciones se haya prolongado excesivamente o no se haya levantado con suficiente antelación a la conclusión del sumario, no puede derivarse de ahí sin más un efecto anulador y para ello, será necesario un plus: constatar que en efecto se han disminuido de manera relevante las posibilidades de defensa, no en abstracto y por vía de principios, sino en concreto.

PRECEPTOS:

Ley de Enjuiciamiento Criminal arts. 118, 302 y 588 bis.
Constitución española, arts. 18 y 120.1.

PONENTE:

Don Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre.

Magistrados:

Don MANUEL MARCHENA GOMEZ
Don JUAN RAMON BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE
Don ANA MARIA FERRER GARCIA
Don EDUARDO DE PORRES ORTIZ DE URBINA
Don ANGEL LUIS HURTADO ADRIAN

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 432/2023

Fecha de sentencia: 05/06/2023

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 5115/2021

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 10/05/2023

Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

Procedencia: AUD.PROVINCIAL SECCION N. 7

Letrada de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Tomás Yubero Martínez

Transcrito por: MMD

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 5115/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

Letrada de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Tomás Yubero Martínez

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 432/2023

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D.^a Ana María Ferrer García

D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

D. Ángel Luis Hurtado Adrián

En Madrid, a 5 de junio de 2023.

Esta Sala ha visto Esta Sala ha visto el recurso de casación nº 5115/2021, interpuesto por el MINISTERIO FISCAL, contra el auto de fecha 8 de julio 2021, dictado por la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Barcelona, en los Rollos 311/2021, 312/2021, 313/2021 y 383/2021, procedente de las Diligencias Previas 889/2019, del Juzgado de Instrucción nº 16 de Barcelona, auto que acordó el sobreseimiento de la causa; y, como parte recurrida: D. Eleuterio y D. Epifanio, representados por el procurador D. Ignacio de Anzizu Pigem; bajo la dirección letrada de D.^a Judit Gené Creus; D. Ezequias, D.^a Inés, D. Feliciano, y D.^a Joaquina, representados por el procurador D. Anibal Bordallo Huidobro, bajo la dirección letrada de D. Rafael Entrena Fabrè; D. Gabino, representado por el procurador D. Ignacio López Chocarro, bajo la dirección letrada de D.^a Judit Gené Creus; D. Gregorio, representado por el procurador D. Ignacio López Chocarro, bajo la dirección letrada de D. Pedro Soriano Mendiara; y D. Hilario, representado por el procurador D. Enrique Álvarez Vicario, bajo la dirección letrada de D. Rafael Cabrero Acosta.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre.

ANTECEDENTES DE HECHO**Primero.**

El Juzgado de Instrucción nº 16 de Barcelona instruyó Diligencias Previas nº 889/2019, contra Eleuterio, Epifanio, Ezequias, Inés, Feliciano, Joaquina, Gabino, Hilario y Gregorio, por un delito de malversación de caudales públicos y otro de fraude y exacción ilegal, dictando diversas resoluciones: a) el auto de fecha 12 de septiembre del año 2019 admitiendo a trámite la querella 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 Viajes Alemany SA, 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 requisa a todos los querellados 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; 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 la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Barcelona, que en los Rollos 311/2021, 312/2021, 313/2021 y 383/2021, dictó auto de fecha 8 de julio de 2021, que contiene los siguientes hechos probados:

<<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 querella 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 Viajes Alemany SA, 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 requisa a todos los querellados 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. >>

Segundo.

La Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Barcelona, dictó el siguiente pronunciamiento:

<<ESTIMANDO los recursos de apelación interpuestos por la representación procesal de Eleuterio, Epifanio, Ezequias, Inés, Feliciano, Joaquina, Gabino, Hilario y Gregorio, 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 SOBRESEIMIENTO 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. >>

Tercero.

Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación, por infracción de ley, por el Ministerio Fiscal, que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, las certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

Cuarto.

El Ministerio Fiscal, basa su recurso en los siguientes motivos:

Motivos aducidos por el MINISTERIO FISCAL:

Motivo único.- Al amparo del artículo 849.1º LECrim por indebida inaplicación de los artículos 432 párrafo 1 y párrafo 3 b), en relación con el artículo 252, y 436, todos ellos del Código Penal.

Quinto.

Instruidas las partes del recurso interpuesto, la Sala los admitió, quedando conclusos los autos para el señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

Sexto.

Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebró deliberación y votación el día 10 de mayo de 2023.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

RECURSO MINISTERIO FISCAL

Primero.

Contra el auto de la Sección 7ª de la Audiencia Provincial de Barcelona de fecha 8-7-2021, que estimó los recursos de apelación interpuestos por las representaciones procesales de los querellados Eleuterio, Epifanio, Ezequias, Inés, Feliciano, Joaquina, Gabino, Hilario y Gregorio, contra los autos del Juzgado de Instrucción nº 16 de Barcelona de fecha 12-9-2019, que acordó admitir a trámite la querrela formulada por el Ministerio Fiscal contra los referidos querellados como presuntos autores de un delito de malversación de caudales públicos, y otro de fraude y exacciones ilegales; de fecha 11-10-2019 que acordó la entrada y registro en los domicilios y sedes de la Associació Catalana de Municipios y de la empresa Viajes Alemany SA, 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 la requisa a todos los querellados 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; de fecha 4-12- 2020 que acordó prorrogar el secreto de las actuaciones por un mes más; del auto que desestimó la reforma de la providencia de 12-10-2019, que acordó incoar la correspondiente pieza separada secreta y los mismos acordando la prórroga del secreto de la pieza separada 1ª, dictados en las Diligencias Previas 889/2019, del Juzgado de Instrucción nº 16 de Barcelona, se interpone por el Ministerio Fiscal recurso de casación por un único motivo, al amparo del art. 849.1 LECrim por indebida inaplicación de los arts. 432 párrafos 1 y 3 b), en relación con el art. 252; y del art. 436, todos del Código Penal, dado que la vulneración de derechos fundamentales acordada en el auto recurrido es la que ha impedido la correcta subsunción de los hechos en aquellos preceptos penales, esto es, la decisión sobre aquellas vulneraciones constitucionales es absolutamente necesaria para decidir sobre la aplicación del derecho.

- Considera el Ministerio Fiscal que la decisión de la Audiencia acordando el sobreseimiento de las Diligencias Previas ha sido tomada de forma anticipada, extemporánea e improcedente e impide la continuación de la fase de instrucción y la fase de enjuiciamiento, donde debiera debatirse la aplicación de los artículos mencionados.

En el desarrollo del motivo el Ministerio Fiscal destaca como el auto recurrido es complejo al acumularse distintas cuestiones derivadas de diferentes recursos:

En primer lugar, el recurso contra el auto de 12 de septiembre de 2019 por el que se acuerda admitir la querrela interpuesta por el Ministerio Fiscal, al que se refiere el fundamento de derecho primero y en el que se lleva a cabo un pronunciamiento expreso declarando la vulneración, por parte del Ministerio Fiscal, de los derechos de defensa y del principio de contradicción, en la tramitación de sus diligencias de Investigación que culminaron con la formulación de la querrela, que le lleva a afirmar la procedencia de la admisión del recurso interpuesto frente a la expresa prevención legal por la que contra el auto de admisión de querrela no cabe recurso, así como admitir que pese a la existencia de un trámite legalmente previsto (trámite de cuestiones previas) para resolver la alegación de la vulneración de derechos fundamentales, ello no es obstáculo para resolver sobre tal cuestión en la resolución del recurso contra la admisión a trámite de la querrela en el caso presente.

En segundo lugar, el recurso contra el auto de fecha 11 de octubre de 2019 acordando diversas entradas y registros por parte del juez de instrucción nº 16 de los de Barcelona, al que se refiere en el fundamento de derecho segundo, estimando que el mismo carece de la motivación necesaria ya que no contiene la descripción de los indicios racionales que atribuirían a los querrelados la comisión de los delitos objeto de investigación, así como infracciones en cuanto al alcance de la medida acordada, afirmando que el Magistrado instructor no ejerció ningún control sobre la investigación que llevaba a cabo la policía nacional, lo que le lleva a afirmar que vulneró los derechos a la intimidad de las personas.

En tercer lugar, el recurso contra el auto de fecha 4 de diciembre de 2020 acordando la prórroga del secreto de las actuaciones, prórroga que se acuerda pese a que la Audiencia Provincial había acordado levantar el secreto de las actuaciones y que el propio Magistrado instructor había acordado dar vista de lo actuado salvo lo referente a la pieza separada nº 1.

En cuarto lugar, el recurso interpuesto contra la providencia de fecha 18 de diciembre de 2020, por la que se deniega la solicitud de alzar el secreto acordado respecto de la pieza separada nº 1, por considerarlo inmotivado.

En quinto lugar, el recurso contra el auto de fecha 22 de octubre de 2019 acordando incoar la pieza separada secreta y las resoluciones que acuerdan la prórroga del secreto, a que se refiera el fundamento de derecho sexto, en el que se da trato diferencia a al auto de fecha 22/10/2019 y posteriores declarando el secreto de la pieza separada, frente a los autos de fechas 18 de diciembre de 2020, 15 de enero de 2021 y 13 de febrero de 2021 por cuanto se dictaron con posterioridad a que la Sección Séptima de la Audiencia Provincial se hubiera pronunciado sobre la prórroga del secreto de las actuaciones, resoluciones que no son motivadas en atención a lo resuelto, por la Audiencia Provincial, lo que le lleva a estimar en parte el recurso respecto de tales pronunciamientos.

Asimismo entiende el Ministerio Fiscal como el auto recurrido que acuerda el sobreseimiento no precisa qué sobreseimiento acuerda, hay que referirse al auto de 27-7-2021 dictado por la Audiencia al resolver sobre el escrito del Fiscal anunciando el presente recurso de casación, en el que afirma que no acuerda el sobreseimiento libre porque no se fundó en los supuestos del art. 637 LECrim y porque tampoco se había dirigido el procedimiento contra los investigados mediante resolución judicial que implicara una imputación fundada, pero viene a admitirlo toda vez que el sobreseimiento acordado se equipara a un sobreseimiento libre por sus efectos.

A continuación el Ministerio Fiscal expone, en primer lugar, los argumentos por los que considera que la resolución impugnada es susceptible de ser recurrida en casación. En segundo lugar hace referencia al carácter público de los fondos indebidamente gastados por los querrelados que justificarían, al menos de forma provisional en esta fase procesal, la aplicación de los preceptos penales que considera indebidamente aplicados -especialmente el referido a la malversación caudales públicos-. Y por último se refiere al cierre indebido de la instrucción que hace imposible la aplicación de los referidos preceptos.

Segundo.

Siendo así y teniendo en cuenta que por parte de los querrelados, hoy recurridos, se ha impugnado que el auto de 8-7-2021 sea susceptible de recurso de casación, analizaremos tal cuestión en primer lugar.

2.1.- Sostiene el Ministerio fiscal que dicha resolución cumple los requisitos que la jurisprudencia de esta Sala 2ª señala para la interposición del recurso de casación contra autos dictados por las Audiencias Provinciales, dado que:

- Se trata de un auto de sobreseimiento que aunque no se especificó si era provisional o libre, debe entenderse libre citando en su apoyo el auto de la misma Audiencia de 27-7-2021 que tuvo por preparado el recurso de casación.

- Se ha dictado resolución previa equivalente a un procesamiento o un acto de inculpación con plasmación de hechos indudablemente delictivos, las normas en que se subsumirían esos hechos y los sujetos presuntamente autores de los mismos.

Señala al efecto los autos de 12-9-2019 de admisión de la querrela en el que se concretan los hechos objeto de la investigación y su naturaleza, así como quienes eran los querrellados y se acuerda el secreto de las actuaciones solicitado por el Fiscal, considerando la gravedad de los hechos que pudieran ser constitutivos de sendos delitos de malversación de caudales públicos y fraude y exacción ilegal, y de 1-10-2019, por el que se ordena la entrada y registro de distintos domicilios y la requisita de los dispositivos electrónicos de los querrellados, en el que se concretan los indicios racionales de criminalidad bastantes y suficientes, respecto de cada uno de los querrellados en relación a su participación en los hechos que pudieran ser constitutivos de los delitos antedichos.

Y concluye entendiendo que en esta resolución se contiene una imputación con una solidez incriminatoria equivalente a un procesamiento o un acto de inculpación formal cimentada sobre las diligencias de investigación tramitadas en Fiscalía y que dieron lugar a la querrela por la que se incoaron las presentes actuaciones.

2.2.- Previamente debemos precisar los distintos recursos que caben contra los autos de admisión y de inadmisión de una querrela.

Así, en principio, contra el auto de admisión de la querrela, no está legitimado el querrellado para impugnar aquella resolución de admisión a trámite en cuyas diligencias no ha sido parte y lo único que le cabe es ejercitar los derechos que al investigado se atribuyen en la fase instructora del proceso penal.

En este sentido la STS 211/2020, de 21-5, se afirma que "frente al auto de admisión de querrela no cabe recurso. Se podría 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)."

En el supuesto de inadmisión de la querrela, el art. 313 LECrim ordena al Juez de instrucción rechazar la querrela cuando no sea competente o cuando los hechos no sean constitutivos de delito.

Conforme a una reiterada jurisprudencia de esta Sala (por todas AATS 11-6-2016, causa especial 20440/2016, y 18-12-2020, causa especial 20542/2020), ha de considerarse que los hechos no son constitutivos de delito en aquellos casos en que:

a) Los hechos contenidos en el relato fáctico de la querrela, tal y como ha sido redactada, no sean susceptibles de ser subsumidos en ningún precepto penal, según el criterio razonado del órgano jurisdiccional competente. En estos casos, carece de justificación alguna la apertura de un proceso penal para comprobar unos hechos que, de ser acreditados, en ningún modo serían constitutivos de delito.

b) Cuando, a pesar de la posible apariencia delictiva inicial de los hechos que se imputan en la querrela, no se ofrezca en ésta ningún elemento o principio de prueba que avale razonablemente su realidad, limitándose el querellante a afirmar su existencia, sin ningún apoyo objetivo atinente a los propios hechos. En este segundo supuesto, una interpretación de la norma ajustada al canon que informa el sistema constitucional de derechos y libertades, conduce a excluir la apertura de un proceso penal para la investigación de unos hechos de relevancia penal meramente sospechosa, es decir, una investigación prospectiva, que no aporte, a partir del conocimiento propio del querellante, un indicio objetivo de su realidad. De lo contrario, cualquier ciudadano podría verse sometido a una investigación basada en la mera apariencia. En realidad, se trata de aplicar el mismo principio que es exigible cuando se trata de restringir los derechos fundamentales del artículo 18 de la CE, en este caso los derechos a la libertad personal y a la seguridad del artículo 17.1 del texto constitucional.

De modo que la presentación de una querrela no conduce de manera forzosa o ineludible a la incoación de un procedimiento penal, sino que se precisa la realización de una inicial valoración jurídica de la misma, de conformidad con las consideraciones expuestas, que puede conducir a su no admisión a trámite sin más.

Contra este auto de inadmisión sí procedería recurso de apelación ante la Audiencia y contra el auto de la Audiencia confirmando el pronunciamiento de sobreseimiento, no procedería, en principio, recurso de casación, conforme doctrina constante de esta Sala (por todas ATS 22-2-2023, recurso queja 21014/2022) que precisa:

"el nuevo art. 848 LECrim. establece: "Podrán ser recurridos en casación, únicamente por infracción de ley, los autos para los que la ley autorice dicho recurso de modo expreso y los autos definitivos dictados en primera instancia y en apelación por las Audiencias Provinciales o por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional cuando supongan la finalización del proceso por falta de jurisdicción o sobreseimiento libre y la causa se haya dirigido contra el encausado mediante una resolución judicial que suponga una imputación fundada".

Como se observa, el art. 848 impone utilizar como motivo, exclusivamente, la infracción de Ley que define el art. 849 LECrim. Por tanto, el tenor del precepto obliga, en primer lugar, a excluir la casación contra autos que tenga por base cualquier otro motivo sea éste por infracción de derechos fundamentales o por quebrantamiento de forma. En segundo término, del mismo modo ha de segregarse el motivo por infracción de Ley que autoriza el art.

849.2º LECrim por error en la valoración de la prueba pues no habiendo existido valoración probatoria en el momento procesal en el que se dicta el auto, no puede acometerse su impugnación por semejante motivo.

En este sentido, la Sala II ha matizado la expuesta regulación con pronunciamientos, sobre el anterior texto del art. 848, que son susceptibles de mantenerse respecto del vigente. Así, la STS 665/2013, de 23-7, entendió que no cabe utilizar la vía del art. 849.2º: "...a) No puede hablarse en rigor de error en la valoración de la prueba en la medida en que solo impropiamente se habla de "prueba" antes de que comience el juicio oral, único escenario apto en principio, con las lógicas excepciones, para desplegar actividad probatoria en sentido estricto. El art. 849.2º LECrim sólo cohonesta bien con una resolución dictada tras el juicio oral. Exige como presupuesto unos hechos probados, surgidos del juicio oral, en los que plasmará la valoración fáctica que se combate enarbolando prueba documental. b) Precisamente por ello del art. 848 LECrim se deduce con claridad que para admitir el recurso de casación contra un auto de sobreseimiento es necesario que sea libre por no ser los hechos constitutivos de delito, es decir que estemos ante el sobreseimiento libre previsto en el art. 637.2º LECrim, lo que automáticamente nos conduce a un único motivo de casación factible: el art. 849.1º LECrim...".

El texto legal no hace sino recoger la doctrina constante y reiterada que la Sala II ha proclamado acerca de la admisibilidad del recurso de casación contra los autos dictados en apelación que acordaban el sobreseimiento libre en el procedimiento abreviado. El Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala II celebrado el 9 de febrero de 2005 impuso tres presupuestos que debían concurrir ineludiblemente: "Los autos de sobreseimiento dictados en apelación en un procedimiento abreviado sólo son recurribles en casación cuando concurren estas tres condiciones: 1ª. Se trate de un auto de sobreseimiento libre. 2ª. Haya recaído imputación judicial equivalente a un procesamiento, entendiéndose por tal la resolución judicial en que se describa el hecho, el derecho aplicable y las personas responsables. 3ª Se haya dictado en procedimiento cuya sentencia sea recurrible en casación.

Tras la reforma, las pautas exigidas en el art. 848 LECrim. no se apartan en exceso de los términos del citado Acuerdo.

1º) El precepto se refiere a los autos definitivos dictados en primera instancia y en apelación por las Audiencias Provinciales o por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, lo que incluye los autos de sobreseimiento libre dictados por cualquiera de estos dos Organos jurisdiccionales en el procedimiento ordinario y los autos de los mismos que, en apelación, confirmen el sobreseimiento libre decretado por el Juez de Instrucción o Central de instrucción (el supuesto procesal sería el previsto en los arts. 782 y 783.1 LECrim. una vez dictado el auto contemplado en el art. 779.4 LECrim.), o que revoquen, también en apelación, la resolución del Instructor proclive a la continuación del procedimiento (art. 779.4 LECrim.) y decreten el sobreseimiento libre.

Por tanto, no todos los actos de sobreseimiento son susceptibles de casación, sino tan solo aquellos que ostenten una eficacia equivalente a las sentencias absolutorias, con carácter de cosa juzgada, los que en ley se denominan "libres" o "definitivos", con exclusión por consiguiente de los de carácter provisional.

2º) Parece que el sobreseimiento libre al que se refiere el art. 848 es el descrito en el ordinal 2º del art. 637 por no ser los hechos constitutivos de delito, aunque, no habría obstáculo para incluir, del mismo modo, el ordinal 3º que lo autoriza en caso de concurrencia de una causa de exención de la responsabilidad criminal siempre que semejante decisión supusiera considerar, en definitiva, que los hechos no son constitutivos de delito y, del mismo modo, el fin del procedimiento. Serían las exenciones de responsabilidad criminal de los arts. 19 y 20, 268 y 454, entre otras, del CP.

En cualquier caso, al admitirse únicamente por infracción de ley, será preciso que la resolución contenga un relato fáctico sobre el que pueda realizarse, en sede de recurso, el juicio de tipicidad.

3º) Finalmente, el art. 848 LECrim. exige que la causa se haya dirigido contra el encausado mediante una resolución judicial que suponga una imputación fundada. Para desentrañar este inciso, puede valer el concepto que ofrecía la Sala II en el referido Pleno al decir que se trate de una resolución judicial en que se describa el hecho, el derecho aplicable y las personas responsables.

En el procedimiento ordinario es claro que esa resolución judicial es el auto de procesamiento. Empero, para el procedimiento abreviado no está prevista una resolución similar. La jurisprudencia de la Sala II, siguiendo el tenor del citado Acuerdo de 9 de febrero de 2005 que requería una imputación judicial equivalente a un procesamiento, situó la solución en el auto regulado en el art. 779.1.4º LECrim. que acuerda continuar las actuaciones por los trámites del procedimiento abreviado. Junto al mismo, también se ha admitido, en ocasiones, respecto del auto que acuerda medidas cautelares siempre que contuviera ciertos condicionamientos, y se ha rechazado respecto del auto que admite la querrela, el auto de incoación de diligencias previas o la imputación al investigado que regula el art. 775 LECrim. Todos estos criterios no parecen que vayan a ser alterados al no incluirse, en este punto, un nuevo elemento con la reforma.

Ilustrativa resulta, a estos efectos, la STS 63/2011, de 4-2: "La complejidad se ubica por tanto en la interpretación del segundo requisito, pues plantea el interrogante relativo a qué resoluciones dictadas en el procedimiento abreviado se equiparan al auto de procesamiento del proceso ordinario. Como se ha anticipado, esta Sala ha declarado en el referido Acuerdo de 9 de febrero de 2005 que para dilucidar si alguien se halla procesado en el procedimiento abreviado debe haber "recaído imputación judicial equivalente a procesamiento, entendiéndose por tal la resolución judicial en que se describa el hecho, el derecho aplicable las personas responsables". La

jurisprudencia de este Tribunal de Casación ha entendido que el criterio del Acuerdo es coincidente con el contenido del art. 779.1.4ª de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, es decir, con una resolución que ordena impulsar el procedimiento mediante el acceso a la fase intermedia con arreglo a los trámites ordenados en el capítulo IV del Libro IV, tomando en consideración que esta decisión ha de contener la determinación de los hechos punibles y la identificación de la persona a la que se le imputan. No basta, pues, según tiene declarado la Sala en sus precedentes judiciales, con que se haya "llevado a cabo una investigación judicial" y se haya acordado después "tal sobreseimiento", sino que tiene que existir una resolución judicial equivalente a un procesamiento o acto de inculpación, con la plasmación de los hechos indiciariamente delictivos, las normas en que se subsumirían esos hechos y los sujetos presuntos autores de los mismos (SSTS 473/2006, de 17-4; 608/2006, de 11-5; 977/2007, de 22-11; y 129/2010, de 19-2, entre otras). Y es que de no entenderlo así se incurriría en la incoherencia interpretativa, ya advertida en otras ocasiones por este Tribunal (STS 129/2010), de que el régimen de acceso a la casación fuese más flexible o permisivo en el procedimiento abreviado que en el ordinario. A lo máximo que se ha llegado es a equiparar un auto de inculpación formal a ciertas medidas cautelares que se adoptan con una descripción de indicios contra personas determinadas, acompañada de una subsunción de la conducta en una norma penal y la intervención de un posible autor. Esas medidas cautelares sí podrían albergar un carácter inculpatario asimilable a un auto de procesamiento. Y así lo ha venido afirmando este Tribunal en alguna ocasión (SSTS 1153/2005, de 5-10; y 608/2006, de 11-4). A este respecto, conviene incidir en que la imputación que aparece regulada en el art. 775 de la Ley procesal Penal con motivo de la primera comparecencia del denunciado o querellado ante el juez instructor no puede asimilarse a un auto de procesamiento. Pues ni hay concreción formal de los hechos que se imputan ni, dado el momento embrionario del proceso en que se practica, permite hablar de una inculpación formal sustentada en un juicio de plausibilidad fáctica cimentado sobre una mínima actividad investigadora del juez, ya que ese momento procesal ni siquiera ha escuchado la versión del imputado. Esa primera imputación que se hace solo en virtud de un escrito de denuncia o de querrela que contiene unos hechos con cierto grado de verosimilitud, no alcanza el grado incriminatorio de inculpación que tiene un auto formalizado de procesamiento. Condición que, en principio, habría que otorgarle al auto de transformación previsto en el art. 779.1.4ª de la LECr. y a algún otro auto que, según se anticipó, debido a las consecuencias gravosas que conlleva para el imputado, se fundamenta en una base indiciaria de cierta solidez y en una argumentación que permite hablar de una imputación formal equiparable al procesamiento. A este respecto, el Tribunal Constitucional ha acogido, con motivo de tratar el encausamiento de los diputados y senadores, la distinción entre la imputación que conlleva la admisión a trámite de una denuncia o querrela contra una persona determinada a la que se cita a declarar en calidad de imputado, y lo que es realmente una auténtica inculpación equiparable a un auto de procesamiento, que se acuerda cuando el instructor adquiere ya una convicción fundada en indicios delictivos derivados de actos de investigación (SSTC 37/1989, 135/1989, y 123 y 124/2001). Tal delimitación, acogida por esta Sala y por el Tribunal Constitucional, ha de operar también a la hora de aplicar el art. 848 de la LECrim.

Así, el auto TS 3-10-2019 precisa "que solo cabe tal recurso frente a autos en los casos expresamente previstos en la ley, entre los que no se encuentran las resoluciones de un tribunal que, al resolver recursos contra autos del instructor, confirman la decisión de sobreseimiento provisional...Es indispensable que estemos ante un sobreseimiento libre (art. 848) y no ante un sobreseimiento provisional. Solo el primer tipo de resolución permite una revisión adecuada en casación a través del art. 849.1 LECrim (control exclusivo del juicio jurídico)". Aquí estamos ante un sobreseimiento provisional y no consta que "la causa se haya dirigido contra el encausado mediante una resolución judicial que suponga una imputación fundada".

En la misma dirección los AATS 29-9-2020 (Recurso Queja 20147/20; y 1-6-2021 (Recurso Queja 20547/2020), señalan que "La imputación formal propia se verifica en la transformación de las diligencias previas, donde se fijan hechos, autores y calificación, no en la fase previa de mera investigación judicial y práctica de diligencias instructoras. Es en la vía del art. 779.1.4º LECRIM cuando se toma la decisión de acordar la transformación de las diligencias previas en procedimiento abreviado, debiendo el Juez de Instrucción concretar los hechos punibles e identificar a las personas a las que se imputan. En este auto -llamado de "transformación"- se producirá la imputación formal en el proceso abreviado y se concretan los indicios contra la persona jurídica; y también se decidirá en él si concurren con ella otros imputados.

La imputación es un elemento esencial en la fase de instrucción hasta el punto de que no puede decretarse la apertura del juicio oral contra una persona que no haya adquirido previamente la condición de imputada. Pero ello no se produce con la mera admisión de una querrela o la práctica de diligencias, sino por un auto propio posterior de imputación y transformación visto las resultados de éstas, no antes. El traslado de la imputación se hace depender de la valoración por el instructor de indicios racionales de criminalidad".

2.3.- En el caso presente, el auto de 8-7-2021 se limita a acordar el sobreseimiento de la causa, sin concretar qué tipo de sobreseimiento, si es libre o provisional. Y es en el auto de 27-7-2021 por que tuvo la Audiencia por preparado el recurso de casación, donde dice:

"...En todo caso, como en algunas ocasiones la Sala Segunda del Tribunal Supremo ha entendido que el auto acordando el sobreseimiento provisional de la causa podía equipararse al sobreseimiento libre de la misma

(ver STS nº 396/2021) y, ciertamente, la resolución objeto de controversia tampoco puede equipararse, en puridad a un sobreseimiento provisional de las actuaciones; teniendo en cuenta, por otra parte que la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional siempre ha considerado que las causas de admisión de los recursos han de interpretarse en el sentido más favorable a su plena sustanciación, y dado que la última palabra sobre la admisión del recurso corresponde a la Sala Segunda del Tribunal Supremo, es procedente acceder a lo solicitado y librar las preceptivas certificaciones cumpliendo las demás prevenciones legales en orden a la tramitación del recuso anunciado. Todo ello de conformidad con lo establecido en los arts. 859, 860 y 861 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal."

Razonamiento correcto. El sobreseimiento debe entenderse necesariamente como libre al poner fin al procedimiento, tal como se deriva del fallo y el derecho a la tutela judicial efectiva exige que las normas reguladores del recurso deben ser interpretadas de la manera más favorable a la vigencia y admisión del mismo.

2.4.- En cuanto al requisito de que la causa se haya dirigido contra los investigados mediante resolución judicial que suponga una imputación fundada, el propio Ministerio Fiscal reconoce que tal carácter no puede predicarse del auto de admisión de querrela de 12-9-2019, y en cuanto al auto de entrada y registro e intervención de dispositivos electrónicos de fecha 11-10-2019 es cuestionable que puedan equipararse a los autos de medidas cautelares, éstas suelen acordarse en estados más avanzados del procedimiento o, en todo caso, cuando la prisión provisional, la limitación de la libertad de movimientos u órdenes de alejamiento. Por el contrario las diligencias de entrada y registro y la intervención de dispositivos electrónicos son diligencias de investigación y la medida judicial que la acuerda debe expresar o exteriorizar las razones fácticas y jurídicas que apoyan la necesidad de tal intervención, esto es, cuáles son los indicios que existen acerca de la presunta comisión de un hecho delictivo grave por una determinada persona. Exigencia a que se refiere el apartado 2.2 del art. 588 bis b), cuando impone que la petición cursada por el Fiscal o los demás facultados, deberá contener: "la exposición detallada de las razones que justifiquen la necesidad de la medida de acuerdo con los principios rectores establecidos en el art. 588 bis a), así como los indicios de criminalidad que se hayan puesto de manifiesto durante la investigación previa a la solicitud de autorización del acto de injerencia."

Las SSTs 121/2011, de 14-11; 596/2012, de 6-7; 884/2012, de 8-11, ya se hacían eco de la jurisprudencia constitucional sobre esta materia, con cita de la STC 253/2006, de 11-9, en la que se recuerda que, a tales efectos, los indicios a los que alude son algo más que simples sospechas, pero también "algo menos que los indicios racionales que se exigen para el procesamiento". Esto es, sospechas fundadas de alguna clase de dato objetivo, y cuya finalidad es corroborar los hechos investigados o descubrir otros conexos, sin que se exija una intensidad equivalente al procesamiento o la prisión provisional.

2.5.- En el caso que nos ocupa, el auto de entrada y registro fue acordado al inicio del procedimiento -un mes después de su incoación- y en él se señalan aquellos indicios a los que se ha hecho referencia. Así, en el apartado de hechos se recoge:

"Se siguen las presentes actuaciones DECLARADAS SECRETAS en virtud de auto de este Juzgado de fecha 12 de Septiembre de 2019 de admisión de querrela e incoación de Diligencias Previas a instancia del Ministerio Fiscal en averiguación de presunto/s delito/s de MALVERSACIÓN DE CAUDALES PÚBLICOS, FRAUDE Y EXACCIÓN ILEGAL previsto y penados en el/los art/s. 432 párrafo 1 y párrafo 3 b) del Código Penal, en relación con el art. 252 del mismo cuerpo legal, el primero, y art. 436 del Código Penal existiendo indicios para suponer que los investigados Eleuterio, Epifanio, Ezequias, Inés, Feliciano, Joaquina Y Gabino tanto en cuanto miembros directivos -y empleados de la ASSOCIACIÓ CATALANA DE MUNICIPIS I COMARCAS (desde ahora ACM) inscrita en el Registro de Asociaciones de Entidades Locales del Departament de Governació y Administracions Públiques de la Generalitat de Catalunya en el año 1996, han podido materializar al menos desde el 2015 un desvío de fondos hacia fines ajenos a los propios de la Asociación, por importe provisional de SETECIENTOS VEINTISIETE MIL NOVECIENTOS CUARENTA Y SIETE EUROS (727.946,61 Euros), de cuya cifra total una cantidad que podría ascender a 278.176,75 EUROS,- pudo haberse dedicado a la creación de estructuras que permitiesen la celebración de un referéndum y creación de un nuevo Estado, fuera de las vías legales, con pagos, entre otros, a la Agencia "Viatges Alemany SA", justificados como viajes de estudio, cuya empresa posee sucursales en Barcelona y Vic; otros 92.500 euros en cheques al portador siempre por debajo de 3.000 euros para evitar su fiscalización que firmaba la querrelada Inés como responsable de contabilidad y servicios financieros; otros 93.639,35 euros para pagos a cargos públicos o vinculados a partidos políticos, incluyendo los realizados a Mercedes en el marco de un procedimiento del Juzgado 1ª Instancia de Lleida; otros 144.083,50 euros para pagos a bufetes y servicios legales; otros 5.030 euros para pagos a la Asociación Internacional de Tiro Táctico; otros 11644,15 euros para viajes en apoyo de la causa independentista; otros 4.087,38 euros para la Promoción del referéndum ilegal de fecha 01/10/17 y otros 108.758,48 euros para pagos Internacionales supuestamente relacionados con la causa independentista catalana.

De los querrelados citados, aparte lo referente a la ya citada Inés, Eleuterio y Epifanio ocupaban en las fechas de autos posiciones directivas como vicepresidente entre los años 2014 a 2017 y presidente desde el año 2.018, el primero, si bien al parecer ha cesado con fecha 20/09/2019 y como secretario general desde el año 2011

hasta su cese el 18/11/2018, el segundo; Joaquina la de responsable de relaciones institucionales e Internacionales de la ACM-y coordinadora de los viajes efectuados por miembros de la ACM al extranjero para fines ajenos a la misma y responsable de los pagos efectuados con la tarjeta Banc Sabadell NUM000 y Gabino la de encargado de comunicación de la ACM en Nominalia para creación de una Hacienda catalana y un vídeo explicativo de los pasos a seguir por los entes locales asociados a la ACM a fin de dejar de pagar sus impuestos a la AEAT, además de la revista de la ACM que publicó contenidos relacionados con el referéndum ilegal de 1/10/2017.

Existen igualmente indicios- de la constitución en forma irregular de la central de compras VECTORCAT, presunta empresa privada pero creada y controlada por miembros de la ACM, para hacerse cargo del proceso de intermediación en las licitaciones en sustitución del anterior Consorci Català del Desenvolupament Local (CCDL). En este sentido consta la Constitución en fecha 16 de noviembre del 2015 por los investigados Hilario Y Gregorio de la dicha empresa, con posterior transmisión simulada de acciones a Gustavo -administrador solidario de Roti Muvent SL con igual objeto social que Vectorcat- las del primero, y a Inocencio las del segundo, coincidiendo con la publicación por ACM de concurso público para la adjudicación de la central de compras firmada por Epifanio y constituyéndose la mesa de contratación de la que formaban parte los investigados- Ezequias (trabajador y gerente de la misma) como Presidente; Inés, como vocal y Feliciano como responsable jurídico y secretario, concurriendo únicamente dos empresas, la indicada Vectorcat y Metallurgical Corporation SL, siendo así que finalmente fue Vectorcat la adjudicataria firmándose el contrato entre Pffarré y Llastarri el 3/3/2016 por importe de 749.000 euros, pactándose el pago de una comisión del 60% de los descuentos obtenidos el primer año, del 45% el segundo, del 15% el tercero y del 10% los siguientes, infringiendo la normativa de la ley de contratos del sector público."

Y en la fundamentación jurídica se remite a lo expuesto en la querrela y en la solicitud de entrada y registro del Ministerio Fiscal, al disponer: "...en el supuesto de autos contamos con sólidos indicios que apuntan a la presunta comisión de los delitos de malversación de caudales públicos y 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 formulado 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."

Tercero.

Siendo así, concurren en el presente caso diversas peculiaridades que deben abonar la posibilidad de estimar el recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal.

En primer lugar, la resolución del sobreseimiento se efectúa directa y por primera vez por la Audiencia Provincial revocando en apelación el auto de admisión de la querrela acordado por el juez instructor -resolución ésta que como ya hemos indicado, no era susceptible en principio de recurso alguno- y como veremos, fue precipitada al impedir al instructor, conforme ya había motivado en el auto anterior de entrada y registro, declarar la imputación fundada a que se refiere el art. 868 LECrim.

En segundo lugar, el propio auto de 8-7-2021 dispone el sobreseimiento no porque los hechos objeto de la querrela no sean constitutivos de los delitos que se imputan en la misma, lo que hubiera posibilitado sin obstáculo alguno el recurso por infracción de ley, art. 849.1 LECrim, sino por la infracción del art. 5 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal y la Circular de la Fiscalía General del Estado 4/2013, por vulneración de derechos fundamentales y del derecho de defensa y el principio de contradicción en el material utilizado para la confección de la querrela que dio lugar a la incoación de las actuaciones, lo que implicaba la improcedencia de la admisión a trámite de aquélla; y por vulneración de lo establecido en la LECrim y del derecho a la intimidad de las personas establecido en el art. 18 CE, en el auto de 11-10-2019, por el que el instructor acordó la entrada y registro en el domicilio de la Asociación Catalana de Municipios, 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, cuya nulidad se acordaba en el auto recurrido.

3.1.- Tal argumentación implica que necesariamente debamos pronunciarnos sobre aquellas infracciones del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal y su posible incidencia en la vulneración de derechos fundamentales.

Así, el art. 5 de la Ley 50/81, de 30-12, que aprobó el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal (EOMF) proporcionó cobertura jurídica a un modelo de Fiscal con capacidad para recibir denuncias, para dirigir diligencias de investigación que no comprometan derechos fundamentales y en general para decretar el archivo de aquellas que se entablen por hechos que no sean constitutivos de delito o para activar su persecución mediante la oportuna denuncia o querrela. Se trata de lo que han llamado "diligencias de investigación del Ministerio Fiscal".

Y es cierto que aunque en la redacción originaria del art. 5 del EOMF no se contenía previsión alguna a los principios de contradicción, proporcionalidad y defensa como límites a la investigación del Fiscal, el visible aumento del número de diligencias abiertas por el Fiscal y, en algunas ocasiones, su inaceptable duración, llevaron al legislador a introducir en la Ley 14/2003, de 26-6, una mención expresa a aquellos, aún cuando, como señalaba la doctrina más autorizada, su vigencia no tenía que ser expresamente proclamada, al tratarse de una consecuencia directa de su significado constitucional: los principios de contradicción, proporcionalidad y el derecho de defensa

tienen una genuina dimensión ética, sin la cual la actuación del Estado en la investigación de los delitos se aparta de sus principios legitimadores.

Así lo ha recordado la propia Fiscalía General del Estado, en el Capítulo IV de la Circular 4/2013, de 30-12, que razonaba: "...es evidente que, en ocasiones, la naturaleza de los hechos investigados exigirá que los mismos queden al margen del conocimiento del imputado, Sin embargo, aunque se han intentado interpretaciones voluntaristas para justificar la posibilidad de que el Fiscal declare secretas sus actuaciones debe descartarse, ante la falta de previsión legal, de forma rotunda."

Del mismo modo la aprobación de la Directiva 2012/13/UE que inspiró la reforma de la LECrim operada por LO 13/2015, de 5-10, y la Circular 2/2018 de la FGE, que parte de la base de que el nuevo marco jurídico definido por la Directiva y la Ley de transposición, afecta también a las diligencias de investigación del Fiscal. De forma expresa señala que: "...las prescripciones sobre el derecho de información recogidos en los nuevos arts. 118 y 775 LECrim, habrán de ser observados por los Sres. Fiscales en la tramitación de las diligencias de investigación en los términos recogidos en esta Circular", pero recuerda que "...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 procede acordar la práctica de esta diligencia. Es claro que no siempre habrá de practicarla inmediatamente de que se abran unas diligencias de investigación. Con respeto al principio de proporcionalidad y de defensa 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 investigado."

3.2.- En el caso actual, tal como admite el Fiscal en su recurso, es cierto que se estuvo investigando de forma ininterrumpida, a lo largo de un año, a varias personas que estaban claramente identificadas y a las cuales se les atribuía desde el primer momento la comisión de varios delitos, pero también lo es que para que pudiese prosperar la investigación debía llevarse a cabo -y no solo como veremos, en la fase preprocesal- sin conocimiento de las personas investigadas, lo que se justifica cuando al interponer la querrela, el Fiscal solicita del juez instructor, que se acuerde el secreto sumarial, petición a la que se accedió.

Es decir, en el supuesto analizado resultó necesario prorrogar la investigación sin conocimiento de los investigados, precisamente para obtener los elementos incriminatorios suficientes para la admisión a trámite de la querrela, sin perjuicio de que el propio juez de instrucción acordara el secreto de las actuaciones al apreciar la necesidad de continuar la investigación a espaldas de los querrelados para obtener el material probatorio suficiente para acreditar los hechos puestos en su conocimiento.

Pero el Ministerio Fiscal en el marco de las diligencias de investigación puede llevar a cabo aquellas diligencias que considere necesarias para el esclarecimiento de los hechos que dieron lugar a su incoación, con el límite de aquellas que requieran el dictado de un auto motivado, porque afecte directamente a derechos fundamentales -diligencias de entrada y registro, acceso a servidores o dispositivos informáticos o telemáticos, intervenciones telefónicas-, pero en ningún caso tiene vedada, entre sus funciones, el requerir a organismos públicos o privados y entidades bancarias a los efectos de recopilar la información económica, que mínima e indiciariamente pueda sustentar la interposición de una querrela y para dar veracidad a la notitia criminis recibida.

Por tanto resulta evidente que el Fiscal sí estaba facultado para realizar la investigación económica que ordenó, consistente en información a la Hacienda Pública Tesorería General de la Seguridad Social y Ficheros de Titularidades Financieras, respecto de la Asociación Catalana de Municipios y de Viajes Alemany SA y también respecto a las personas con funciones de dirección y gestión de la primera, esto es, no respecto de cualquier persona física escogida al azar o sin fundamento alguno.

3.3.- Resultaría, por ello, contradictorio que el Ministerio Fiscal obtenida esa información documental necesaria para la interposición de la querrela, en la que iba a solicitar el secreto de las actuaciones, diera traslado de lo investigado a las partes. Declaración de secreto decretada por el instructor que viene a corroborar la actuación preprocesal del Ministerio Fiscal, y cuyo mantenimiento no supone una injustificada restricción del derecho de defensa y una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva.

En este sentido, la STS 646/2019, de 20-12, y el ATS 8-10-2020, causa especial 20252/2020, afirman de forma categórica que el secreto de las actuaciones no constituye una medida limitativa de un derecho fundamental, aunque puede incidir en el derecho de defensa y no produce indefensión si levantado el secreto la parte ha podido preparar su defensa. Únicamente podrá tener relevancia constitucional si se introducen en el proceso las declaraciones testimoniales practicadas ante el Juez Instructor como pruebas preconstituidas.

Y recuerda que ya en la STS 613/2018, de 29 de noviembre, se decía que "el secreto supone una excepción al principio general de defensa e intervención en el sumario de toda persona desde el traslado de la imputación cuando dicho conocimiento pueda perjudicar la investigación. Para acordar el secreto de las actuaciones debe por tanto llevarse a cabo un juicio de ponderación que justifique el sacrificio del derecho de defensa ante su colisión con otros intereses igualmente dignos de protección, incluso más dignos de protección, como son los de la realización de la justicia e investigación de los delitos, finalidad de primer orden, en una sociedad democrática. En atención a ello, la declaración del secreto, al igual que la restricción de otros derechos fundamentales, debe atender a los principios de necesidad, proporcionalidad y excepcionalidad. Igualmente hemos señalado (sentencia núm. 291/2010, de 24 de marzo) que el instructor tiene un arma en sus manos para poder investigar a espaldas de las

partes, que es la declaración del sumario como secreto conforme al artículo 302 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y entendemos que tal secreto puede existir desde el inicio del procedimiento, pudiendo incluso abarcar el acto de notificación al imputado impuesto en el artículo 118 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Es precisamente en tales momentos iniciales cuando quizá sea más necesaria una investigación sin conocimiento de las personas investigadas y para ello es necesario que la declaración de secreto permita comprender en la misma también este acto de comunicación al imputado ordenado por el artículo 118 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Además, la determinación de si existe o no base para la imputación de una persona puede venir determinada en gran medida por el resultado de las primeras investigaciones, por lo que el secreto inicial de las actuaciones no supone necesariamente una violación del artículo 118 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal".

En los mismos términos se ha pronunciado la doctrina constitucional, siguiendo las directrices del TEDH, señalando que: "Si el secreto implica imposibilidad absoluta de conocimiento de lo actuado hasta el juicio oral, se ocasiona una lesión del derecho de defensa pues el acusado no habría estado en disposición de preparar su defensa de manera adecuada. La materialidad de esa indefensión exige una relevante y definitiva privación de las facultades de alegación, prueba y contradicción que desequilibre la posición del imputado. No se producirá indefensión si levantado el secreto la parte ha podido preparar su defensa y ejercerla sin ninguna limitación contestando el escrito de acusación, proponiendo las pruebas que estimó pertinentes y sometiendo a contradicción las pruebas de la acusación en el juicio oral" (por todas, STC 176/1988, de 4 de octubre y STEDH de 2 de noviembre de 2010, caso Vaquero Hernández y otros contra España).

En la misma dirección, la reciente STS 199/2023, de 21-3, subraya que el art. 7 de la Directiva 2012/13/UE contempla, en su apartado cuarto, la posibilidad de que el acceso al expediente penal sea judicialmente denegado en determinados supuestos, siempre que no se perjudique con ello la equidad exigible de cada fase procesal; supuestos entre los que se encuentra la defensa de un interés público significativo, citando en tal sentido el riesgo de perjudicar una investigación en curso. Así se desprende también del art. 302 LECrim al reconocer que, en su perspectiva general, el acceso al expediente puede quedar temporalmente en suspenso si, para garantizar el resultado de la investigación, el juez de instrucción declara, total o parcialmente, secretas las actuaciones. Y, como indica la STC 176/1988, de 4 de octubre, el secreto tiene por objeto impedir que el conocimiento e intervención del acusado en las actuaciones iniciales pueda dar ocasión a interferencias o manipulaciones dirigidas a obstaculizar la investigación, y constituye una limitación del derecho de defensa que no implica indefensión por no impedir a la parte ejercitarlo plenamente cuando se alce el secreto al haber satisfecho su finalidad. En consecuencia, considerando en el caso debatido que la investigación se llevó a cabo mediante intervenciones telefónicas, vigilancias y utilización de dispositivos de seguimiento, es claro que tales medios no habrían dado ningún resultado, ni se podría haber descubierto la actividad ilícita, ni en particular el cargamento de droga, si no se hubiera acordado el secreto de las actuaciones. Conforme a los principios expuestos y, vista la gravedad de los delitos investigados, el secreto estaba evidentemente justificado por razones de interés público.

En cuanto a la duración del secreto, es cierto que fue prorrogado, alcanzando prácticamente año y medio. En términos empleados por las SSTS 617/2018, de 3 de diciembre, 264/2018, de 31 de mayo, y 584/2015, de 8 de octubre, "Es verdad que hace también muchos años que el Tribunal Constitucional convalidó la práctica habitual de considerar que el plazo de un mes al que se refiere el legislador (art. 302) consentía prórrogas (vid. el temprano ATC 860/1987, de 8 de julio o la STC 176/1988, de 4 de octubre). Pero eso no puede llevar a situaciones que de facto comporten retroceder a épocas pretéritas legislativamente superadas. El Alto Tribunal desconecta el secreto interno del sumario del derecho a un proceso público, vinculándolo al derecho de defensa (STC 174/2001, de 26 de julio). Por eso en todo caso se fija un límite temporal insoslayable: el secreto ha de alzarse antes de finalizar la investigación, con una antelación de al menos diez días. Sólo así se abre a las partes el conocimiento de lo actuado y la posibilidad de enriquecer la investigación con su propia perspectiva o de neutralizar los indicios que puedan militar en su contra." Esa previsión legal (art. 302 Lecr.) situada en sede de procedimiento ordinario es de aplicación supletoria en el procedimiento abreviado (art. 758 Lecr.). Sin embargo, aunque el secreto de las actuaciones se haya prolongado excesivamente o no se haya levantado con suficiente antelación a la conclusión del sumario, no puede derivarse de ahí sin más un efecto anulatorio: "Vinculada la garantía al derecho de defensa, será necesario un plus: constatar que en efecto se han disminuido de manera relevante las posibilidades de defensa, no en abstracto y por vía de principios, sino en concreto. Hay que preguntarse si se ha privado a las partes de algún medio relevante de defensa que pudiese ser ahora recuperado mediante la nulidad y consiguiente retroacción." En resumidas cuentas, si bien la indebida prolongación puede tener consecuencias lesivas para el derecho de defensa, deben justificarse tanto el uso abusivo del secreto, como y muy especialmente, cuál es el perjuicio sufrido.

En el mismo sentido, el Tribunal Constitucional -por todas SSTC 174/2001, de 26 julio y 176/1988, de 4 de octubre- declara la constitucionalidad de esta medida y su compatibilidad con los derechos fundamentales, añadiendo que el tiempo de duración del secreto del sumario no es dato relevante en orden a apreciar si se ha producido o no indefensión. Así, ésta se producirá con independencia del tiempo más o menos prolongado de duración de la medida si su adopción no fue razonable o si no aparece debidamente justificada y, en todo caso, si no se concede la oportunidad posterior para defenderse frente a las pruebas -sic- que en el sumario y bajo la vigencia

del secreto hayan sido practicadas (en el mismo sentido la SSTS de 26 de diciembre de 2005, 11 de julio de 2003 y otras muchas).

En efecto, es cierto que la posibilidad de declarar secreto el sumario, como toda norma limitativa de derechos fundamentales, debe ser interpretada de forma restrictiva, y por tanto efectuarse el correspondiente juicio de ponderación que justifique el sacrificio del derecho de defensa en la fase de instrucción con la generosidad y amplitud que le reconoció la reforma del citado artículo 118 ante su colisión con otros intereses igualmente dignos de protección, incluso más dignos de protección, como son los de la realización de la justicia e investigación de los delitos, finalidad de primer orden, en una sociedad democrática, pues no debe olvidarse que la realización de la justicia constituye uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico -- art. 1 C.E.--, por lo que es preciso establecer precauciones de salvaguarda cuando la intervención del acusado en las actuaciones judiciales pueda dar lugar a interferencias, manipulaciones u obstaculizaciones de investigación con riesgo de frustrar sus objetivos --en tal sentido STS de 19 de Octubre de 1995--".

Por ello la doctrina jurisprudencial tiene en cuenta las circunstancias del caso y la finalidad de evitar rápidas reacciones defensivas con posible destrucción de pruebas, y que no cabe exigir el respeto escrupuloso de unos plazos pensados para la generalidad de los casos, especialmente cuando el acusado conoció con la debida antelación, respecto del juicio oral, cuanto podía perjudicarlo y pudo preparar su defensa con todas las garantías; y el Tribunal Constitucional, en su Sentencia 174/2001, de 26 de julio, recuerda que la posible vulneración de derechos constitucionales como consecuencia de que se hubiese acordado el secreto del sumario, como este Tribunal declaró en la STC 176/1988, de 4 de octubre, haciendo suya la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (S TEDH de 8 de diciembre de 1983, casos Pretto y otros, y Axen; de 22 de febrero de 1984, caso Sutter), y en concreto respecto el derecho al proceso público reconocido en el art. 24.2 de la Constitución, en el art. 11 de la Declaración Universal de Derechos del Hombre, en el art. 14 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, y en el art. 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, sólo es aplicable al proceso en sentido estricto, esto es, "al juicio oral en el que se producen o reproducen las pruebas de cargo y descargo y se formulan las alegaciones y peticiones definitivas de la acusación y la defensa, pues únicamente referida a ese acto procesal tiene sentido la publicidad del proceso en su verdadero significado de participación y control de la justicia por la comunidad". La publicidad del proceso protege a los justiciables contra una justicia secreta que escape de la fiscalización de lo público, constituye también un medio para preservar la confianza de los ciudadanos en los Tribunales, de forma que, al dotar a la Administración de Justicia de transparencia, contribuye a realizar los fines del derecho al proceso justo (STEDH 8 de diciembre de 1983, caso Axen). La publicidad de las actuaciones judiciales constituye, por su parte, un principio constitucional, que aparece recogido en el art. 120.1 CE con un claro reconocimiento de la posibilidad de que la legislación procesal establezca excepciones. Este es el caso de la legislación procesal penal, que parte de que el sumario es secreto para cualquiera salvo para las partes personadas "que podrán tomar conocimiento de las actuaciones e intervenir en todas las diligencias del procedimiento" (arts. 301, 302 LECr.), pudiendo el Juez de Instrucción declarar secreto el sumario también para las partes, a propuesta del Ministerio Fiscal, de las partes o de oficio, mediante Auto, "por tiempo no superior a un mes y debiendo alzarse necesariamente el secreto con diez días de antelación a la conclusión del sumario". Consecuencia de ello es que cuando el Juez de Instrucción declara el secreto del sumario de conformidad con el art. 302 LECr., no está acordando una medida en sí misma limitativa de un derecho fundamental, del derecho al proceso público, al que no afecta, sino que tan sólo está adoptando una decisión con base en la cual se pospone el momento en el que las partes pueden tomar conocimiento de las actuaciones y se impide que puedan intervenir en las diligencias sumariales que se lleven a cabo en el período en el que el sumario permanece secreto. La suspensión temporal del conocimiento de lo actuado puede, no obstante, incidir en el derecho de defensa del sujeto pasivo del proceso penal (STC 176/1988, de 4 de octubre), ya que el conocimiento del sumario es requisito imprescindible para ejercer el derecho de defensa, esto es, para poder alegar, probar e intervenir en la prueba ajena controlando su correcta práctica y teniendo posibilidad de contradecirla (STC 176/1988); de modo que, aunque el tiempo de duración del secreto del sumario no es por sí sólo dato relevante en orden a apreciar un resultado de indefensión (STC 176/1988), sin embargo, si esta suspensión temporal se convierte en imposibilidad absoluta de conocimiento de lo actuado hasta el juicio oral, se ocasiona una lesión del derecho de defensa pues el acusado no habría estado "en disposición de preparar su defensa de manera adecuada" (STEDH de 18 de marzo de 1997, caso Foucher). De otra parte, en la medida en que el secreto del sumario restringe la posibilidad de contradecir las diligencias probatorias efectuadas en fase sumarial, éstas no podrán aportarse al proceso como pruebas preconstituidas, pues, como hemos declarado de forma reiterada (entre muchas, SSTC 62/1985, de 10 de mayo, 137/1988, de 7 de julio; 182/1989, de 3 de noviembre, 10/1992, de 16 de enero, 200/1996, de 3 de diciembre, 40/1997, de 27 de febrero, 49/1998, de 2 de marzo, 7/1999, de 8 de febrero), la legitimidad constitucional de la prueba preconstituida exige no sólo que se haya practicado ante el Juez, sino con garantía de contradicción, y ello porque constituye una excepción a la regla de que la prueba constitucionalmente válida es sólo la que se practica en el juicio oral en condiciones de publicidad, oralidad, intermediación y contradicción. Añade el Tribunal Constitucional, en la sentencia antes reseñada, que a la luz de esta doctrina ha de negarse que se haya producido al recurrente ninguna lesión del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión debido a las irregularidades, presuntamente cometidas, en la forma en que se acordó la prórroga

del secreto del sumario, debido a su duración y al hecho de que en todo el período no se dictara ninguna resolución judicial justificativa del mismo, pues ninguno de estos datos tienen relevancia constitucional en sí mismos considerados en el marco del derecho invocado. Si la adopción de esta medida legalmente prevista se justifica en su necesidad para asegurar la investigación, y con ello, la función de administración de la justicia, al impedir "que el conocimiento e intervención del acusado en las actuaciones judiciales pueda dar ocasión a interferencias o manipulaciones dirigidas a obstaculizar la investigación en su objetivo de averiguación de la verdad de los hechos" (STC 176/1988, de 4 de octubre). De otra parte, adoptado el secreto del sumario por el Juez de Instrucción y dirigida la investigación sumarial por el propio Juez, carece de sentido sostener que el secreto se adoptó sin garantía de control judicial. A partir de esta consideración, la duración del secreto del sumario no constituye, en este caso, un dato con relevancia constitucional en sí mismo considerado, sino una infracción de las normas procesales (art. 302 LECr.) que sólo puede adquirir aquella relevancia si, en conjunción con otras circunstancias, ocasiona indefensión real y efectiva, pues, como hemos afirmado en múltiples ocasiones, y reiterado en la STC 87/2001, de 2 de abril, la infracción de las normas o reglas procesales produce la lesión del derecho fundamental únicamente cuando suponga una merma significativa y definitiva de las posibilidades de defensa.

Situación de vulneración de los derechos fundamentales de los querrelados que no se ha producido, dado que cuando sean llamados a declarar en calidad de investigados, podrán hacer todas las alegaciones que consideraran necesarias y procedentes y contradecir las documentales y demás pruebas ya practicadas, aportando toda la documentación de que dispongan y proponiendo las testificales, periciales y demás pruebas que tengan relación con los hechos.

Cuarto.

Llegados a este punto, dado que el auto recurrido, como consecuencia de la infracción de los principios de defensa y contradicción en las diligencias de investigación tramitadas por el Ministerio Fiscal, declara su nulidad por aplicación de lo dispuesto en el art. 11 LOPJ, lo que debió llevar al Juzgado de Instrucción a inadmitir la querrela y acuerda el sobreseimiento de la causa, resulta necesario pronunciarse sobre el valor procesal de aquellas diligencias.

4.1.- Como ya hemos señalado, en el marco de las diligencias procesales de investigación, el Fiscal puede llevar a cabo acordar la práctica de "...aquellas diligencias para las que esté legitimado según la Ley de Enjuiciamiento Criminal, las cuales no podrán suponer la adopción de medidas cautelares o limitativas de derechos (art. 5 EOMF). En el mismo sentido, art. 773.2 LECrim, redacción dada por la Disposición Final 1.22 Ley 4/2015, de 27-4, en vigor a partir del 28-10-2015.

Ahora bien, la respuesta a cuál sea su verdadero valor probatorio de aquellas diligencias puede verse confundido por lo dispuesto en el art. 5.3 EOMF, según el cual "todas las diligencias que el Ministerio Fiscal practique o que se lleven a cabo bajo su dirección gozarán de presunción de autenticidad."

En efecto, esa presunción "ope legis" no debe interpretarse como de atribución a las diligencias de un carácter incontrovertible. Todo en el proceso penal es cuestionable, con más razón, todo lo que se ha actuado en el marco de unas diligencias preprocesales en las que el principio de contradicción y el derecho de defensa, pueden haber sido degradados a una proclamación simbólica. La autenticidad, por tanto, ha de ser entendida en un sentido formal, ligado a los aspectos externos del acto de investigación que se documenta. Se trata de una proclamación sustitutiva del valor que a las diligencias de naturaleza jurisdiccional otorga la presencia del Letrado de la Administración de Justicia como fedatario judicial.

En palabras de la STS 228/2013, de 22-3, se trata de una presunción iuris tantum que "...significa que la diligencia goza del beneficio de la verdad formal; esto es, da fe de que la diligencia efectivamente se realizó y que su resultado es el que consta reflejado documentalmente, pero no de la verdad material, no obligando a que se tenga que tomar necesariamente como cierto su contenido haciendo prueba plena. El valor del contenido material de la diligencia, como pueden ser los términos en que se expresaron los testigos o las conclusiones de un dictamen pericial, queda siempre sometido a la valoración judicial."

La jurisprudencia ha tenido ocasión de pronunciarse sobre este tema. El supuesto de hecho que abordó la STS 980/2016, de 11-1, estaba relacionado con la declaración de nulidad acordada por la Audiencia Provincial de un dictamen pericial realizado durante la investigación del Fiscal, sin presencia de letrado. El acusado fue absuelto en la instancia de un delito de falsedad. Recurrió el Ministerio Fiscal con el fin de que se atribuyera valor probatorio a ese dictamen pericial, que era la prueba de cargo capital para demostrar la existencia de ese delito por el que venía siendo acusado un policía local. El principal argumento del Fiscal para la validez de esa diligencia era que la toma del cuerpo de escritura que había sido luego objeto del dictamen pericial se había realizado sin la presencia del Letrado, porque el investigado había renunciado expresamente a esa asistencia letrada.

En esta sentencia esta Sala recuerda la necesidad de no perder de vista algo tan elemental como que los actos de prueba susceptibles de integrar la apreciación probatoria a que se refiere el art. 741 LECrim solo puede emanar de un órgano jurisdiccional. Esta idea forma parte de los pilares de la lectura constitucional del proceso penal y ha sido proclamada en numerosos precedentes. De hecho, en los modelos sujetos a una investigación

dirigida por el Fiscal es habitual la preocupación legislativa encaminada a diferenciar, incluso en el plano estrictamente formal, la documentación de aquéllas. Reciben así distinto tratamiento, en bloques sistemáticos singularizados, las diligencias practicadas por el Fiscal, inidóneas para corregir la apreciación probatoria, y las referidas al debate propio del juicio oral. Esta forma de concebir el tratamiento de los actos de investigación ha llegado a tener encaje en los trabajos prelegislativos de reforma de la LECrim (cfr. arts. 430 y 431 del Proyecto del Código Procesal Penal de 2013).

La sentencia citada llega a proclamar que atribuir valor probatorio a las diligencias de investigación tramitadas por el Fiscal y aportadas a juicio como prueba documental supondría subvertir la genuina naturaleza y la funcionalidad predicable de esas diligencias, pues solo los actos de naturaleza jurisdiccional son susceptibles de integrar la apreciación probatoria por el órgano decisorio.

Consecuentemente, si el expediente tramitado por el Fiscal en unas diligencias -preliminares, preprocesales, preparatorias- estaba integrado por un acopio documental que se acompañó con la querrela, carente de naturaleza de verdadera prueba, su petición de nulidad en esta fase inicial de la instrucción resulta innecesaria, y en todo caso, al acordar, como efecto de esa nulidad, el sobreseimiento de la causa, precipitada, al impedir este cierre de la instrucción, conformar el objeto definitivo del proceso, el enjuiciamiento de los hechos y la posible aplicación de los tipos penales a que se refería la querrela.

4.2.- En efecto, el Tribunal Constitucional ha mantenido de manera reiterada que no cabe reconocer un derecho a la reparación inmediata de los derechos fundamentales lesionados en el curso de un proceso, excepto, claro está, en aquellos supuestos en los que la infracción genere un indeseable efecto de indefensión que prive a la parte de posibilidades reales de alegación y de interferencia razonable en los procesos de toma de decisiones que le afecten (SSTC 353/2006, 153/97, 247/94 "...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, art. 786.2 LECrim, 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 ("), o cuando se trate de un supuesto de nulidad excepcionalmente grave y de evidente e indiscutible identificación y apreciación y cuya no reparación inmediata puede suponer la prolongación de la lesión del derecho fundamental sustantivo -supuesto que no será frecuente-. Por ejemplo, en una entrada policial en un domicilio bajo una errónea representación de los presupuestos de flagrancia y el juego de la excepción de buena fe; o supuestos de error sobre la propia condición de morada o domicilio del lugar donde se practica la entrada, o aparentes déficits de motivación en la decisión autorizante a la luz de la jurisprudencia tanto del TC y del TS sobre el estándar de motivación suficiente y sobre las posibilidades de heterointegración mediante el contenido de las informaciones policiales previas; o supuestos en los que sin perjuicio de la obtención de la evidencia con lesión de derechos fundamentales cabe identificar desconexión jurídica con las prueba reflejas o una alta probabilidad de que la evidencia se hubiera obtenido mediante otros medios investigativos, pudiéndose trazar un pronóstico de concurrencia de la excepción a la nulidad por descubrimiento inevitable.

Lo anterior permite en materia de nulidades probatorias, afirmar que en el modelo vigente, el momento alegatorio oportuno -que, insistimos, no necesariamente preclusivo- se ubica en la audiencia previa prevista en el art. 786 LECrim para el procedimiento abreviado, que no impide su traslación funcional, por vía analógica, al ámbito del procedimiento ordinario, como ha tenido oportunidad de afirmar este Tribunal Supremo (ss. 17-9-2001, 22-4-2002, 11-10-2006) rectificando una rigorista línea interpretativa que rechazaba dicha posibilidad.

Es cierto no obstante, que puede mantenerse dialécticamente que nuestro modelo procesal responde a un principio de control difuso de las nulidades y que por tanto, su declaración puede ser ordenada en cualquier momento del proceso. Pero no es menos cierto que la ley procesal, con el espaldarazo explícito de la doctrina constitucional a la que antes nos hemos referido, sugiere momentos oportunos para la alegación y análisis. Sin duda, dicho momento cabe situarlo en la propia fase de juicio oral, mediante el planteamiento de cuestiones previas. La conveniencia de dicho momento procesal reside, por un lado, en que el objeto procesal ha quedado ya sustancialmente delimitado mediante la presentación de los escritos de conclusiones provisionales y, por otro, en que las partes han podido delimitar, igualmente el cuadro probatorio del que intentarán hacerse valer para la defensa de sus respectivas pretensiones.

Ello posibilita al Tribunal una inmejorable perspectiva de análisis del conjunto de las actuaciones y permite, por tanto, valorar con más rigor los efectos y los mecanismos de interacción entre los diferentes medios que integran el cuadro probatorio.

Lo anterior no es óbice para que sin perjuicio de diferir como regla general el pronunciamiento sobre la nulidad de fuentes o medios de prueba al momento plenario, y por tanto, al Tribunal de enjuiciamiento, puedan tomarse en cuenta pronósticos razonables de nulidad o de irregularidad para valorar la fortaleza de la base indiciaria que pueda justificar, por ejemplo, la adopción de medidas cautelares. De tal modo, el juez de instrucción podrá, y deberá, dejar sin efecto decisiones de prisión provisional, cuando de forma justificada identifique riesgos de inutilizabilidad de las fuentes de prueba que suministran las medidas cautelares en su día acordadas.

4.3.- En aplicación de la doctrina expuesta, el recurso del Ministerio Fiscal, que cuestiona el pronunciamiento del auto recurrido, que estimó que el auto del instructor de 11-10-2019, que acordó la entrada y

registro en los domicilios y sedes de la Asociación Catalana de Municipios y de la empresa Viajes Alemany SA, en la medida que también acordaba la incautación de los ordenadores, instrumentos de comunicación telefónica o telemática con ocasión de las entradas y registros y acceso a la información contenida en los mismos, así como la requisita 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, no exteriorizó los indicios de la comisión del delito que se estaba investigando, ni fijó la extensión que debía tener el examen de los dispositivos de almacenamiento masivo que se intervinieron, ni especificó cuáles eran los resultados que esperaba tener con dicha medida, por lo que no se atuvo a las prescripciones establecidas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal (arts. 588 bis b y 588 bis c) y por ello vulneró el derecho fundamental a la intimidad de las personas (art 18 CE); deberá ser estimado, en primer lugar, por no ser el momento procesal para cuestionar la legitimidad de la medida. En segundo lugar, porque aquella nulidad acordada en el auto, limitaría sus efectos a la propia medida y no necesariamente el sobreseimiento y archivo de la causa. Y por último, porque si analizamos la motivación y contenido de aquella, llegaremos al mismo pronunciamiento estimatorio.

4.4.- En efecto, es cierto y así lo hemos razonado en SSTS 597/2022, de 15-6, y 891/2022, de 11-11, que por lo que se refiere al registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información, el nuevo Capítulo VIII del Título Octavo de la LECrim establece una regulación específica presidida por el principio de la necesidad de autorización judicial.

Como se establece en la exposición de motivos, la reforma "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".

Esta autorización será precisa tanto en los supuestos en los que los dispositivos se ocupen durante un registro domiciliario, como en los incautados fuera del domicilio del investigado.

Así lo establecen los nuevos artículos 588 sexies a y b, de la Lecrim, tras la reforma operada por la LO 13/2015.

"Artículo 588 sexies a. Necesidad de motivación individualizada.

1. Cuando con ocasión de la práctica de un registro domiciliario sea previsible la aprehensión de ordenadores, instrumentos de comunicación telefónica o telemática o dispositivos de almacenamiento masivo de información digital o el acceso a repositorios telemáticos de datos, la resolución del juez de instrucción habrá de extender su razonamiento a la justificación, en su caso, de las razones que legitiman el acceso de los agentes facultados a la información contenida en tales dispositivos.

2. La simple incautación de cualquiera de los dispositivos a los que se refiere el apartado anterior, practicada durante el transcurso de la diligencia de registro domiciliario, no legitima el acceso a su contenido, sin perjuicio de que dicho acceso pueda ser autorizado ulteriormente por el juez competente.

Artículo 588 sexies b. Acceso a la información de dispositivos electrónicos incautados fuera del domicilio del investigado.

La exigencia prevista en el apartado 1 del artículo anterior será también aplicable a aquellos casos en los que los ordenadores, instrumentos de comunicación o dispositivos de almacenamiento masivo de datos, o el acceso a repositorios telemáticos de datos, sean aprehendidos con independencia de un registro domiciliario. En tales casos, los agentes pondrán en conocimiento del juez la incautación de tales efectos. Si éste considera indispensable el acceso a la información albergada en su contenido, otorgará la correspondiente autorización".

La razón de ser de la necesidad de esta autorización con carácter generalizado es la consideración de estos instrumentos como lugar de almacenamiento de una serie compleja de datos que afectan de modo muy variado a la inviolabilidad de las comunicaciones (comunicaciones a través de sistemas de mensajería, por ejemplo, tuteladas por el art 18 3º CE, contactos o fotografías, por ejemplo, tuteladas por el art 18 1º CE que garantiza el derecho a la intimidad, datos personales y de geolocalización, que pueden estar tutelados por el derecho a la protección de datos, art 18 4º CE). La consideración de cada uno de estos datos de forma separada y con un régimen de protección diferenciado es insuficiente para garantizar una protección eficaz, pues resulta muy difícil asegurar que una vez permitido, por ejemplo, el acceso directo de los agentes policiales a estos instrumentos para investigar datos únicamente protegidos por el derecho a la intimidad (por ejemplo, los contactos incluidos en la agenda), no se pueda acceder o consultar también otros datos tutelados por el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones albergados en el mismo dispositivo. Es por ello por lo que el Legislador otorga un tratamiento unitario a los datos contenidos en los ordenadores y teléfonos móviles, reveladores del perfil personal del investigado, configurando un derecho constitucional de nueva generación que es "el derecho a la protección del propio entorno virtual".

Este criterio ya puede apreciarse en la doctrina jurisprudencial de esta Sala, por ejemplo en las SSTS 204/2016, de 10 de marzo y 342/2013, de 17 de abril, que justifica una cita de cierta amplitud. "A) El acceso de los poderes públicos al contenido del ordenador de un imputado, no queda legitimado a través de un acto unilateral de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado. El ordenador y, con carácter general, los dispositivos de almacenamiento masivo, son algo más que una pieza de convicción que, una vez aprehendida, queda expuesta en su integridad al control de los investigadores. El contenido de esta clase de dispositivos no puede degradarse a la simple condición de instrumento recipiendario de una serie de datos con mayor o menor relación con el derecho a

la intimidad de su usuario. En el ordenador coexisten, es cierto, datos técnicos y datos personales susceptibles de protección constitucional en el ámbito del derecho a la intimidad y la protección de datos (art. 18.4 de la CE). Pero su contenido también puede albergar -de hecho, normalmente albergará- información esencialmente ligada al derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones. El correo electrónico y los programas de gestión de mensajería instantánea no son sino instrumentos tecnológicos para hacer realidad, en formato telemático, el derecho a la libre comunicación entre dos o más personas. Es opinión generalizada que los mensajes de correo electrónico, una vez descargados desde el servidor, leídos por su destinatario y almacenados en alguna de las bandejas del programa de gestión, dejan de integrarse en el ámbito que sería propio de la inviolabilidad de las comunicaciones. La comunicación ha visto ya culminado su ciclo y la información contenida en el mensaje es, a partir de entonces, susceptible de protección por su relación con el ámbito reservado al derecho a la intimidad, cuya tutela constitucional es evidente, aunque de una intensidad distinta a la reservada para el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones.

En consecuencia, el acceso a los contenidos de cualquier ordenador por los agentes de policía, ha de contar con el presupuesto habilitante de una autorización judicial. Esta resolución ha de dispensar una protección al imputado frente al acto de injerencia de los poderes públicos. Son muchos los espacios de exclusión que han de ser garantizados. No todos ellos gozan del mismo nivel de salvaguarda desde la perspectiva constitucional. De ahí la importancia de que la garantía de aquellos derechos se haga efectiva siempre y en todo caso, con carácter anticipado, actuando como verdadero presupuesto habilitante de naturaleza formal.

La ponderación judicial de las razones que justifican, en el marco de una investigación penal, el sacrificio de los derechos de los que es titular el usuario del ordenador, ha de hacerse sin perder de vista la multifuncionalidad de los datos que se almacenan en aquel dispositivo. Incluso su tratamiento jurídico puede llegar a ser más adecuado si los mensajes, las imágenes, los documentos y, en general, todos los datos reveladores del perfil personal, reservado o íntimo de cualquier encausado, se contemplan de forma unitaria. Y es que, más allá del tratamiento constitucional fragmentado de todos y cada uno de los derechos que convergen en el momento del sacrificio, existe un derecho al propio entorno virtual. En él se integraría, sin perder su genuina sustantividad como manifestación de derechos constitucionales de nomen iuris propio, toda la información en formato electrónico que, a través del uso de las nuevas tecnologías, ya sea de forma consciente o inconsciente, con voluntariedad o sin ella, va generando el usuario, hasta el punto de dejar un rastro susceptible de seguimiento por los poderes públicos. Surge entonces la necesidad de dispensar una protección jurisdiccional frente a la necesidad del Estado de invadir, en las tareas de investigación y castigo de los delitos, ese entorno digital.

Sea como fuere, lo cierto es que tanto desde la perspectiva del derecho de exclusión del propio entorno virtual, como de las garantías constitucionales exigidas para el sacrificio de los derechos a la inviolabilidad de las comunicaciones y a la intimidad, la intervención de un ordenador para acceder a su contenido exige un acto jurisdiccional habilitante. Y esa autorización no está incluida en la resolución judicial previa para acceder al domicilio en el que aquellos dispositivos se encuentran instalados. De ahí que, ya sea en la misma resolución, ya en otra formalmente diferenciada, el órgano jurisdiccional ha de exteriorizar en su razonamiento que ha tomado en consideración la necesidad de sacrificar, además del domicilio como sede física en el que se ejercen los derechos individuales más elementales, aquellos otros derechos que convergen en el momento de la utilización de las nuevas tecnologías.

La STC 173/2011, 7 de noviembre, recuerda 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".

4.5.- En el caso presente, la diligencia de entrada y registro en las sedes de la Asociación Catalana de Municipios y de la Agencia de Viajes Alemany SA no adolece de defecto procesal y sustantivo alguno. El auto de 11-10-2019 detalla los hechos investigados, las personas concretas que pudieran haber cometido dichos hechos y su posible incardinación en los tipos penales objeto de la querella -de hecho el auto recurrido de la Audiencia Provincial no cuestiona propiamente el auto de 11-10-2019 en lo concerniente a la entrada y registro de las sedes de las personas jurídicas, sino lo relativo a la incautación y examen de dispositivos de almacenamiento masivo que se encuentren-.

Y en este extremo el auto del instructor se refiere a lo dispuesto en los arts. 588 sexies a) 1 y 2, y 588 sexies b) LECrim para proceder al examen de los ordenadores, instrumentos de comunicación telefónica o telemática o dispositivos electrónicos de almacenamiento de datos y se refiere al respeto de los principios de excepcionalidad, necesidad de la medida, especialidad e idoneidad para la adopción de las medidas de entradas y registros en las sedes y en la investigación de los dispositivos de los querellados cuya requisa se ordena, concretándose expresamente en la parte dispositiva del auto que el objeto del registro debe limitarse a los documentos que pudieran contener información relativa a los hechos investigados y que el examen de los dispositivos electrónicos debería tener la misma finalidad que los registros domiciliarios y por ello limita la visualización de los archivos a los que pudieran tener relación con el objeto de la investigación.

Quinto.

Finalmente, no cuestionándose por el Ministerio Fiscal en el recurso los pronunciamientos relativos a los autos de 22-10-2019 y los sucesivos acordando la prórroga del secreto de la pieza separada 1ª dictados en las D.P. 889/2019 del Juzgado de Instrucción nº 16 de Barcelona, y no pronunciándose el auto recurrido sobre si los hechos descritos en la querella pueden ser constitutivos de los delitos de malversación de caudales públicos y fraude y exacciones ilegales, tal cuestión debe quedar al margen del ámbito del presente recurso de casación, al subsistir los indicios tenidos en cuenta en el auto de admisión de la querella.

Consecuentemente, se estima el recurso del Ministerio Fiscal y se deja sin efecto el auto de 8-7-2021, dictado por la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Barcelona, en cuanto acuerda el sobreseimiento de la causa, y se ordena la continuación de la instrucción. Con declaración de las costas de oficio.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1º) Estimar el recurso de casación interpuesto por el MINISTERIO FISCAL, contra el auto de fecha 8 de julio 2021, dictado por la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Barcelona, en los Rollos 311/2021, 312/2021, 313/2021 y 383/2021, dejando sin efecto el referido auto de 8 de julio de 2021, en cuanto acuerda el sobreseimiento de la causa, y se ordena la continuación de la instrucción.

2º) Se declaran las costas de oficio.

Comuníquese la presente resolución, a la mencionada Audiencia, con devolución de la causa en su día remitida.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Manuel Marchena Gómez, presidente Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

Ana María Ferrer García Eduardo de Porres Ortiz de Urbina Ángel Luis Hurtado Adrián

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.