

En Madrid, a veinte de julio de dos mil once.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- La representación procesal de Enrique, interpuso recurso de reforma y subsidiario de apelación contra los autos dictados por el Juzgado Central de Instrucción núm. 5 de 25.02.2011 y 10.03.2011 por los que se denegaban diferentes diligencias de instrucción.

La representación procesal de la Asociación Víctimas del Terrorismo, impugnó el recurso interpuesto contra el auto de fecha 25.02.2011.

SEGUNDO.- El Juzgado Instructor, mediante autos de fecha 01.04.2011 y 11.04.2011 desestimó los sendos recursos de reforma y admitió a trámite los de apelación, elevando a esta Sección 2ª testimonio de particulares para su resolución.

TERCERO.- Llegado los particulares se formó rollo y se inició el trámite de instrucción con el apelante, el apelado y el Ministerio Fiscal, adhiriéndose al recurso la representación de José María.

CUARTO.- Evacuado el trámite se señaló vista que tuvo lugar el día 15.06.2011, a la que han comparecido los letrados de los apelantes, del apelado y el Ministerio Fiscal.

Es Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Enrique López López.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Los presentes recursos de apelación tienen como objeto manifestar la contradicción frente al auto por el que el Juez de Instrucción inadmite una

serie de diligencias de investigación. Uno de los recursos se centra en solicitar de nuevo el cambio de equipo de investigación, algo que ya fue objeto de valoración por esta Sala, si bien se solicitaba sobre la base de otros argumentos. En resumen lo que se pide es que sea otra unidad de la policía, o de la guardia civil, la que lleve a cabo la investigación de los presentes hechos delictivos, de tal suerte que el equipo de investigación está conformado por funcionarios que a su vez son o deberían ser los investigados; sobre este argumento denuncian la imparcialidad de tales agentes investigadores.

Lo primero de lo que debe partirse, es que el equipo denominado investigador, a efectos procesales no son más ni menos que miembros de la Policía en función de Policía Judicial, y esa es su naturaleza y no otra. En su momento las acusaciones también solicitaron que se procediera a la designación de funcionarios de la Dirección General de la Guardia Civil, para que poniéndoles todo el material de la investigación emitieran un informe sobre los hechos acaecidos y sujetos intervinientes. Ya en aquel momento se denunciaba que los funcionarios investigadores, al estar relacionados con la investigación inicial, podrían tener alguna suerte de incompatibilidad o seudo causa de abstención para no llevarla a cabo y por ello habría que confiar la investigación a otro cuerpo de policía judicial, en aquel caso dependiente de la Guardia Civil. La Sala compartió el criterio de confianza manifestado por el anterior Juez Instructor en los funcionarios investigadores, y prueba de ello es que el informe con mayor fuerza incriminatoria existente en autos fue elaborado por los funcionarios policiales encargados de la previa investigación.

El actual Juez Instructor sigue manteniendo el mismo criterio y en su consecuencia la Sala no puede acoger la argumentación esgrimida por la apelante. Cuestión diferente, es que sus testimonios puedan ser puestos en cuestión, tanto como testigos, o recusados como peritos. En términos generales el art. 283 de la Locrm puede considerarse superado por el art. 126 de la Constitución, que establece que “La policía judicial depende de los Jueces, de los Tribunales y del Ministerio Fiscal en sus funciones de averiguación del delito y descubrimiento y aseguramiento del delincuente, en los términos que la ley establezca”, así como por el art 547 de la LOPJ, la cual nos dice que “La función de la Policía Judicial comprende el auxilio a los juzgados y tribunales y al Ministerio Fiscal en la averiguación de los delitos y en el descubrimiento y aseguramiento de los delincuentes. Esta función competirá, cuando fueren requeridos para prestarla, a todos los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, tanto si dependen del Gobierno central como de las comunidades autónomas o de los entes locales, dentro del ámbito

de sus respectivas competencias.”; prosigue la LOPJ en el art 548 diciéndonos que:

“1. Se establecerán unidades de Policía Judicial que dependerán funcionalmente de las autoridades judiciales y del Ministerio Fiscal en el desempeño de todas las actuaciones que aquéllas les encomienden.

2. Por ley se fijará la organización de estas unidades y los medios de selección y régimen jurídico de sus miembros.”

Al margen del necesario y urgente desarrollo de estas previsiones, hoy por hoy muy exiguo, podemos convenir que los actos de investigación, prevención y aseguramiento de personas y piezas de convicción, o la formación de atestado son de exclusiva competencia de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad; y los actos de investigación complejos, de policía científica, o aquellos que requieran una formación especializada en técnicas de investigación criminal y en criminología en general, están reservados a las unidades de policía judicial.

Pero el responsable de que esto se produzca es el Juez de Instrucción, ante lo cual su criterio es válido la Sala, no creyendo oportuno en esta sede este debate.

Todas las especiales circunstancias que se dan en el caso -cambios de investigadores habidos al inicio de la instrucción-, no se considera que puedan ser objeto de debate en el presente recurso, al margen de que pueda ser alegadas por la partes en el acto del juicio oral, si a ello hubiere lugar.

SEGUNDO.- En segundo lugar, se recurre ante la negativa por parte del Juez de nuevas diligencias solicitadas por el imputado recurrente, y concretamente que se amplíe la franja horaria de la petición de información de las llamadas realizadas por dispositivos telefónicos, tanto de contrato como de prepago, y que se solicite informaciones sobre las mismas a las operadoras francesas, ante la posibilidad de que alguna llamada hubiera entrado a través de los postes señal situados en suelo francés, habida cuenta el lugar de producción de los hechos al lado de la frontera con el país galo. Ante esta petición surgen dos cuestiones a resolver, la primera es si se deben practicar

estas diligencias de investigación, y la segunda si a fecha de hoy, es posible su realización.

El derecho a servirse de los medios de prueba, aplicable al derecho a instar diligencias de investigación es un derecho radicado en el art. 24 de la Constitución y a pesar de la oficialidad que rige la fase de instrucción, esta no es incompatible con aquel derecho, uno con la efectiva contradicción, no obstante lo cual el Tribunal Constitucional ha declarado que no son ilimitados y que han de ser declarados judicialmente pertinentes (TC SS 40/1986 y 149/1987). El derecho no es incondicionado, sino que lo que comporta es un derecho a un pronunciamiento motivado del Juez sobre la calificación jurídica que le merecen los hechos que exprese, en su caso, las razones por las que inadmite su tramitación, entre las que cabe la consideración de su irrelevancia penal y la denegación del proceso o su terminación anticipada de acuerdo con las previsiones de la LECrim. (TC SS 173/1987, 36/1989, 203/1989 y 31/1996). La instrucción tiene por objeto establecer si los hechos que se investigan pueden o no ser constitutivos de delito, y tal finalidad se cumple cuando el material reunido en la investigación permite al Juez afirmar que el *factum* no es subsumible en ninguno de los tipos penales. En tal supuesto, resulta inútil, e incluso improcedente, cualquier medida investigadora que, ya sin poder alterar la convicción del Juez, prolongase indebidamente, contrariando los propios derechos constitucionales que obligan a no alargar innecesariamente la fase sumarial en perjuicio de los querellados (TC S 89/1996). En definitiva cuando las diligencias practicadas demuestran para el Juez o Tribunal la inexistencia de delito y esta circunstancia se pone de manifiesto en la correspondiente resolución, no es necesario un rechazo particularizado de las demás diligencias de prueba propuestas (TC AA 819/1985 y 269/1986, entre otros). Por estas razones la jurisprudencia constitucional ha dicho en numerosas ocasiones que los querellantes no ostentan un derecho ilimitado a la práctica de los medios de investigación propuestos (TC S 191/1989 y TC AA 64/1987, 419/1987 y 464/1987, entre otros).

Ahora bien, cuestión diferente es cuando estas diligencias las proponen los imputados o querellados con el fin de introducir en la fase de instrucción conrainsidios de su posible responsabilidad, así como indicios de responsabilidad de otras personas que pudieran tener relación con los hechos investigados; desde este punto de vista no cabe duda que en su momento haber ampliado la franja horaria de petición de información a las operadoras telefónicas podía haber constituido una diligencia de investigación adecuada y pertinente, y a su vez teniendo en cuenta la proximidad del lugar de los hechos

con la frontera francesa, haber solicitado similar información a las operadoras francesas, podría también haber sido pertinente y eficaz para esclarecer los hechos. Pero dicho esto, la cuestión es si tales diligencias de investigación son posibles y eficaces hoy en día. Se debe tener en cuenta que la Ley 25/2007, de 18 de octubre, de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones, establece en su artículo 5, que la obligación de conservación de datos impuesta cesa a los doce meses computados desde la fecha en que se haya producido la comunicación, y que reglamentariamente, previa consulta a los operadores, se podrá ampliar o reducir el plazo de conservación para determinados datos o una categoría de datos hasta un máximo de dos años o un mínimo de seis meses, tomando en consideración el coste del almacenamiento y conservación de los datos, así como el interés de los mismos para los fines de investigación, detección y enjuiciamiento de un delito grave, previa consulta a los operadores. Esta previsión legal determina que en la actualidad, las operadoras ya han destruido cualquier tipo de información al respecto, más allá de la solicitada en su momento. Respecto a los operadores franceses, cabe decir lo mismo, de tal suerte que la norma anterior no es más que la transposición de la Directiva 2006/24/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2006, sobre la conservación de datos generados o tratados en relación con la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas de acceso público o de redes públicas de comunicaciones y por la que se modifica la Directiva 2002/58/C, que en su artículo, establece que los Estados miembros garantizarán que las categorías de datos mencionadas en el artículo 5 se conserven por un período de tiempo que no sea inferior a seis meses ni superior a dos años a partir de la fecha de la comunicación, de tal suerte que en Francia existe similar legislación, no debiéndose olvidar que fue Francia precisamente uno de los países que impulso la aprobación de la decisión marco sobre retención de datos de tráfico de comunicaciones electrónicas, que acabo determinando la directiva antes referida. Por ello se debe convenir que unas diligencias de investigación que en su momento podrían haber resultado de interés, hoy son de imposible obtención. Por todo ello deben ser desestimados los recursos planteados.

PARTE DISPOSITIVA

La Sala Acuerda: Desestimar los recursos de apelación interpuestos por la representación procesal de ENRIQUE, contra los autos dictados por el Juzgado Central de Instrucción núm. 5 de 01.01.2011 y 11.04.2011, desestimatorios de los recursos de reformas interpuestos contra los autos de 25.02.2011 y

10.03.2011 que acordaban la práctica de determinadas diligencias, por lo que se confirman las resoluciones recurridas.

Notifíquese esta resolución al apelante y al Ministerio Fiscal, haciéndoles saber que la misma es firme, pues contra ella no cabe interponer recurso alguno.

Remítase testimonio de la presente resolución al Juzgado Instructor para constancia en las actuaciones.

De haber cantidades depositadas para recurrir, con el resultado de lo dispuesto en esta resolución, procédase por el Juzgado Central de Instrucción a darle el destino legal a dicha cantidad.

Una vez notificada la presente resolución, archívese el Rollo de Sala entre los de su clase, dejando nota en el correspondiente Libro Registro.

Así, por este nuestro auto, lo dictamos, mandamos y firmamos. Julio de Diego López.- Jose Ricardo de Prada Solaesa.- Enrique López López.