



20006

AUDIENCIA NACIONAL - SALA DE LO PENAL
Sección 003
221

Tfno: 913973271/913352987

Fax: 913973270

N.I.G.: 28079 27 2 2012 0001889

APELACION CONTRA AUTOS 0000331 /2014

O.Judicial Origen:JDO. CENTRAL INSTRUCCION N. 4 de MADRID

Procedimiento: DILIGENCIAS PREVIAS PROC. ABREVIADO 0000059 /2012

A U T O

PRESIDENTE

Iltmo. Sr.

D. GUILLERMO RUIZ POLANCO

MAGISTRADOS

Iltmos. Sres.

D. ANTONIO DIAZ DELGADO

D^a CLARA E. BAYARRI GARCÍA

En la Villa de Madrid, a uno de diciembre de dos mil catorce.

I. ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha 17 de septiembre de 2014, el Juzgado Central de Instrucción nº 4 dictó auto en cuya parte dispositiva estableció:

"Requíerese a las entidades Banco Financiero y de Ahorros S.A y Bankia S.A., a fin de que remitan a este Juzgado, a la mayor brevedad posible, cuantos correos electrónicos consten en sus archivos, en cualquier formato, y que hayan sido emitidos o recibidos por D. Miguel Blesa de la Parra, a través del correo electrónico corporativo de CAJA MADRID durante el año 2009, y mantenidos por el mismo con los miembros de la Comisión Ejecutiva o del Consejo de Administración de dicha Entidad.

Una vez recibidos dichos correos, y previa a su incorporación a la causa, los mismos serán examinados, bajo la fe de la Señora Secretaria Judicial, por el Magistrado Juez Instructor, y, en su caso, por el Ministerio Fiscal, dándose la oportunidad de su presencia al querellado, D. Miguel Blesa de la Parra, con asistencia letrada, descartándose la incorporación a los autos de todos aquellos que no tengan relación con los hechos objeto de la presente causa."

SEGUNDO.- Contra dicha resolución la representación procesal de Miguel Blesa de la Parra interpuso recurso de apelación directo, si bien en el escrito de recurso se hace



referencia por error con la fecha del auto recurrido, al 12 de junio.

TERCERO.- Dado traslado de dicho recurso, el Ministerio Fiscal lo ha impugnado mediante informe de fecha 7 de octubre de 2014, del tenor literal siguiente:

"El Fiscal, evacuando el traslado conferido por Providencia de 30 de septiembre de 2014 para que informe en el recurso de apelación interpuesto por la representación de MIGUEL BLESA DE LA PARRA contra el auto de 17 de septiembre de 2014, interesa su confirmación, con base en los siguientes razonamientos:

ÚNICO.- En enero de 2014, la representación de José María Bella Martorell y María Ángeles Puigdomenech Arbussa solicitó que se librara exhorto al Juzgado de Instrucción nº 9 de Madrid (DP 58/2010) para que facilitara copia de todos los correos incautados en dicho procedimiento a Miguel Blesa por entender que éstos podrían contener pruebas de una planificación llevada a cabo desde Caja Madrid para su capitalización con la venta de participaciones preferentes. El Fiscal, en informe de 24 de enero de 2014 se opuso a esta diligencia señalando, entre otros argumentos los siguientes:

La diligencia, en los amplísimos términos en que se propone, no es pertinente ni relevante en la instrucción de la causa y, sobre todo, resulta desproporcionada para el objeto de la investigación, que se contrae a la decisión de la emisión de participaciones preferentes y los motivos que llevaron a adoptarla, lo que fue objeto de discusión y tratamiento en los órganos correspondientes de la entidad emisora, sin que sea preciso para investigar tal decisión recurrir a todos los correos electrónicos emitidos o recibidos por Miguel Blesa, una medida extraordinariamente limitadora de derechos fundamentales de la persona como son la intimidad personal y el secreto de las comunicaciones del artículo 18.3 CE y que se propone además sin filtro o limitación alguna de orden objetivo o temporal, con lo que su desmesura resulta manifiesta.

Por otra parte, no puede obviarse que la obtención de la totalidad de los correos electrónicos incorporados a las Diligencias previas 58/2010 tramitadas en el Juzgado de Instrucción nº 9 de Madrid y cuya incorporación a este procedimiento ahora se solicita, fue expresamente declarada nula por la Sección Treinta de la Audiencia Provincial de Madrid, en auto nº 502/2013 de 19 de junio por vulnerar el derecho de defensa y el derecho a la intimidad personal y el secreto de las comunicaciones de Miguel Blesa lo que, al margen de las anteriores consideraciones, impediría su incorporación al presente o a otro procedimiento, al tratarse de una prueba ilícitamente obtenida, de acuerdo con la sobradamente conocida doctrina constitucional que proclama la interdicción de las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales, (artículo 11.1 LOPJ y SSTC 114/1984, 81/1998, 69/2001 o 286/2007).

Esta posición fue acogida por el Juzgado Central de Instrucción nº 4, que rechazó la petición en auto de 3 de marzo de 2014. Recurrido en apelación, el Fiscal informa el 14 de marzo de 2014 interesando la confirmación de la resolución recurrida, y la Sección 3ª de la Sala de la Sala de lo Penal



por auto de 27 de junio de 2014 confirmó el auto recurrido desestimando la diligencia. Sin embargo, la Sala ya admitía en esta resolución que la diligencia "pueda ser solicitada en el marco de las diligencias previas seguidas ante el Juzgado Central de Instrucción nº 4, al no verse obstáculo a que por otras vías distintas a las pretendidas por el apelante a través de emitir exhorto al Juzgado de Instrucción nº 9, se solicite en todo o en parte la incorporación de los correos electrónicos, nada hay obviamente decidido sobre el fondo o aspecto material de lo pretendido (incorporación de los correos electrónicos del Sr. Blesa), en relación al objeto de lo que constituye las presentes D.P. del Juzgado Central de Instrucción nº 4; y por ello la pretendida aportación por otras vías procesales de los correos electrónicos del Sr. Blesa, a las diligencias seguidas ante el Juzgado Central de Instrucción nº 4, deberán ser analizadas de nuevo en orden a su necesidad y proporcionalidad, así como a su legalidad, y por lo tanto podrá accederse a ello o no."

Atendiendo a esta posibilidad abierta por la Sala, la misma representación solicitó que se requiriera a Bankia para que aportara los correos electrónicos corporativos de Caja Madrid enviados y recibidos por Miguel Blesa en el año 2009 al resto de miembros de la Comisión Ejecutiva y del Consejo de Administración. El Fiscal informó no oponiéndose a esta diligencia, toda vez que la vía empleada era la correcta, se acotaba debidamente el objeto de la misma y no podía considerarse a priori desproporcionada. El Juzgado Central de Instrucción nº 4, con buen criterio, ha admitido la diligencia en un auto de 17 de septiembre de 2014, justificando la admisión en lo limitado de la petición, su posible trascendencia para la causa y con la previsión de que se forme pieza separada secreta con los correos previa a su incorporación a la causa, para ser examinados bajo fe pública de la Secretaria Judicial por el Magistrado Instructor y el Ministerio Fiscal, dándose la oportunidad de que esté presente el querellado Miguel Blesa con asistencia letrada, descartándose la incorporación a los autos de todos aquellos que no tengan relación con los hechos objeto de la presente causa.

La diligencia tal y como ha sido acordada cumple con todos los requisitos de relevancia, pertinencia y proporcionalidad y justifica sobradamente su adopción, dando lo limitado de la misma y las garantías de que se reviste la recogida de esta fuente de prueba, tratándose así de una diligencia bien distinta de aquella que fue en su momento desestimada."

CUARTO.- Asimismo la representación procesal de José María Bella Martorell y María Ángeles Puigdomenech Arbussa en escrito de fecha 8 de octubre de 2014, ha mostrado su oposición al recurso de apelación objeto de la presente resolución.

Actúa como ponente el Magistrado Sr. Díaz Delgado.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Dos son los motivos del recurso de apelación se somete a la consideración de este Tribunal:



El primero.- La diligencia de investigación ya ha sido declarada nula. El conocimiento de los correos electrónicos deriva de la previa comisión de un ilícito penal. Su incorporación a esta causa por una vía tangencial supondría un fraude de Ley y la ilegal utilización de una prueba nula, pues como la Ilma. Sala ya conoce, por haber resuelto este concreto particular, que la aprehensión de los correos de Don Miguel Blesa fue declarada nula por la Audiencia Provincial de Madrid dada su filtración a los medios de comunicación.

Y Segundo.- Subsidiariamente dicha diligencia de investigación solicitada no es proporcional, ni necesaria al objeto de la presente instrucción.

SEGUNDO.- Comenzando por el primer motivo ya dijo este Tribunal en una anterior resolución (Auto de 27 de junio de 2014), en el Fundamentos de Derecho tercero, que como excepciones a la "Teoría del Fruto del árbol envenenado", se han formulado diversas doctrinas hasta llegar a la del "descubrimiento inevitable", como causa de desconexión de las diligencias de investigación ilegítimamente obtenidas. Así y tal como se expone en la S.T.S. de 25 de Abril de 2013, nº 364/2013, esta causa de "desconexión de la antijuridicidad" es una causa reconocida y admitida en todos los países de nuestro acervo judicial dentro del espacio judicial europeo, recogiendo a continuación lo que la Sentencia del T.S. citada refleja en tal sentido:

"La valoración de esta doctrina matizada exige efectuar un excursus de derecho comparado, para constatar si en el espacio judicial europeo, para constatar si en el espacio judicial europeo, en el que necesariamente nos movemos, la regla de la eficacia indirecta de la exclusión probatoria de la prueba ilícita se aplica de una forma rígida o extensiva, o más bien matizada conforme a la doctrina de nuestro Tribunal Constitucional.

El artículo 6 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y el artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea consagran el derecho a un juicio equitativo, mientras que el artículo 48, párrafo segundo, de la Carta garantiza el respeto del derecho a la defensa.

Pero aunque todos los Estados miembros son partes en el CEDH, la experiencia ha puesto de manifiesto que dicha pertenencia por sí sola no aporta el suficiente grado de confianza en los sistemas judiciales penales de los demás Estados miembros.

El refuerzo de la confianza mutua exige, además, una aplicación coherente de los derechos y garantías establecidos en el artículo 6 del CEDH. Y en este ámbito es necesaria la homologación, o al menos aproximación, entre los estándares de protección de los derechos fundamentales y las garantías que ofrecen los sistemas penales de los diversos Estados que conforman la Unión.

Pues bien, sin necesidad de una profundización doctrinal que haría excesivamente prolija esta resolución, es fácil constatar que en los países de nuestro entorno la eficacia indirecta de la prueba ilícita no se aplica de forma absoluta o ilimitada, sino en una forma matizada muy próxima a la doctrina de nuestro Tribunal Constitucional.

Así por ejemplo, en Portugal, donde la regla de exclusión de la prueba ilícita está incorporada a la propia Constitución (art 32), el denominado "efeito-a-distancia", o efecto reflejo



de la nulidad en otras pruebas derivadas, está matizado por la singularidad del caso, el tipo de prohibición de prueba vulnerado, la naturaleza e importancia del derecho en conflicto, el bien jurídico o interés sacrificado, el sujeto pasivo de la vulneración, etc.

En Italia, donde la regla de la "inutilizabilidad" de las pruebas obtenidas quebrantando prohibiciones legales fue incorporada al art 191 del Código di Procedura Penale de 1988, la polémica figura de la "inutilizabilidad derivata" se aplica también de forma matizada. La ausencia de una normativa específica sobre la propagación de la nulidad, salvo en materia de secreto de Estado (Ley 3 de Agosto de 2007) da lugar a soluciones jurisprudenciales muy variadas. Como ejemplo de exclusión de la ineficacia derivada puede citarse la Sentencia de la Corte de Casación, Cass. Sec.VI, de 27 de marzo de 2009.

Algo similar se aprecia en la práctica procesal francesa con el "principio de lealtad en la aportación de la prueba", en la alemana, en la que se aplica la "teoría de la ponderación de intereses" por la que la vulneración de una prohibición probatoria no conlleva necesariamente la prohibición de utilización de la prueba derivada ("fernwirkung des Beweisverbots"), en función de la gravedad del hecho y el peso de la infracción procesal concreta, o en el sistema procesal penal holandés en el que la ilicitud probatoria se introdujo en 1996 en el art 359 del Código de Procedimiento Procesal, pero en el que la calificación de una prueba como derivada de otra prueba ilícita no acarrea necesariamente la aplicación de una regla de exclusión, aplicándose los principios de proporcionalidad y subsidiariedad.

Y si acudimos fuera del espacio judicial europeo, al propio Tribunal Supremo norteamericano, pionero en la aplicación de esta doctrina ("fruits of the poisonous tree"), es indudable que resoluciones como Hudson vs. Michigan, o Herring vs. United States, han atenuado mucho los efectos de la "exclusionary rule". Aun sin compartir, obviamente, esta regresión, es claro que la aplicación absolutamente ilimitada de la regla de la contaminación de los frutos del árbol prohibido carece en el sistema procesal penal actual de referentes en el Derecho Comparado, por lo que la aplicación de la doctrina matizada del Tribunal Constitucional a través de la teoría de la conexión de antijuridicidad resulta lo más coherente con el modelo procesal penal vigente en los países de nuestro entorno.

TERCERO.- Estas teorías de desconexión, es decir de las excepciones a las reglas de exclusión de la Teoría del "Fruto del árbol envenenado" están recogidas en la STS 974/1997 (además de la Sentencia ya reflejada del TS), y en la STC 81/1998 de 2 de Abril de 1998 que aplicó la doctrina de "Fuente independiente", primera de las excepciones doctrinales recogidas para después establecer la teoría de la "conexión atenuada", y llegar por último a la teoría de "descubrimiento inevitable".

Pues bien esta sentencia citada del T.C. 81/1988 establece: "...el problema surge, pues, cuando, tomando en consideración el suceso tal y como ha transcurrido de manera efectiva, la prueba enjuiciada se halla unida a la vulneración



del derecho, porque se ha obtenido a partir del conocimiento derivado de ella.

Pues bien: en tales casos la regla general, tal y como hemos expresado en diversas ocasiones (SSTC 85/1994, fundamento jurídico 5º; 86/1995, fundamento jurídico 3º; 181/1995, fundamento jurídico 4º; 49/1996, fundamento jurídico 5º) reafirmamos expresamente ahora, es que todo elemento probatorio que pretenda deducirse a partir de un hecho vulnerador del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones telefónicas se halla incurso en la prohibición de valoración ex art. 24.2 C.E.

Sin embargo, a la vez que establecíamos la doctrina general que acabamos de exponer, y habida cuenta de que, como hemos dicho repetidamente, los derechos fundamentales no son ilimitados ni absolutos (STC. 254/1988, fundamento jurídico 3º), en supuestos excepcionales hemos admitido que, pese a que las pruebas de cargo se hallaban naturalmente enlazadas con el hecho constitutivo de la vulneración del derecho fundamental por derivar del conocimiento adquirido a partir del mismo, eran jurídicamente independientes de él y, en consecuencia, las reconocimos como válidas y aptas, por tanto, para enervar la presunción de inocencia (SSTC 86/1995, fundamento jurídico 4º y 54/1996, fundamento jurídico 9º).

Más recientemente la S:T:C nº 22/2003 de 10 de febrero, establece la validez de las diligencias de investigación: "...cuando el estatuto de imputado no hubiere podido impedir que la prueba se hubiera podido obtener actuando conforme a la Constitución."

CUARTO.- En el presente caso el Tribunal entiende que la incorporación de la diligencia de investigación recurrida es una diligencia jurídicamente independiente por una evidente desconexión de antijuricidad, pues el resultado probatorio que se desprende del contenido de los correos electrónicos que en su momento en un proceso penal distinto, por tener un objeto procesal diferente, fue declarado nulo, hubiera podido llegar al presente proceso en el curso normal de la investigación que se lleva a cabo sobre lo que constituye el objeto de las diligencias previas en que nos encontramos. Dicho de otro modo, las investigaciones llevadas a cabo en el presente proceso hubieran podido conducir a la obtención independiente de la diligencia de investigación derivada de otra lesiva de derechos fundamentales, pues nadie hubiera impedido incorporar al presente procedimiento el material informático pertinente intervenido durante la investigación penal, respetándose obviamente en el proceso penal en que nos encontramos, las garantías constitucionales y de legalidad ordinaria pertinentes, toda vez que la existencia de los correos electrónicos es una situación de hecho, dada su evidente existencia, la que permite que la intervención de los correos electrónicos sea un acto perfectamente posible como acto de investigación jurisdiccional, y ello aunque se considere en atención a las diversas posturas doctrinales, que estamos ante un supuesto de intervención de comunicaciones -postales o telefónicas- o bien ante un supuesto de derecho a la intimidad. A tal fin es plenamente esclarecedora la Circular de la F.G.E 1/2013 en el punto 10 cuando trata del correo electrónico como acto de comunicación.



Por lo tanto en modo alguno puede estimarse el primer motivo del recurso de apelación, en mérito a lo expuesto.

QUINTO.- En cuando al segundo motivo del recurso, el Tribunal entiende que la diligencia de investigación combatida, es plenamente proporcional, y es necesaria para el objeto del proceso en que nos movemos.

El requisito de la proporcionalidad es exigido con rigor por la jurisprudencia del TEDH. (vid SSTEDH de 19 de abril de 2001, Peers contra Grecia; 24 de julio de 2001, Valamas contra Lituania; 11 de diciembre de 2003 Basani contra Italia; 24 de febrero de 2005 Jaskauskas contra Lituania), exigiéndose por la jurisprudencia que una inferencia que afecte a la intimidad solamente puede acordarse en la investigación de un delito grave, en el bien entendido sentido de que para apreciar la gravedad no sólo ha de tenerse en cuenta la pena, sino también su trascendencia y repercusión social (SSTS nº 740/2012 de 10 de octubre; 467/1998 de 3 de abril, 622/1998 de 11 de mayo). Que duda cabe que en el presente supuesto, independientemente de la gravedad de la pena, cuestión que el T.C en su sentencia nº 104/2006 de 3 de abril ha rebajado hasta considerar apta esta diligencia de investigación para penas menos graves (Art. 33.2); la repercusión y trascendencia social es más que evidente. Sin mayor explicación, por lo tanto este motivo tampoco puede ser acogido.

Por lo expuesto el Tribunal

A C U E R D A

Desestimar íntegramente el recurso de apelación objeto de la presente resolución, confirmándose la resolución recurrida, respecto a la remisión e incorporación de los correos electrónicos de D. Miguel Blesa de la Parra en los términos requerido por el Juzgado Central de Instrucción nº 4, tal y como se expresa en la parte dispositiva del auto de dicho Juzgado, recurrido en apelación.

Notifíquese la presente resolución a las partes y comunicado al Juzgado Instructor, archívese el presente Rollo de Sala.

Así, por este nuestro auto, contra el que no cabe recurso ordinario alguno, lo dictamos, mandamos y firmamos.

R/

DILIGENCIA: Seguidamente se cumple lo acordado. Doy fe.