Instrucción 2/2017, *sobre procesos incoados a raíz de la deducción de testimonios de una causa principal*

I

La deducción de testimonio derivada de indicios obtenidos en una intervención de comunicaciones precedente -en cuanto forma de inicio de un nuevo procedimiento penal- fue objeto de análisis en la Circular 1/2013, de 11 de enero, *sobre pautas en relación con la diligencia de intervención de las comunicaciones telefónicas*.

El acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 26 de mayo de 2009 dispuso: "En los procesos incoados a raíz de la deducción de testimonios de una causa principal, la simple alegación de que el acto jurisdiccional limitativo del derecho al secreto de las comunicaciones es nulo, porque no hay constancia legítima de las resoluciones antecedentes, no debe implicar sin más la nulidad. En tales casos, cuando la validez de un medio probatorio dependa de la legitimidad de la obtención de fuentes de prueba en otro procedimiento, si el interesado impugna en la instancia la legitimidad de aquel medio de prueba, la parte que lo propuso deberá justificar de forma contradictoria la legitimidad cuestionada. Pero, si, conocido el origen de un medio de prueba propuesto en un procedimiento, no se promueve dicho debate, no podrá suscitarse en ulteriores instancias la cuestión de la falta de constancia en ese procedimiento de las circunstancias concurrentes en otro relativas al modo de obtención de las fuentes de aquella prueba".

Tras el acuerdo del Pleno, el TS resolvió: “Ni el derecho a la presunción de inocencia, ni el principio in dubio pro reo, que siempre deben proteger a los acusados, pueden llegar a significar que, salvo que se acredite lo contrario, las actuaciones de las autoridades son, en principio, ilícitas e ilegítimas. El principio de presunción de inocencia de los acusados no puede extender su eficacia hasta esos absurdos extremos”. Posteriormente, señaló: “La nueva causa penal, por otra parte, no puede constituir un cauce procesal idóneo para que el Juzgador examine, en todo caso y con carácter previo, la regularidad constitucional de las restricciones de los derechos fundamentales ordenadas en otro proceso, y se pronuncie sobre su validez y eficacia jurídicas, con lo que, además, se daría ocasión a posibles resoluciones jurisdiccionales contradictorias sobre el particular”. El párrafo siguiente matizó: “Ello no puede ser obstáculo, sin embargo, para que cualquiera de las partes que pudiera tener una duda o una razón fundadas sobre la posible irregularidad o ilegalidad de las intervenciones telefónicas previas pueda instar en la segunda causa, para superar la duda o esclarecer la cuestionada legalidad de la injerencia, con las obligadas consecuencias que de ello pudieran derivarse, en su caso, para el segundo proceso, las diligencias que considere pertinentes al efecto (como sería el testimonio de particulares del otro proceso), sin olvidar, por lo demás, las exigencias inherentes a los principios de la buena fe y de la lealtad procesales en la defensa de sus legítimos intereses con la que siempre deben actuar las partes en el proceso” (STS nº 1140/2010, de 29 de diciembre, que recoge la doctrina precedente sentada en las SSTS 187/2009 de 3 de marzo; 326/2009, de 24 de marzo; 6/2010 de 27 de enero, y 406/2010, de 11 de mayo).

Como concluye la STS nº 605/2010, de 24 de junio, no existen nulidades presuntas.

II

A contrario, cuando pese a haberse impugnado la legitimidad de las injerencias en derechos fundamentales no se incorporan los testimonios, el TS, en múltiples resoluciones (SSTS nº 605/2010, de 24 de junio, 496/2010, de 14 de mayo, 744/2010, de 26 de julio, 1138/2010, de 16 de diciembre) ha declarado la imposibilidad de valorar los resultados de tales diligencias en los procedimientos derivados, por estar ausentes de la causa elementos de juicio acerca de su legitimidad.

III

Se han producido absoluciones por no haberse aportado los testimonios necesarios. La STS nº 182/2013, de 7 de marzo confirma la absolución pues "la validez del medio probatorio de cargo, aquí nuclear, depende de la legitimidad de la obtención de las fuentes de prueba llevadas a otra causa, que no ha podido comprobarse por la falta de aportación, por la acusación, de la documentación necesaria a tal efecto. Con la particularidad de que la objeción fundada en este dato fue planteada de forma temporánea (…)".

Igualmente la STS nº 296/2013, de 12 de abril se enfrenta a esta cuestión y declara: "La legitimidad de las intervenciones telefónicas producidas en estas actuaciones fueron eficazmente cuestionadas (…) no obstante esto, el Fiscal, interesado como parte acusadora, en hacer valer el contenido de las escuchas como prueba de cargo, no aportó al juicio los antecedentes reiteradamente aludidos. No lo había hecho antes de plantear formalmente su acusación; no lo hizo en el momento de esta; tampoco en el trámite de cuestiones previas; y ni siquiera durante el desarrollo de la vista". Afirma el TS que está plenamente justificada "la exigencia de que en cada proceso consten de forma precisa todos los antecedentes de una resolución como aquella por la que se dispone la

injerencia en el ámbito personalísimo de un derecho fundamental con fines de investigación".

IV

Más reciente, la STS nº 228/2017, de 3 de abril casó una sentencia condenatoria en un procedimiento en el que se intervino una tonelada de cocaína. La absolución, de nuevo, encuentra su razón en la imposibilidad de valorar, ni directa ni indirectamente, ni como prueba ni como medio de investigación, las conversaciones fruto de una intervención telefónica acordada en una causa matriz cuando, pese a haber sido expresamente impugnada por la defensa, ni el Juez de Instrucción acordó ni el Fiscal promovió, la unión de los correspondientes testimonios de los antecedentes y de las resoluciones habilitantes.

La resolución precitada consideró que la falta de constancia de tales actuaciones derivó en un "vacío insustituible en cuanto a los actos judiciales legitimadores de la limitación de los derechos fundamentales", imposibilitando "cualquier clase de control sobre la idoneidad, necesidad y proporcionalidad". La ignorancia sobre la base fáctica de las intervenciones telefónicas, de su cobertura judicial y alcance temporal impidió conocer si se cumplimentaron "los baremos constitucionales mínimos que marca la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de esta Sala". Ante ello –expresó el TS- sólo cabe declarar su ilicitud "al haberse infringido el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones" y también "el derecho a un proceso con todas las garantías".

Resulta necesario subrayar que el TS concretó que, ante las peticiones de las defensas, era al Ministerio Fiscal al que correspondía la justificación y éste -en el caso concreto- "no solicitó que se unieran al proceso las resoluciones judiciales dictadas para autorizar las correspondientes prórrogas", ni tampoco "el resultado concreto de esas intervenciones". Matiza la sentencia que dicha aportación la

“pudo haber solicitado con anterioridad a la vista oral del juicio o incluso al inicio de ésta como una cuestión previa”. En definitiva, “lo que aquí procedía, a la vista de las impugnaciones de las defensas, era traer a esta causa las resoluciones judiciales que acordaron las escuchas en el procedimiento matriz, acompañadas de la documentación que pudiera legitimarlas, y también por supuesto del resultado de esas escuchas”. Constatada su juridicidad, como afirma la resolución, “no sólo podrían resultar legitimadas las pruebas indirectas que se practicaron en el plenario, sino que también sería factible recibir declaración sobre el contenido de esas escuchas al principal acusado, puesto que, a la vista del resultado del juicio, eran las únicas pruebas que concurrían contra él”.

En el mismo sentido puede mencionarse la recientísima STS nº 271/2017, de 18 de abril, que declara que “Cuando se trata de injerencias que han sido adoptadas en otra causa, de la que se ha desgajado la que es objeto de enjuiciamiento, si bien no existe una presunción de ilegalidad de lo actuado en otro proceso, ni el principio in dubio pro reo autoriza a cuestionar, o sospechar de la ilicitud a lo allí actuado, sí que es preciso traer al enjuiciamiento los presupuestos de actuación que habilitan las diligencias subsiguientes acordadas en estos procesos, para que no exista duda acerca de la licitud de las mismas, y para hacer posible el control jurisdiccional y su fiscalización por los afectados, cuyos derechos fundamentales se ven perjudicados (…) Este cuestionamiento ha de ponderar que la causa enjuiciada es una causa diferente a la original, por lo que el testimonio remitido solo necesita referirse a los elementos sustanciales que permitan el referido control”.

V

Estas exigencias jurisprudenciales adquirieron rango legal tras la reforma operada en la LECrim por Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, *de modificación de la*

Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica.

El art. 588 bis i LECrim, bajo la rúbrica "utilización de la información obtenida en un procedimiento distinto y descubrimientos casuales" declara que "el uso de las informaciones obtenidas en un procedimiento distinto y los descubrimientos casuales se regularán con arreglo a lo dispuesto en el artículo 579 bis"**.**

Por su parte, el art. 579 bis LECrim dispone:

"1. El resultado de la detención y apertura de la correspondencia escrita y telegráfica podrá ser utilizado como medio de investigación o prueba en otro proceso penal.
2. A tal efecto, se procederá a la deducción de testimonio de los particulares necesarios para acreditar la legitimidad de la injerencia. Se incluirán entre los antecedentes indispensables, en todo caso, la solicitud inicial para la adopción, la resolución judicial que la acuerda y todas las peticiones y resoluciones judiciales de prórroga recaídas en el procedimiento de origen.
3. La continuación de esta medida para la investigación del delito casualmente descubierto requiere autorización del juez competente, para la cual, éste comprobará la diligencia de la actuación, evaluando el marco en el que se produjo el hallazgo casual y la imposibilidad de haber solicitado la medida que lo incluyera en su momento. Asimismo se informará si las diligencias continúan declaradas secretas, a los efectos de que tal declaración sea respetada en el otro proceso penal, comunicando el momento en el que dicho secreto se alce."

VI

En síntesis, tras la entrada en vigor de la LO 13/2015, la incorporación de los testimonios de la causa matriz a la causa derivada es una diligencia preceptiva

siempre, y especialmente cuando la defensa hubiera impugnado la diligencia de intervención de las comunicaciones.

Como quiera que tal diligencia es fácilmente practicable y teniendo presente los gravísimos efectos que su omisión puede generar -buen ejemplo de ello es el caso analizado en la reseñada STS nº 228/2017-, y a la vista de la redacción de los nuevos arts. 588 bis i y 579 bis LECrim, los Sres. Fiscales, si no lo ha hecho de oficio el Juzgado de Instrucción, instarán siempre y desde el primer momento, la práctica de la misma.

En todo caso, al evacuar el traslado conferido para formular escrito de acusación en el segundo procedimiento, los Sres. Fiscales comprobarán si efectivamente constan los testimonios de la causa matriz. En caso contrario interesarán su incorporación.

En cuanto a qué deban considerarse testimonios a incorporar, lo serán en cada supuesto concreto todos los testimonios de los particulares necesarios para acreditar la legitimidad de la injerencia. Como mínimo habrán de incorporarse la solicitud inicial para la adopción de la medida, la resolución judicial que la acuerda y todas las peticiones y resoluciones judiciales de prórroga recaídas en el procedimiento de origen, así como el resultado concreto de las diligencias practicadas en la causa matriz que fundamente la apertura de la causa derivada.

Pese a que el art. 579 bis LECrim no hace mención a la incorporación de testimonios relativos al resultado concreto de las diligencias practicadas en la causa matriz que fundamente la apertura de la causa derivada, parece clara su procedencia.

Estas directrices serán también aplicables cuando en la causa matriz se hubiera acordado cualquier otra diligencia de investigación restrictiva de derechos

fundamentales y se pretendiera utilizar sus resultados en un ulterior procedimiento.

VI

Cláusula de vigencia

La presente Instrucción no afecta la vigencia de anteriores pronunciamientos de la Fiscalía General del Estado, aunque adapta el epígrafe 18 de la Circular 1/2013, de 11 de enero, *sobre pautas en relación con la diligencia de intervención de las comunicaciones telefónicas* a la reforma de la LECrim operada por Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre.

VII

Conclusiones

1º En los supuestos de iniciación de un proceso penal partiendo de informaciones o datos procedentes de otra causa, sobre la base de unos indicios de delito obtenidos en el curso de una intervención de comunicaciones previa, si el Juez instructor no lo hace de oficio, los Sres. Fiscales instarán que se unan al segundo proceso los correspondientes testimonios del procedimiento de origen.

2º Tal diligencia habrá de interesarse desde el primer momento, especialmente cuando las defensas de los acusados hayan impugnado la diligencia de intervención de las comunicaciones.

3º En todo caso, al formular escrito de acusación, los Sres. Fiscales comprobarán si efectivamente constan los testimonios de la causa matriz. En caso contrario interesarán su práctica.

4º En cuanto a qué deban considerarse testimonios a incorporar, lo serán en cada supuesto concreto todos los testimonios de los particulares necesarios para acreditar la legitimidad de la injerencia.

Como mínimo habrán de incorporarse la solicitud inicial para la adopción de la medida, la resolución judicial que la acuerda y todas las peticiones y resoluciones judiciales de prórroga recaídas en el procedimiento de origen, así como el resultado concreto de las diligencias practicadas en la causa matriz que fundamente la apertura de la causa derivada.

5º Estas directrices serán también aplicables cuando en la causa matriz se hubiera acordado cualquier otra diligencia de investigación restrictiva de derechos fundamentales y se pretendiera utilizar sus resultados en un ulterior procedimiento.

En razón de todo lo expuesto, con el propósito de cumplir las obligaciones que impone nuestro ordenamiento jurídico al Ministerio Público, los Sres. Fiscales se atendrán en lo sucesivo a las prescripciones de la presente Instrucción.

Madrid, 28 de abril de 2017

EL FISCAL GENERAL DEL ESTADO

José Manuel Maza Martín

EXCMOS./AS. E ILMOS./AS. SRES./AS. FISCALES DE SALA, FISCALES SUPERIORES, FISCALES JEFES PROVINCIALES Y DE ÁREA.