



Roj: **ATS 8670/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:8670A**

Id Cendoj: **28079120012018201369**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **24/07/2018**

Nº de Recurso: **20907/2017**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Causa especial**

Ponente: **ALBERTO GUMERSINDO JORGE BARREIRO**

Tipo de Resolución: **Auto**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Auto núm. /

Fecha del auto: 24/07/2018

Tipo de procedimiento: CAUSA ESPECIAL

Número del procedimiento: **20907/2017**

Fallo/Acuerdo:

Ponente: Excmo. Sr. D. Alberto Jorge Barreiro

Procedencia: RECURSO DE APELACION NÚM. 11/2018

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Antonia Cao Barredo

Transcrito por: FGR

Nota:

CAUSA ESPECIAL núm.: **20907/2017**

Ponente: Excmo. Sr. D. Alberto Jorge Barreiro

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Antonia Cao Barredo

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Auto núm. /

Excmos. Sres.

D. Miguel Colmenero Menendez de Luarca

D. Francisco Monterde Ferrer

D. Alberto Jorge Barreiro

En Madrid, a 24 de julio de 2018.

Esta sala ha visto

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Alberto Jorge Barreiro.



ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 11 de enero pasado el Excmo. Sr. Magistrado Instructor dictó auto en cuya parte dispositiva, dice:

"... **DISPONGO:** El acceso, examen y análisis de la correspondencia electrónica mantenida entre el 28 de abril de 2016 y el 27 de octubre de 2017, por :

1. Argimiro .- Presidente de la Generalitat.
2. Aurelio .- Vicepresidente de la Generalitat.
3. Benigno .- Consejero de Presidencia.
4. Carlos .- Consejero de Exteriores.
5. Cesar .- Consejero de Salud.
6. Eulogio .- Consejero de Territorio.
7. Zaira .- Consejera de Trabajo, Asuntos Sociales y Familia.
8. María Esther .- Consejera de Gobernación.
9. Eva María .- Consejera de Educación.
10. Guillermo .- Consejero de Interior.
11. Herminio .- Consejero de Cultura.
12. Humberto .- Consejero de Justicia.
13. Isaac .- Consejero de Empresa.
14. Beatriz .- Consejera de Agricultura.
15. Bibiana .- Portavoz de JxS.
16. Mario .- Presidente de JxS y Vicepresidente primero de la mesa del Parlamento.
17. Edurne .- Presidenta de la CUP.
18. Encarna .- Portavoz de la CUP.
19. Pedro .- Expresidente de la Generalitat.
20. Evangelina .- Presidenta de la mesa del Parlamento.
21. Romulo .- Vicepresidente de la mesa del Parlamento.
22. Herminia .- Secretaria primera de la mesa del Parlamento.
23. Teodosio .- Secretario tercero de la Mesa del Parlamento.
24. Leonor .- Secretaria cuarta de la Mesa del Parlamento.
25. Jose Ignacio .- Secretario de Economía del Departamento de Vicepresidencia.
26. Jose Pablo .- Fue Director Gerente de Ómnium Cultural y Secretario del Govern.
27. Carlos Daniel .- Presidente del Instituto de Estudios de Autogobierno.
28. Luis Miguel .- Responsable de la Secretaría para el Desarrollo del Autogobierno
29. Santiago .- Responsable de la Oficina para la Mejora de las Instituciones del Autogobierno.
30. Juan Alberto .- Presidente de ANC.
31. Pedro Enrique .- Presidente de OC.
32. Sagrario .-Presidente de AMI.

Para el cumplimiento de lo acordado, y de conformidad con lo dispuesto en los artículos 588 bis c.2.h y 588 sexies c, de la LECRIM : A.Líbrese mandamiento al Centro de Telecomunicaciones y Tecnologías de la Información de la Generalitat (CTTI), sito en la calle Salvador Espriu n.º 45 de L'Hospitalet de Llobregat, a fin de que haga entrega de la copia de los correos electrónicos corporativos que se conservan, de la correspondencia electrónica mantenida entre el 28 de abril de 2016 y el 27 de octubre de 2017, correspondientes a estas personas. B.Líbrese mandamiento al Centro de Seguridad de la Información de Cataluña (CESICAT), también ubicado en la calle

Salvador Espriu 45-51 de la localidad de Hospitalet de Llobregat (Barcelona), para que aporte: a. Copia del duplicado del certificado digital personal, perteneciente a las cuentas de correo electrónico a que se ha hecho referencia. b. Copia "pin" correspondiente al certificado perteneciente a las cuentas de correo electrónico antes citadas, con la finalidad de poder instalarlos y dar lectura a los correos electrónicos cifrados "smime.p7m" de la correspondencia electrónica mantenida entre el 28 de abril de 2016 y el 27 de octubre de 2017 y c. Certificados digitales necesarios y complementarios para el cifrado/lectura de los correos antes citados, durante el periodo temporal señalado, y securizados con certificado digital:

i. <https://portal.cesicat.cat/CA/CTTI-CA.cer>

ii. <http://www.cesicat.cat/CA/CESICAT-CA.cer>

C. Oficiase a las entidades Asociación Nacional Catalana y Omnium Cultural, para que faciliten el acceso, examen, adquisición forense y análisis de los correos electrónicos, oficiales y particulares, correspondientes a Juan Alberto y Pedro Enrique, así como a las copias de seguridad de los mencionados correos, de la correspondencia electrónica mantenida entre el 28 de abril de 2016 y el 27 de octubre de 2017.- Se delega la práctica de esta diligencia en la Unidad de Policía Judicial correspondiente a la VII Zona de Mando de Operaciones Territoriales de la Guardia Civil, correspondiente a Cataluña, que habrá de informar a este instructor de los contenidos de esta correspondencia que hagan referencia al concierto, finalidad y modo de actuación previsto para la eventual ejecución de los hechos objeto de investigación, sin perjuicio de adelantar la información que pueda resultar conveniente en orden a otras diligencias de investigación de cargo o de descargo.- Fórmese con la presente resolución Pieza Separada que se declara secreta por periodo de quince días. .." .

SEGUNDO.- Contra dicho Auto se ha interpuesto recurso de reforma que fue resuelto por Auto de fecha 30 de mayo de 2018 dictado por el Magistrado Instructor, en cuya parte dispositiva, dice:

"... **EL INSTRUCTOR ACUERDA:** Desestimar los recursos de reforma interpuestos por: doña. Isabel Afonso Rodríguez en representación de Encarna y de Edurne ; don Emilio Martínez Benítez, en representación de Evangelina y de Herminia ; don José Miguel Martínez-Fresneda Gamba, en representación de Teodosio ; y por doña Celia López Ariza, en representación de Aurelio y de Carlos .- Confirmar en todos sus extremos el auto de 11 de enero de 2018 recurrido..." .

TERCERO.- Contra dicho Auto se ha interpuesto Recurso de Apelación, en tiempo y forma, por los Procuradores, Sr. Granados Bravo, en nombre y representación de Pedro Enrique ; Sra. López Ariza, en nombre y representación de Aurelio y de Carlos ; Sr. Bordallo Huidobro, en nombre y representación de Zaira ; Sr. Estévez Sanz, en nombre y representación de Argimiro , Eva María y Herminio , de los que se dieron traslado al Ministerio Fiscal y demás partes personadas, a los efectos del art. 766.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal .

CUARTO.- El Ministerio Fiscal, en el trámite correspondiente, evacuó traslado con fecha 12 de junio de 2018 interesando la confirmación de la resolución recurrida.

El Abogado del Estado, por escritos presentados el pasado 14 de Junio viene a impugnar los recursos formulados.

La Acusación Popular del Partido Político VOX por escritos presentados los pasados 14, 18 y 19 de Junio viene a impugnar los recursos formulados de contrario.

Las defensas de Evangelina , Herminia , Juan Alberto , Benigno , Eulogio , Pedro Enrique , Bibiana , Mario , Romulo , Leonor , Guillermo y María Esther , representadas por los Procuradores, Sr. Martínez Benítez, Sr. Bordallo Huidobro, Sr. Morales Hernández-Sanjuan, Sr. Argós Linares y Sr. Estévez Sanz, por escritos presentados los pasados 12,13,14 y 18 de junio mostraron su adhesión a los recursos formulados.

QUINTO.- Por providencia de esta Sala de Recursos de 10 de julio se designó Ponente de este recurso al Magistrado Excmo. Sr. Don Alberto Jorge Barreiro y se señaló para deliberación y resolución, sin vista, el pasado 12 de julio.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Por auto dictado el 11 de enero de 2018, el Magistrado instructor dispuso el acceso, examen y análisis de la correspondencia electrónica mantenida, entre el 28 de abril de 2016 y el 27 de octubre de 2017, por las 32 personas que se citan en la parte dispositiva y en el antecedente primero de la resolución.

Después de exponer la relevancia del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE) y su proyección en el art. 12 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos , en el art. 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en el art. 8 del Convenio Europeo para la Protección de los



Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, sustenta la adopción de la medida de investigación adoptada en la regulación contenida en la LECrim.

Se apoya para ello en la previsión normativa del art. 588 ter b de la LECRIM , en su redacción por LO 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, precepto que reconoce la posibilidad de la autorización judicial de acceso al contenido de las comunicaciones telemáticas en las que participe un investigado o cualesquiera otros sujetos que colaboren con la persona investigada en sus fines ilícitos (art. 588 bis h y 588 ter c LECrim).

Y recuerda también que los artículos 588 sexies de la ley procesal , admiten -también con autorización judicial- el acceso y el registro de la información contenida en los instrumentos de comunicación telemática o en cualquier dispositivo de almacenamiento masivo de información digital.

Examina después la cumplimentación en la adopción de la medida de los principios rectores de especialidad, idoneidad, excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad. Y dentro de éste, resalta la resolución lo dispuesto en el art. 588 bis a) 5 de la LECrim : « *Las medidas de investigación reguladas en este capítulo solo se reputarán proporcionadas cuando, tomadas en consideración todas las circunstancias del caso, el sacrificio de los derechos e intereses afectados no sea superior al beneficio que de su adopción resulte para el interés público y de terceros. Para la ponderación de los intereses en conflicto, la valoración del interés público se basará en la gravedad del hecho, su trascendencia social o el ámbito tecnológico de producción, la intensidad de los indicios existentes y la relevancia del resultado perseguido con la restricción del derecho* ».

En este ámbito pone en relación la medida con la gravedad de los hechos investigados, al incidir, una vez más, en que pudieran ser constitutivos de un delito de rebelión de los artículos 472 y concordantes del Código Penal , sin perjuicio de que la instrucción pueda reflejar también que lo acontecido resulte subsumible en la conspiración para la rebelión del artículo 477 del Código Penal o, en su caso, en los artículos 544 y ss, que tipifican el delito de sedición.

Y para legitimar el soporte indiciario de tales figuras delictivas, argumenta el Instructor sobre «el posible concierto de los investigados para lograr la independencia de la Comunidad Autónoma de Cataluña, excluyendo a este territorio español, y a su población, del sometimiento al régimen constitucional que constituye la base democráticamente consensuada de nuestra convivencia. Objetivo para el que pudo buscarse el apoyo masivo de importantes sectores de la población para, desde la determinación que pudiera exhibir ese sector social, ejercer puntuales reacciones violentas, y amenazar con una eventual explosión social que generalizaría la insumisión al orden jurídico y el enfrentamiento ciudadano, determinando así al Estado a aceptar una secesión de parte del territorio, por concebirse como la única reacción posible ante una situación de hechos consumados enfrentada a la aplicación del orden legal, así como el único instrumento capaz de aportar una contención de la violencia en el territorio».

Después describe la resolución de forma sintética el recorrido del llamado "Proceso", especialmente en el periodo comprendido entre los años 2015-2017, escalonando su evolución con cita de las principales resoluciones del Parlamento de Cataluña y de los reiterados incumplimientos de las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional, para terminar afirmando que los elementos indiciarios permiten sustentar la gravedad de los hechos objeto de investigación, así como la eventual participación en ellos de los investigados, bien en su condición de integrantes de un Gobierno de la Generalidad apoyado por la mayoría parlamentaria independentista, bien como representantes de esos mismos grupos políticos en el Parlamento de Cataluña o en su mesa de gobierno, o incluso como máximos representantes de las entidades Asamblea Nacional de Cataluña, Omnium Cultural o Asociación de Municipios para la Independencia.

Y precisa el auto que es la relevancia penal de las conductas delictivas que se investigan, que han supuesto la ruptura de la cohesión social y política que sustenta nuestra constitución democrática, la que justifica el acceso, examen y análisis de la correspondencia electrónica mantenida por los investigados, por ser el principal instrumento subsistente que posibilita objetivamente confirmar o refutar los indicios de los que se dispone.

La resolución del Magistrado-Instructor fue recurrida en reforma por los representantes procesales de Encarna , Edurne , Evangelina , Herminia , Teodosio , Aurelio y Carlos . El recurso fue desestimado por auto de 30 de mayo de 2018, interponiéndose después recurso de apelación por los implicados que se reseñan en los antecedentes procesales de esta resolución.

SEGUNDO. 1. Los recursos de apelación centran sus impugnaciones en cinco cuestiones nucleares que son tratadas en casi todos los escritos con unos argumentos y una orientación sustancialmente similares: la aplicación indebida del principio de proporcionalidad; la insuficiencia de la motivación del auto que acordó el



acceso y el examen de la correspondencia electrónica de las 32 personas que se reseñan en la resolución; la falta de individualización de la medida de investigación al no acordarla de forma específica para cada uno de los implicados; su carácter prospectivo; la aplicación a terceras personas que no han tenido ni tienen la condición de investigados; y el periodo de tiempo que se estableció para intervenir e investigar la correspondencia electrónica.

2. Comenzando por el cuestionamiento del juicio de proporcionalidad con que operó el Instructor para legitimar la medida de investigación cercenadora de derechos fundamentales, el Magistrado incidió en la gravedad de los hechos y en su subsunción en tipos penales de suma gravedad: delito de rebelión de los artículos 472 y concordantes del Código Penal, sin perjuicio de que la instrucción pueda reflejar también que lo acontecido resulte subsumible en la conspiración para la rebelión del artículo 477 del Código Penal, o, en su caso, en los artículos 544 y ss, que tipifican el delito de sedición.

Las partes recurrentes cuestionan la existencia del delito de rebelión, esgrimiendo como argumento principal que no se da el requisito de la violencia física y que importantes sectores doctrinales descartan la concurrencia del tipo del art. 472 del C.Penal.

Sobre este particular ya se argumentó en algunas de las resoluciones de esta Sala las cuestiones que suscita la aplicación del delito de rebelión a los hechos investigados. La figura delictiva se encuentra regulada dentro del título XXI del C. Penal: "Delitos contra la Constitución", en su capítulo primero, y en cuanto al bien jurídico que tutela, si bien concurren diferentes precisiones y matizaciones doctrinales al respecto, suele admitirse que el texto punitivo protege aquí las bases del sistema jurídico y político diseñado en la Constitución. Y en este caso parece que, cuando menos indiciariamente, se ha atacado la soberanía nacional y la unidad territorial de la Nación española (arts. 1 y 2 Constitución).

Por lo demás, es un criterio notablemente asentado que se trata de un delito de mera actividad o de resultado cortado, de forma que para su consumación es suficiente con el alzamiento dirigido a algunos de los fines que señala el precepto, sin que sea preciso que se lleguen a materializar los objetivos finales buscados o propuestos.

La cuestión conflictiva que se suscita en el presente caso es la de si concurre o no el elemento de la violencia, como medio exigido por la ley para que los implicados puedan ser considerados presuntos autores del delito. Pues bien, que hubo violencia el día 1 de octubre de 2017 parece incuestionable. Y que la situación de violencia se generó por quienes indujeron a los ciudadanos para que fueran a votar incumpliendo las normas elementales del ordenamiento jurídico y las reiteradas sentencias del Tribunal Constitucional que prohibían celebrar el referéndum parece indiciariamente constatado. Una vez que se genera la situación de violencia al oponerse a los agentes que, actuando en defensa del Estado de derecho, impedían el acceso a los locales donde se habían ubicado ilegalmente las urnas, podría ya entrarse en el aspecto de los excesos de un lado y de otro, tema que también está siendo objeto de investigación judicial.

Por consiguiente, el tema se centraría en la suficiencia de la violencia generada para que, atendiendo a las circunstancias concretas que se daban en el caso y los fines singulares que orientaban las conductas, pudiera hablarse del tipo penal de la rebelión. Aspectos que es obvio en el que esta Sala no va a entrar a resolver por ser una cuestión de fondo que no le compete dirimir en esta fase del proceso, limitándose a considerar que concurrían datos indiciarios que apuntaban en esa línea, centrados fundamentalmente en que el referéndum era el acto nuclear previo e imprescindible para la declaración unilateral de independencia; que conllevaba necesariamente un enfrentamiento físico con los agentes que impedían el acceso a los locales dedicados a la votación prohibida constitucional y legalmente; y que del enfrentamiento resultaron daños personales y materiales que se plasmaron en el auto de procesamiento dictado el 21 de marzo de 2018.

También se ha dicho por esta Sala que si se considerara que no concurrían los requisitos del delito de rebelión debido a la insuficiencia del grado de violencia que concurría en los hechos, siempre cabría operar, indiciariamente, con el tipo penal de la sedición, ubicado dentro del título de los delitos contra el orden público (arts. 544 y ss. del C. Penal), produciéndose con respecto a esta figura una situación en cierto modo inversa a la que se daba en el tipo penal de la rebelión. Pues desde la perspectiva del modo o forma de ejecución de la conducta, al no exigirse en la sedición la utilización de violencia, no se precisa ahondar en la cuestión más espínosa que suscita el delito de rebelión. En cambio, en lo que se refiere al bien jurídico protegido por la norma y al alcance del desvalor de la conducta, parece claro que en el supuesto examinado estamos ante un delito que ataca al núcleo del sistema político y jurídico que impone la norma constitucional desde una perspectiva básica o general, aspectos que son los propios de un delito de rebelión (el tipo se refiere, entre otros supuestos a derogar o suspender total o parcialmente la Constitución, y también a declarar la independencia de una parte del territorio nacional).



Por lo tanto, desde la óptica del bien jurídico las conductas investigadas parecen ir más allá de una mera sedición. Pues ésta contempla un conflicto más focalizado o restringido, que afecta al sistema político/jurídico en un ámbito más concreto o particularizado, no menoscabando por tanto el núcleo duro de un sistema jurídico-político de un Estado, ni atacando a los esquemas básicos que contemplan los arts. 1 y 2 de la Constitución. Podría pues decirse que en el supuesto examinado los medios utilizados son más propios del tipo penal de la sedición, pero los fines se ajustan más al delito de rebelión.

En todo caso, lo que sí parece claro es que carece de sustento argumental la alegación de los recurrentes cuando señalan en sus recursos que no concurren indicios de un delito grave que justificara la adopción de la medida de investigación ahora cuestionada. Y es que no conviene olvidar que el delito de sedición (arts. 544 y ss. del C. Penal) conlleva unas penas muy graves que pueden alcanzar hasta un máximo de quince años de prisión, dependiendo de la jerarquía y grado de intervención de los sujetos implicados. Y desde luego se trata un tipo penal en el que la violencia pasa a un segundo plano y las modalidades de ejecución que prevé la norma se ajustan, cuando menos indiciariamente, a las conductas perpetradas los días 21 de septiembre y 1 de octubre de 2017 que se describen en el auto de procesamiento que dictó el Magistrado-Instructor.

Por lo demás, la medida de investigación era idónea para el fin que se buscaba con ella y era también necesaria para ahondar en la investigación. Sin que se pueda cuestionar, a tenor de lo anteriormente razonado, que se cumplimentara el requisito de la proporcionalidad en sentido estricto, una vez que se ponderan los bienes jurídicos afectados por las presuntas conductas delictivas y los indicios que concurrían en el caso concreto.

Sobre este último extremo, concurrían en el caso las "sospechas fundadas, buenas razones o fuertes presunciones" a que se refiere el Tribunal Constitucional, el TEDH y la jurisprudencia de esta Sala cuando trata de los datos indiciarios que legitiman las medidas de investigación que restringen derechos fundamentales de un ciudadano con motivo de las actuaciones de averiguación de hechos delictivos. Pues se trata de un procedimiento en el que se investigan unos hechos que han tenido un elevado grado de publicidad y notoriedad en todos los medios de comunicación, y en los que los principales protagonistas no han ocultado en general cuáles eran los objetivos secesionistas que buscan a través de las hojas de ruta o planes que proyectaban. De modo que para la mayoría de sus conductas se marcaban detalladamente los pasos concretos que se iban a dar en orden a una declaración unilateral de independencia, pasos que después se materializaban puntualmente en la práctica del iter presuntamente delictivo.

Es más, muchas de las actuaciones presuntamente delictivas se plasmaban en resoluciones legislativas y se transcribían en documentos oficiales, según se acredita en los autos dictados por el Instructor.

Así pues, con unas circunstancias de esta índole no es fácil sostener que el Magistrado carecía de sospechas fundadas o de buenas razones para motivar o legitimar una medida como la adoptada.

3. También se quejan algunos de los recurrentes de que no se hayan individualizado en mayor medida la legitimación del acceso a la correspondencia electrónica de cada uno de los investigados, de modo que faltaría una motivación adecuada al sujeto concreto cuyos derechos se restringían.

Sin embargo, lo cierto es que nos hallamos ante unos presuntos hechos delictivos subsumibles en tipos penales plurisubjetivos, esto es, en los que el sujeto activo aparece integrado por una pluralidad de personas. A ello ha de sumarse que en el presente caso se realizan, en general, las conductas punibles dentro del ámbito institucional. De manera que gran parte de los presuntos actos delictivos se perpetran en el amplio espectro de lo que son actos oficiales o institucionales propios del ámbito autonómico.

Con estas connotaciones no parece difícil concretar qué sujetos han de ser investigados y las razones de la elección. Más complejo resulta determinar ya a un segundo nivel el protagonismo individual de cada uno a la hora de urdir los planes a seguir dentro de la deriva tomada hacia una presunta secesión territorial. Y es en este marco donde había razones para investigar los correos electrónicos propios del ámbito corporativo o del lugar en que se desarrollaban las tareas vinculadas a las actividades públicas e institucionales de los investigados, excluyéndose en cambio las conductas realizadas dentro del espacio privado o familiar.

4. Otro aspecto en el que coinciden las objeciones de los recurrentes a la medida de investigación es el que atañe a su aplicación a personas que no figuraban en la causa como investigadas y que nunca llegaron a alcanzar esa condición, pese a lo cual se les intervino la correspondencia electrónica.

En el auto dictado el 11 de enero de este año argumenta el Magistrado-Instructor que la indagación acordada debe extenderse a D. Jose Ignacio , D. Jose Pablo , D. Carlos Daniel , D. Luis Miguel y D. Santiago , en la medida en que, por más que no ostenten la condición de investigados en este proceso, o bien están siendo investigados como eventuales responsables de estos mismos hechos en otros procedimientos judiciales o, al menos, desempeñaban cargos subordinados al Consejo de Gobierno de la Generalidad de Cataluña, y estaban



directamente vinculados con las actuaciones ejecutivas desplegadas para la consecución de los objetivos secesionistas.

Y en otro apartado del auto habla de la posibilidad de que la autorización judicial de acceso al contenido de las comunicaciones telemáticas se extienda a cualesquiera otros sujetos que colaboren con la persona investigada en sus fines ilícitos, citando al respecto el art. 588 ter c) de LECrim .

Este precepto dispone que podrá acordarse la intervención judicial de las comunicaciones emitidas desde terminales o medios de comunicación telemática pertenecientes a una tercera persona siempre que: «2.º el titular colabore con la persona investigada en sus fines ilícitos o se beneficie de su actividad».

En este caso, el Instructor ponderó que algunas personas que estaban vinculadas con las instituciones de Autogobierno podían estar colaborando con el sector secesionista, ampliando el espectro de los afectados por la medida a ese ámbito que aparece previsto en el art. 588 ter c) de la LECrim , ante la posibilidad de descubrir actos de colaboración con respecto a personas que aparecían incardinadas en sectores oficiales vinculados al proyecto secesionista.

El referido precepto brinda ciertamente esa posibilidad de investigación; sin embargo, también conviene advertir que se trata de una norma que genera algunos interrogantes que no tienen una fácil respuesta.

Nos referimos con ello a que si una persona colabora con otra investigada en sus fines ilícitos es muy plausible que a la primera también deba asignársele la condición procesal de investigada. Frente a ello puede replicarse que es posible que se trate de una colaboración meramente objetiva, sin que el sujeto sea consciente de la ilicitud punible que conlleva su colaboración. Sin embargo, esa presunción de falta de dolo, al margen de la dificultad para su determinación al inicio de una investigación, en la práctica supone excluir las garantías procesales inherentes a la condición de investigado, presumiendo así en su favor algo que realmente le acaba perjudicando más que favoreciendo. De forma que se le otorga un estatus procesal meramente virtual (investigado en potencia) a pesar que de facto se le cercenan sus derechos fundamentales.

En el caso no consta que alguno de esos sujetos haya impugnado la resolución y tampoco se han acreditado los efectos generados por una medida de esa índole dentro del proceso, desconociéndose si se derivaron perjuicios concretos para sujetos sometidos a una situación procesal de esa naturaleza indefinida. En el supuesto de que se acreditaran siempre podría declararse la nulidad de una medida de esa naturaleza cuando la aplicación del art. 588 ter c) 2º cercenara las garantías que amparan a un sujeto cuyos derechos fundamentales hayan sido indebidamente restringidos.

5. En lo que afecta al periodo de tiempo que se señaló para acceder a la correspondencia electrónica de los afectados, se afirma en el auto de 11 de enero de 2018 que, «por más que la actuación de investigación constituye el registro de la información contenida en los instrumentos de comunicación telemática y que carece, por ello, de una limitación del espacio temporal de indagación, dado que la prospección compromete exclusivamente el marco de la intimidad que se desarrolla en la correspondencia electrónica, no puede prescindirse de la referencia remota que -en términos de proporcionalidad-brinda el artículo 588 ter g, de la LECrim , al establecer que la duración máxima de la intervención de las comunicaciones no podrá exceder de 18 meses. Por ello, considerando además la inexistencia de especiales motivos que impongan la revisión de la correspondencia más allá de este dilatado periodo de tiempo, se muestra oportuno limitar el acceso, examen y análisis de la correspondencia electrónica que se solicita, al periodo que va desde el 28 de abril de 2016, hasta la fecha en la que disolvió el Parlamento de Cataluña y se convocaron nuevas elecciones al mismo, el día 27 de octubre de 2017».

El Instructor fija como periodo de revisión de la correspondencia electrónica el marco temporal durante el que se realizó la conducta más intensa orientada a la declaración unilateral de independencia, periodo en el que, lógicamente, las conversaciones entre las personas implicadas en esa vía independentista podían tener más contactos corporativos vinculados con las conductas presuntamente delictivas. Sin que deba olvidarse a este respecto que la planificación delictiva, tal como se recoge en las resoluciones recurridas, se extendió varios años en el tiempo.

Por lo demás, también ha de tenerse en consideración que el Instructor ha aplicado para adoptar la medida el art. 588 sexies c, precepto relativo a los registros de dispositivos de almacenamiento masivo de información (capítulo VIII del título VIII del Libro II LECrim). En el presente caso lo ha circunscrito a centros oficiales, sin comprender registros de bases de datos ubicadas en domicilios particulares. Y además ha aplicado análogamente, en favor de los investigados, el tiempo de duración previsto en el art. 588 ter g para la interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas.

Por todo lo cual, no se considera vulnerado el principio de proporcionalidad en el supuesto concreto.



TERCERO. En virtud de lo que antecede, procede desestimar los recursos de apelación interpuestos con respecto a los autos dictados el 11 de enero y 30 de mayo de 2018.

PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA :

Desestimar los recursos de apelación interpuestos por las representaciones de Pedro Enrique , Aurelio , Carlos , Zaira , Argimiro , Eva María y Herminio contra los autos dictados por el Magistrado Instructor el 11 de enero y el 30 de mayo de 2018, resoluciones que quedan así ratificadas.

Notifíquese esta resolución al Ministerio Fiscal y a las demás partes, y remítase al Juzgado de procedencia testimonio de lo acordado.

Así lo acuerdan, mandan y firman los Excmos. Sres. Magistrados indicados al margen.

Miguel Colmenero Menendez de Luarca Francisco Monterde Ferrer Alberto Jorge Barreiro

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ