



Roj: **AAN 8458/2021 - ECLI:ES:AN:2021:8458A**

Id Cendoj: **28079270062021200006**

Órgano: **Audiencia Nacional. Juzgados Centrales de Instrucción**

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **01/12/2021**

Nº de Recurso: **38/2019**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Diligencias previas**

Ponente: **JOAQUIN ELIAS GADEA FRANCES**

Tipo de Resolución: **Auto**

Resoluciones del caso: **AAN 8458/2021,**
AAN 40/2022

JUZGADO CENTRAL DE INSTRUCCION Nº 006 MADRID

C/ GARCIA GUTIERREZ, 1

Tfno: 917096808/917096474 Fax: 917096475

NIG: 28079 27 2 2019 0001048

GUB11

DILIGENCIAS PREVIAS PROC. ABREVIADO 0000038 /2019- C.A

A U T O

En MADRID a uno de diciembre de dos mil veintiuno

HECHOS

PRIMERO.- Mediante escrito presentado en fecha 02/11/21 con RG 46233/21 (acont. 3211) por la Procuradora D^a Silvia Ayuso Gallego en representación del investigado Abelardo , se solicita la nulidad parcial de las actuaciones en relación con las comunicaciones interceptadas en el sistema encriptado ENCROCHAT.

SEGUNDO.- De la anterior petición se confirió traslado al Ministerio Fiscal y demás partes personadas, con el siguiente resultado: Por el Ministerio Fiscal se emite dictamen de fecha 17/11/2021 con RG 48240/21 (acont 3325), interesando la desestimación de la nulidad parcial solicitada. Escrito presentado en fecha 26/11/2021 con RG 49774/21 (acont 3419) por el letrado D. Francisco Javier Núñez Camacho en representación del investigado Arsenio , adhiriéndose a la nulidad parcial solicitada

RAZONAMIENTOS JURIDICOS

PRIMERO. - El solicitante, Abelardo , pretende que se declare que las comunicaciones interceptadas en ENCROCHAT se obtuvieron con vulneración de derechos fundamentales, por lo que procedería su expulsión de la presente causa. Asimismo, interesa la exclusión probatoria y la nulidad de las actuaciones que se deriven de modo directo de la prueba que reputa nula y que, en concreto, se declare la nulidad de la investigación policial y judicial que tienen como base tales comunicaciones, así como la de aquellas diligencias probatorias que no se hubiesen podido obtener, de modo razonable, sin vulneración del derecho inicial al secreto de las comunicaciones y a la intimidad. En último lugar, como tercera petición, solicita que se forme una pieza separada de nulidad en la que se determine la conexión de antijuridicidad de las demás actuaciones con las pruebas que reputa obtenidas de modo ilícito. A estas peticiones se adhiere el investigado Arsenio , que narra que las intervenciones telefónicas de la presente causa se han desarrollado de modo prospectivo y que, aunque



sean acordes al Derecho francés, sus resultados probatorios han de ser considerados nulos conforme a los parámetros del ordenamiento jurídico español. Rechaza que sea de aplicación el principio de no indagación, así como que nos encontremos ante una mera prueba documental. Por su parte, el Ministerio Fiscal desecha los argumentos expuestos de contrario y solicita que se desestime la petición de nulidad formulada, con base en el principio de reconocimiento mutuo que impera en la Unión Europea (UE), así como en la confianza recíproca en los sistemas de justicia de los Estados miembros.

SEGUNDO.- En esencia, la defensa del solicitante anota varios argumentos basilares para fundamentar su pretensión de nulidad. Comienza aseverando que nada se decía en su contra en las primeras actuaciones policiales, y que, en concreto, la primera vez que se le menciona es en el informe policial fechado el 3 de agosto de 2020, en que se le relaciona con Celso. En tercer término, niega que su patrocinado sea un usuario identificado en el sistema de comunicación cifrado Encrochat. El grueso de su razonamiento se centra en que se ha operado una vulneración de derechos fundamentales en el acceso al sistema Encrochat en la investigación gala: de modo sintético, se enuncia que se produjo una **actuación prospectiva**, en la que se accedió a la totalidad de las comunicaciones que se mantenían a través de dicho medio de comunicación. Así las cosas, se narra que el acceso realizado fue indiscriminado, prospectivo y completo, que no se atendió al principio de especialidad en la persecución de un delito concreto sino que se invadió el núcleo duro del derecho a la intimidad de los usuarios de dicha red. También afea que se produjo una injerencia indiscriminada por parte de la policía francesa, la Gendarmería, y que, con posterioridad a la obtención de los datos, estos se ofrecieron a cada uno de los países afectados. De ahí que reproche la vía formal de transmisión de los datos, y que **no viniese precedida de una solicitud de las autoridades españolas, sino que se produjo una suerte de desgajamiento, por naciones**, de cada uno de los lotes de información obtenidos. Así, fue en fecha 10 de noviembre de 2020 cuando se autorizó la transmisión efectiva de los datos objeto de la Orden Europea de Investigación (OEI). Por todo lo expuesto, considera la parte solicitante que no ha lugar a aplicar el principio de no indagación que, como regla general, preside las relaciones entre los órganos de investigación cuando se obtienen elementos de instrucción en distintos países. Refiere que este principio debe ceder en atención a la protección de los derechos fundamentales de las personas, por lo que interesa que se declare su nulidad, así como la de todas aquellas diligencias de investigación, tanto policiales como judiciales, que se deriven de ellas.

TERCERO.- Una vez que hemos sintetizado, *grosso modo*, las razones que se invocan en la petición de nulidad, debemos realizar una serie de consideraciones. En primer término debemos destacar que la investigación frente al solicitante no se inició a raíz de la transmisión de los datos del sistema Encrochat, sino que ya constaba su vinculación con los hechos delictivos que aquí se investigan. Como expresa el Ministerio Fiscal en su informe, debemos recordar que se tenía conocimiento de que Celso había adquirido una vivienda en Marbella, concretamente, en Cascada de Camoján, en enero del año 2019, y se investigaba si dicha operación inmobiliaria constituía un acto de blanqueo de dinero. En concreto, la participación de Abelardo se habría producido en la entrega del dinero en efectivo para el pago del inmueble. Llama la atención en dicha operación que su valor de compra fue de la mitad del precio de mercado, de donde se podría inferir otro indicio de su ilicitud. Como hemos indicado, esta compra tuvo lugar en enero de 2019, mientras que los datos derivados de la intervención de Encrochat se transmitieron de modo efectivo el 10 de noviembre de 2020. Con ello se pone de manifiesto que la investigación no se originó, frente al solicitante, a raíz de los datos obtenidos en dicho sistema de comunicaciones. A su vez, constata el Ministerio Público que se tenía conocimiento de sus vínculos con el coinvestigado Ignacio, sobre el que existían pesquisas a propósito de tráfico de drogas. No obstante, de mayor relevancia es la matización que realiza el Ministerio Público a propósito de que en el atestado NUM000, en su folio 59, se parte de la comunicación de la policía sueca sobre una aprehensión de droga en Suecia, en concreto a Marcelino, quien habría recibido 6 kg de hachís. Este individuo realizó una entrega de dinero a la madre de Celso en el mes de julio de 2020, y la policía sueca señaló que Abelardo estaba implicado en dicha trama. Es de la mayor trascendencia destacar que la comunicación de la policía sueca se produjo en agosto de 2020. Por ende, el origen de las investigaciones frente a Abelardo no se coloca en Encrochat ni en Francia, sino que a existía información policial suya, en este caso sueca, que lo vinculaban con los hechos investigados. Precisamente, tal y como anota el Ministerio Público, cuando la Guardia Civil recibe esta información procedente de Suecia comienza sus investigaciones sobre las empresas de paquetería, que cristalizaron en las entregas controladas y en las vigilancias de las que se derivó la relación entre Celso y Abelardo.

CUARTO.- El segundo argumento del solicitante que combate, de modo solvente, el Ministerio Fiscal, se centra en determinar si la obtención de información de Encrochat vulneró o no derechos fundamentales. Debemos partir de que en el escrito rector de la petición de nulidad se alude en varias ocasiones a que se produjo una investigación policial indiscriminada de toda la red Encrochat. Así, el solicitante refiere en reiteradas ocasiones que se dio un acceso policial desproporcionado y que, por lo tanto, como se aprehendió la totalidad de las comunicaciones, se produjo una invasión prospectiva. No obstante, debemos matizar que esta investigación



se produjo bajo el amparo de una causa judicial en Francia, por lo que no era solo una investigación policial, sino que contaba con la cobertura jurisdiccional. Además, hemos de estar, como exigencia del espacio de libertad, seguridad y justicia que constituye la UE, al principio de reconocimiento mutuo, consagrado, entre otros textos en la Directiva 2014/41, cuyo considerando núm. 2 plasma: "En virtud del artículo 82, apartado 1, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), la cooperación judicial en materia **penal** se basará en el principio de reconocimiento mutuo de las sentencias y resoluciones judiciales, principio que se considera comúnmente como la piedra angular de la cooperación judicial en materia **penal** en la Unión desde el Consejo Europeo de Tampere de 15 y 16 de octubre de 1999". Esta Directiva tuvo su reflejo en la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones **penales** en la Unión Europea, cuyo art. 1 establece: "En aplicación del principio de reconocimiento mutuo de resoluciones **penales** en el espacio de libertad, seguridad y justicia de la Unión Europea, las autoridades judiciales españolas que dicten una orden o resolución incluida dentro de la regulación de esta Ley, podrán transmitirla a otro Estado miembro para su reconocimiento y ejecución. En aplicación del principio de reconocimiento mutuo de resoluciones **penales**, las autoridades judiciales españolas competentes reconocerán y ejecutarán en España dentro del plazo previsto, las órdenes europeas y resoluciones **penales** previstas en esta Ley cuando hayan sido transmitidas correctamente por la autoridad competente de otro Estado miembro y no concurra ningún motivo tasado de denegación del reconocimiento o la ejecución". Pues bien, en la petición de nulidad se obvia que ha existido toda una serie de garantías judiciales en el país galo. Si seguimos el clarificador hilo cronológico que refiere el Ministerio Público observamos que, desde el año 2017, han existido investigaciones policiales y judiciales en Francia en las que se constató el empleo de teléfonos cifrados con sistema Encrochat, empleados en el ámbito del narcotráfico y de la criminalidad organizada. A su vez, se corroboró que los servidores de Encrochat estaban situados en Francia, y que tenían clientes en distintos países de todo el mundo. En Francia se señaló que más del 90% de los usuarios franceses de Encrochat participaban en actividades delictivas, por lo que se abrieron distintas investigaciones al respecto. De hecho, entre los días 12 y 13 de junio de 2020, Encrochat manifestó a sus usuarios que había sido objeto de una "incautación ilegal" por parte de entidades del Gobierno francés, y recomendaba a sus clientes que se deshiciesen, físicamente, de sus terminales de comunicación, en concreto, que se "apague y deseche físicamente su dispositivo inmediatamente". Ha de enfatizarse en que esta intervención se produjo en el marco de unas diligencias judiciales abiertas en Francia y conformes con el Derecho galo. En este sentido, debemos traer a colación el ordenamiento jurídico francés, por lo que a nosotros nos interesa, el art. 706-102-1 del Código de Procedimiento **Penal**, en que se recoge la diligencia de captura de datos por computadora, y se la cataloga como una técnica de investigación especial. En este precepto se establece: "Il peut être recouru à la mise en place d'un dispositif technique ayant pour objet, sans le consentement des intéressés, d'accéder, en tous lieux, à des données informatiques, de les enregistrer, de les conserver et de les transmettre, telles qu'elles sont stockées dans un système informatique, telles qu'elles s'affichent sur un écran pour l'utilisateur d'un système de traitement automatisé de données, telles qu'il les y introduit par saisie de caractères ou telles qu'elles sont reçues et émises par des périphériques. Le procureur de la République ou le juge d'instruction peut désigner toute personne physique ou morale habilitée et inscrite sur l'une des listes prévues à l'article 157, en vue d'effectuer les opérations techniques permettant la réalisation du dispositif technique mentionné au premier alinéa du présent article. Le procureur de la République ou le juge d'instruction peut également prescrire le recours aux moyens de l'Etat soumis au secret de la défense nationale selon les formes prévues au chapitre Ier du titre IV du livre Ier". Su traducción al castellano es: "Se podrá recurrir al establecimiento de un dispositivo técnico cuya finalidad, sin el consentimiento de los interesados, de acceder, en todo lugar, a los datos informáticos, registrarlos, conservarlos y transmitirlos, como tales, almacenados en un sistema informático, tal como se muestran en una pantalla para el usuario de un sistema automatizado de procesamiento de datos, tal como los ingresan ingresando caracteres o tal como son recibidos y transmitidos por los dispositivos.

El fiscal o el juez de instrucción podrá designar a cualquier persona natural o jurídica autorizada e inscrita en alguna de las listas previstas en el artículo 157, para que realice las operaciones técnicas que permitan la realización del dispositivo técnico mencionado en el primer párrafo de este artículo. El fiscal o el juez de instrucción también podrá prescribir el recurso a los medios del Estado con sujeción al secreto de la defensa nacional en los formularios previstos en el Capítulo I del Título IV del Libro I." Por ende, tomamos como referencia que existía una habilitación legal francesa para llevar a cabo la interceptación de tales datos. A mayor abundamiento, y avanzando un paso más, debemos consignar que en Francia se produjo la apertura de una información judicial, por los jueces de instrucción, el 28 de mayo de 2020, y que la medida se autorizó y se controló por el Juez de libertades y detención. En concreto, el citado 28 de mayo de 2020, los JIRS de Lille abrieron una investigación judicial por una pluralidad de delitos, entre los que se incluían el narcotráfico y el blanqueo de dinero. Asimismo, entre los ilícitos investigados, y sin ánimo de agotar el pliego de tipos que allí se recogían, debemos aludir a que la investigación recaía sobre Encrochat, por cuanto se imputaba a dicho sistema de comunicaciones los siguientes delitos del CP francés: "- **suministro de un medio de criptología que no proporciona funciones exclusivas de verificación, de autenticación o integridad sin declaración previa;**



transferencia de un medio de criptología que no garantiza funciones exclusivas de verificación, de autenticación o integridad de un Estado miembro de la Comunidad Europeo sin declaración previa;- importación de un medio de criptología que no garantiza exclusivamente funciones de verificación, de autenticación o integridad sin declaración previa" . De lo que hemos narrado se desprende que había una investigación judicial abierta en Francia, que la autoridad judicial competente investigaba varios delitos y, entre ellos, algunos atribuibles a Encrochat y que, en consecuencia, con habilitación legal en la norma procesal penal francesa, se acordó la injerencia en dicho sistema. Por lo tanto, podemos observar que se dio en el marco de una investigación judicial, por unos hechos presuntamente delictivos y que se acordó por el órgano judicial competente. En este sentido, decaen las apreciaciones realizadas por el solicitante a propósito de si hubo una invasión indiscriminada en el derecho a la intimidad de los usuarios de ese sistema de comunicación. En este orden de ideas, podemos traer a colación la Sentencia de la Sala 2ª del Tribunal Supremo núm. 480/2009, de 22 de mayo, en que se recoge: " **No siendo ocioso recordar -como decíamos en la STS. 1281/2006 de 27.12 - conforme la STS. 19/2003 de 10.1 , que la pretensión de que los Tribunales españoles se conviertan encustodios de la legalidad de actuaciones efectuadas en otros países la Unión Europea deviene inaceptable** . Existe al respecto ya una consolidada doctrina de esta Sala que en general, y más en concreto, en relación a los países que integran la Unión Europea, tiene declarado que **no procede tal facultad de "supervisión"** . Con la STS 1521/2002 de 25 de Septiembre podemos afirmar que ".... **En el marco de la Unión Europea, definido como un espacio de libertad, seguridad y justicia, en el que la acción común entre los Estados miembros en el ámbito de la cooperación policial y judicial en materia penal es pieza esencial, según el art. 29 del Tratado de la Unión en la versión consolidada de Maastricht, no cabe efectuar controles sobre el valor de los realizados ante las autoridades judiciales de los diversos países de la Unión, ni menos de su adecuación a la legislación española** cuando aquellos se hayan efectuado en el marco de una Comisión Rogatoria y por tanto de acuerdo con el art. 3 del Convenio Europeo de Asistencia Judicial en materia Penal de 20 de Abril de 1959 –BOE 17 de Septiembre de 1982 –. En tal sentido se pueden citar las Sentencias de esta Sala 13/95 de 19 de Enero en relación a Comisión Rogatoria cumplimentada por Alemania; Sentencia nº 974/96 de 9 de Diciembre donde expresamente se proclama que "....**en el ámbito del espacio judicial europeo no cabe hacer distinciones sobre garantías de imparcialidad de unos u otros Jueces ni del respectivo valor de los actos ante ellos practicados en forma...."** , en relación a Comisión Rogatoria ante las autoridades suecas; la STS nº 340/2000 de 3 de Marzo que en sintonía con las anteriores confirma la doctrina de que **la incorporación a causa penal tramitada en España de pruebas practicadas en el extranjero en el marco del Convenio Europeo de Asistencia Judicial citado no implica que dichas pruebas deban ser sometidas al tamiz de su conformidad con las normas españolas** ; la STS nº 1450/99 de 18 de Noviembre en relación a Comisión Rogatoria cumplimentada por las autoridades francesas, y en fin, la Sentencia nº 947/2001 de 18 de Mayo para la que "....**no le corresponde a la autoridad judicial española verificar la cadena de legalidad por los funcionarios de los países indicados, y en concreto el cumplimiento por las autoridades holandesas de la legalidad de aquel país ni menos sometidos al contraste de la legislación española...."** . En definitiva, podemos afirmar que existe al respecto un consolidado cuerpo jurisprudencial en relación a las consecuencias derivadas de la existencia de un espacio judicial europeo, en el marco de la Unión fruto de la comunión en unos mismos valores y garantías compartidos entre los países de la Unión, aunque su concreta positivación dependa de las tradiciones jurídicas de cada Estado, pero que en todo caso salvaguardan el contenido esencial de aquellos valores y garantías...". La doctrina que subyace en esta sentencia, resumida en los ejemplos indicados, es perfectamente aplicable a nuestro supuesto. No es del caso entrar a realizar una valoración de la lesión de los derechos fundamentales, puesto que la decisión se adoptó en Francia, por un órgano judicial galo, en virtud de la habilitación conferida por su ordenamiento jurídico. Por ende, **resulta de aplicación el principio de no indagación**, puesto que partimos de que la obtención de los datos se llevó a cabo en legal forma, en el contexto de una investigación judicial. Es más, pese a que en la solicitud de alegue en reiteradas ocasiones que se ha producido una vulneración en el derecho a la intimidad, no concreta en qué modo se produjo ésta, ni su extensión, alcance o término. Se alude a la injerencia invasiva e indiscriminada en un sistema de comunicaciones, pero se obvia que se atribuían a Encrochat una serie de delitos, y que existía base jurídica en el ordenamiento francés para llevar a cabo la medida limitativa de los derechos fundamentales. A mayor abundamiento hemos de constatar que, al hilo de la investigación francesa, aparecieron indicios de la comisión de otros delitos, y que **esta posibilidad, el hallazgo casual de otro delito, también está cubierta por la normativa gala**, en concreto, los arts. 706-95-12 y 706-95-14. El primero de ellos, art. 706- 95-12 del código procesal francés recoge: "**Les techniques spéciales d'enquête sont autorisées : 1° Au cours de l'enquête, par le juge des libertés et de la détention à la requête du procureur de la République ; 2° Au cours de l'information, par le juge d'instruction, après avis du procureur de la République**", lo que se puede traducir como: "**Se permiten técnicas de investigación especiales: 1 ° Durante la investigación, por el juez de libertades y detención a solicitud del Ministerio Público; 2 ° Durante la información, por el juez de instrucción, previa consulta al Ministerio Público**". Por su parte, el art. 706- 95-14 dicta: "**[...] Les opérations ne peuvent, à peine de nullité, avoir un autre objet que la recherche et la constatation des infractions visées dans les décisions du magistrat. Le fait que ces opérations révèlent des infractions autres que celles visées**



dans l'autorisation du magistrat ne constitue pas une cause de nullité des procédures incidentes". En español, esto significa que: "Las operaciones no podrán, bajo pena de nulidad, tener otra finalidad que la búsqueda y observación de los delitos a que se refieren las decisiones del magistrado. El hecho de que estas operaciones revelen delitos distintos de los referidos en la autorización del magistrado no constituye causal de nulidad del **proceso incidental**". De este precepto se extrae que el hallazgo casual de otro delito puede ser investigado a resultas del material obtenido en la causa primigenia.

QUINTO.- La defensa de Abelardo también arguye que es un motivo de nulidad el modo en que se transmitió la información resultante de la intervención de Encrochat a España. Como expresa el Ministerio Público en su informe, el Juzgado de Lille remitió toda la información relativa a Encrochat a la Fiscalía Antidroga española. Asimismo, recuerda el Ministerio Público, la fiscalía es autoridad a los efectos de recepción y emisión de OEI, y rememora que puede recibir la cesión espontánea de información proveniente de cualquier otra autoridad estatal. Resulta de la mayor importancia la puntualización que efectúa el Ministerio Fiscal en orden al carácter de esta cesión de información, puesto que, como bien subraya, tiene su acomodo normativo en el art. 7 del Convenio de Asistencia Judicial en materia **penal** entre los Estados miembros, de fecha 29 de mayo de 2000. En este precepto se regula el intercambio espontáneo de información, en los siguientes términos: "1. Con las limitaciones impuestas por el Derecho interno, las autoridades competentes de los Estados miembros podrán intercambiar información, sin que medie solicitud alguna al respecto, acerca de infracciones **penales** y de infracciones de disposiciones legales conforme a lo previsto en el apartado 1 del artículo 3, cuya persecución o penalización, en el momento del suministro de dicha información, entre en el ámbito de competencias de la autoridad receptora. 2. La autoridad que proporcione la información podrá imponer condiciones a la utilización de la información por la autoridad receptora, de conformidad con su Derecho interno. 3. La autoridad receptora estará obligada a respetar dichas condiciones". Como podemos observar, ese precepto posibilita que haya una mayor fluidez en la transmisión de documentación, sin que se establezca requisitos formales adicionales. Así las cosas, la transmisión espontánea de información es perfectamente lícita y válida, siempre y cuando cumpla con los requisitos consignados en el precepto transcrito. En el caso que analizamos, el Juzgado de Lille transmitió la información a las autoridades españolas, y autorizó su uso para cualquier procedimiento, por lo que resultan lícitas tanto la obtención como el uso procedimental de dicha información. Pero hemos de apostillar que la incorporación formal de esta información a la causa judicial española se verificó con la recepción de la OEI, remitida por la Fiscalía Antidroga y cumplimentada por la autoridad judicial francesa. A su vez, es certera la puntualización del Ministerio Público, cuando matiza que, cuando se recibió esta información, el solicitante ya estaba siendo investigado, por lo que no cabe inferir un elemento prospectivo ligado a la actuación desarrollada en territorio galo.

SEXTO.- Como argumento formal, el solicitante de nulidad manifiesta que no se cumplieron las exigencias formales recogidas en el Anexo C de la Directiva 2014/41, puesto que no se cumplimentó dicho anexo, pese a que nos hallábamos ante una interceptación de comunicaciones sin asistencia técnica de otro país. Como bien responde el Ministerio Fiscal, no existe constancia de que se hubiese producido una interceptación en España de dichas comunicaciones. En segundo lugar, se justifica que, aunque fuese necesario su uso, la inobservancia de semejante requisito formal no conllevaría una vulneración de derechos fundamentales que llevase anudada, de modo inexorable, la nulidad pretendida. Esto se basa en la propia redacción del Anexo citado, que permite que la comunicación se haga antes, durante o después de la intervención. En efecto, si atendemos al texto del citado Anexo C, observamos que en su encabezamiento consigna lo siguiente: "Se utilizará este formulario para notificar a un Estado miembro las intervenciones de telecomunicaciones que se vayan a efectuar, se estén efectuando o se hayan efectuado en su territorio sin su asistencia técnica". De este modo, observamos que no es un requisito sustancial que se cumplimente el formulario con carácter previo, sino que la comunicación puede ser posterior a la realización de la intervención, de donde se infiere que no nos hallamos ante una solicitud o petición de autorización, sino ante una mera puesta en conocimiento, cuya ausencia no puede ser elevada a la categoría de requisito esencial que lamine derechos fundamentales. En todo caso, la comunicación se puede entender tácitamente producida. **SÉPTIMO.-** En último lugar, debemos recordar la admisibilidad de la prueba transfronteriza, como apostilla el Ministerio Fiscal. En relación con este aspecto, que ya anunciamos en un fundamento anterior, resulta esencial citar la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (STEDH), de 6 de Enero de 2010, caso *Vera-Fernández-Huidobro c. España*, en la que se alude a la prueba obtenida en fase de instrucción, para su posterior enjuiciamiento, y las consecuencias de su envenenamiento, que conllevan la vulneración de derechos fundamentales del investigado. Dicha resolución proclama que: "El Tribunal ha subrayado, por otro lado, la importancia de la fase de la investigación para la preparación del proceso, en la medida en que las pruebas obtenidas durante esta fase determinan el marco en el cual, la infracción imputada será examinada en el proceso (Can c. Austria, no 9300/81, informe de la Comisión del 12 de julio de 1984, § 50, serie A no 96). [...] El Tribunal recuerda que la cuestión de si un procedimiento se ha tramitado conforme a las exigencias del proceso equitativo, entre ellas las enunciadas en el artículo 6 § 1 del Convenio, debe ser resuelta sobre la base de una apreciación conjunta del procedimiento de que se trate. Véase a este respecto



la constante jurisprudencia de los órganos del Convenio (ver, por ejemplo, Barberà, Messegué y Jabardo c. España, 6 de diciembre de 1988, § 68, serie A no 146). Por otro lado, **no corresponde al Tribunal sustituir consu propia apreciación de los hechos y de las pruebas la realizada por las jurisdicciones nacionales, pues dicha apreciación corresponde en primer término al derecho nacional y a las jurisdicciones nacionales** (Schenk c. Suiza, 12 julio de 1988, §§ 45-46, serie A no 140, y García Ruiz c. España [GC], no 30544/96, § 28, CEDH 1999-I). **Su tarea es asegurarse de que los medios de prueba se han practicado garantizando un proceso equitativo** (ver, mutatis mutandis, las sentencias Edwards c. Reino Unido, 16 de diciembre de 1992, § 34, serie A no 247-B, y Mantovanelli c. Francia, 18 de marzo de 1997, § 34, Repertorio 1997-II)". Al hilo de esta cuestión debemos precisar que en la fase de instrucción no contamos con pruebas, sino con indicios, y que no es la finalidad de esta fase del **proceso** la realización de una valoración probatoria, sino acumular indicios racionales de criminalidad. En el caso que nos ocupa, el solicitante ya **estaba siendo investigado con carácter previo a que se recibiese la OEI cumplimentada**, y lo era, precisamente, por una información suministrada por la policía sueca -y no como causa de la intervención de Encrochat-. A su vez, debemos reiterar que la intervención de Encrochat fue acordada por un órgano judicial, en el marco de una investigación judicial abierta, por una serie de delitos, varios de ellos atribuidos a dicho sistema de comunicación. Por si ello fuera insuficiente, hemos de tomar en consideración que **la investigación francesa estuvo participada por Eurojust**, puesto que en su página web figuraba la información referente a este caso. De ahí que, **al contar con la cobertura de Eurojust, ello constituya un indicio de la licitud de las diligencias practicadas**. Así y todo, no podemos obviar que lo que ha de tenerse presente es la ley francesa, puesto que la medida limitativa de derechos ha de tamizarse a la luz del ordenamiento galo, y no ha lugar a efectuar una lectura desde los parámetros internos del Derecho español. Tomamos como punto inicial que existía una habilitación legal para adoptar la medida de injerencia en el derecho fundamental a la intimidad de los afectados, y que esta diligencia se acordó por un juez de garantías, lo que suministra la máxima cobertura posible, en orden a la ponderación de todos los intereses en presencia y, en esencia, a la salvaguarda de los derechos fundamentales, salvo en aquellos casos en los que se reputa que existe un interés superior, como es el presente supuesto. El incidente de la nulidad de actuaciones no se puede convertir en cauce por el cual se transmute la convicción judicial el órgano competente -objetiva y territorialmente-, y se supla una pretendida carencia mediante un juicio de inferencia que se base en otro sistema procesal y que no cuenta con la totalidad de los elementos fácticos para valorar. En este sentido, ha de proclamarse que **se carece de la totalidad de los elementos de juicio para valorar si la decisión gala vulneraba los derechos fundamentales o no**: desconocemos cómo era el concreto funcionamiento del sistema Encrochat, cuántos usuarios estuvieron afectados por la medida de injerencia, en qué grado se les afectó, qué información total se obtuvo, cuánto tiempo duró la observación, qué resultados se extrajeron... Y en la petición de nulidad tampoco se detallan, como es lógico, tales aspectos, más allá a una alusión genérica a la intervención indiscriminada que se habría producido. Como se puede derivar de la mera lectura de lo que acabamos de exponer, el órgano judicial que estaba en mejores condiciones para valorar todos los componentes fácticos y jurídicos era el Juzgado de Lille, que llevaba la causa. **Y dicho juzgado, al amparo del Derecho francés y aplicando tal ordenamiento, consideró que la medida era legal**. Por ende, con base en el principio esencial del reconocimiento mutuo y de la confianza recíproca, no cabe declarar la nulidad de unas diligencias de investigación acordadas en un Estado miembro, en cumplimiento de todas sus garantías procesales. Así y todo, tampoco cabría entender que existe una conexión de antijuridicidad entre la información obrante en Encrochat y las diligencias de investigación que se iniciaron frente al solicitante puesto que, como ya hemos advertido, el inicio de las investigaciones por parte de la Guardia Civil se basó en la información suministrada por la policía sueca, que se recibió en agosto de 2020, es decir, varios meses antes de que las autoridades galas cumplimentasen la OEI de remisión de los datos obtenidos. De ahí que quepa diferenciar ambos elementos, aunque pudiesen ser coincidentes en la mención del investigado y, en última instancia, haya de erradicar de modo pleno cualquier atisbo de investigación prospectiva o indiscriminada en la persona de Abelardo . Por todo ello, se considera que no concurre ningún vicio de nulidad en las presentes actuaciones, dado que no se ha producido la meritada vulneración de los derechos fundamentales del solicitante.

En atención a lo expuesto, procede;

PARTE DISPOSITIVA

Desestimar la petición de declaración de nulidad de actuaciones formulada por el investigado Abelardo .

PÓNGASE ESTA RESOLUCION EN CONOCIMIENTO DEL MINISTERIO FISCALY DEMÁS PARTES PERSONADAS, previniéndoles que contra ella podrán interponer **RECURSO DE REFORMA Y/O APELACION**, según establece el art. 766 LECRIM.

Así lo acuerda, manda y firma D. JOAQUÍN ELÍAS GADEA FRANCÉS, MAGISTRADO-JUEZ del Juzgado Central de Instrucción núm. 6 de los de la Audiencia Nacional.- Doy fe.



DILIGENCIA.- Seguidamente se cumple lo acordado. Doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ