



Roj: **AAP GU 79/2017 - ECLI:ES:APGU:2017:79A**

Id Cendoj: **19130370012017200079**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Guadalajara**

Sección: **1**

Fecha: **30/03/2017**

Nº de Recurso: **57/2017**

Nº de Resolución: **132/2017**

Procedimiento: **APELACION AUTOS**

Ponente: **JOSE AURELIO NAVARRO GUILLEN**

Tipo de Resolución: **Auto**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

GUADALAJARA

AUTO: 00132/2017

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1 de GUADALAJARA

Domicilio: PASEO FERNANDEZ IPARRAGUIRRE NUM. 10

Telf: 949-20.99.00 Fax: 949-23.52.24

Equipo/usuario: EQ1

Modelo: 662000

N.I.G.: 19130 37 2 2017 0100078

ROLLO: RT APELACION AUTOS 0000057 /2017-A

Juzgado procedencia: JDO.INSTRUCCION N.1 de GUADALAJARA

Procedimiento de origen: TRIBUNAL DEL JURADO 0000001 /2016

RECURRENTE: Claudio , MINISTERIO FISCAL , Germán , Mariano

Procurador/a: ROSA MARIA ACERO VIANA, BELEN DE ANDRES CAMPOS , BELEN DE ANDRES CAMPOS

Abogado/a: **JOSE MARTIN GARCIA**, LUCIA DIAZ LILJESTROM , ROSA PERICHE PEDRA

RECURRIDO/A: Onesimo

Procurador/a: INES GARCIA DE LA CRUZ

Abogado/a: BARBARA ROYO GARCIA

ILMA. SRA. PRESIDENTA:

Dª ISABEL SERRANO FRÍAS

ILMOS. SRES. MAGISTRADOS:

D. JOSE AURELIO NAVARRO GUILLÉN

Dª MARÍA VICTORIA HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ

Dª MARIA ELENA MAYOR RODRIGO

A U T O Nº 132/17

En GUADALAJARA, a treinta de marzo de dos mil diecisiete.



HECHOS

PRIMERO.- Por el Juzgado de Instrucción nº 1 de Guadalajara, con fecha 3 de enero de 2017, se dictó auto, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "1º.- Se acuerda reputar practicadas o en su caso la concurrencia de causas que no hacen posible su práctica, de las diligencias acordadas en la comparecencia celebrada el día 3 de noviembre de 2016 en atención a los razonamientos contenidos en el Fundamento Jurídico Segundo de la presente resolución.

2º.- No ha lugar a practicar la comisión rogatoria interesada por la Unidad Orgánica de Policía Judicial con fecha 14 de noviembre de 2016 conforme a los razonamientos contenidos en el Fundamento Jurídico Segundo de la presente resolución.

3º.- Se confiere traslado a las partes por plazo de cinco días para que valoren la necesidad y pertinencia de practicar nuevas diligencias o en su caso interesen la apertura de juicio oral".

SEGUNDO.- Notificada dicha resolución a las partes personadas, por el MINISTERIO FISCAL, se presentó recurso de reforma y subsidiario de apelación contra la misma, al que se adhirieron las representaciones de Germán, Mariano y Claudio. Admitido que fue, puesta de manifiesto la causa a las demás partes, se remitieron las actuaciones a este Tribunal para la resolución del recurso, llevándose a efecto la celebración de vista el pasado día 27 de marzo del año en curso, con el resultado que obra en el acta correspondiente.

TERCERO.- En el presente procedimiento se han observado las prescripciones legales con inclusión del plazo para dictar resolución.

Siendo Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. JOSE AURELIO NAVARRO GUILLÉN.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Por el Ministerio Fiscal se interpone recurso de reforma y subsidiario de apelación contra el Auto de fecha 3 de enero de 2016, dictado por el Juzgado de Instrucción número uno de Guadalajara, en el que se pide que: "...se ordene dejar sin efecto y retrotraer las actuaciones al momento anterior al dictado de la primera de ellas, auto de fecha 3 de enero de 2017, resolviendo la tramitación de la Comisión Rogatoria Internacional interesada, requerir a la Guardia Civil para que informe sobre los procedimiento y/o expertos en la tecnología para el examen del contenido del teléfono, requerir el contrato firmado con la compañía de vigilancia y el resto de la documentación que se estima precisa, y quedar a la espera de la cumplimentación de las diligencias de prueba acordadas por el Juzgado tras la comparecencia efectuada conforme a lo dispuesto en el art. 25 de la LOTJ".

Se opone a ello, la defensa de Onesimo así como la acusación particular ejercida por don Mariano.

Se trata de revisar en este recurso la corrección de la resolución recurrida la cual en su parte dispositiva acuerda "1º.- Se acuerda reputar practicadas o en su caso la concurrencia de causas que no hacen posible su práctica, de las diligencias acordadas en la comparecencia celebrada el día 3 de noviembre de 2016, en atención a los razonamientos contenidos en el fundamento jurídico segundo de la presente resolución.- 2º.- No ha lugar la Comisión Rogatoria interesada por la Unidad Orgánica de Policía Judicial con fecha 14 de noviembre de 2016 conforme a los razonamientos contenidos en el fundamento jurídico segundo la presente resolución".

Por tanto, lo que se trata de resolver en este recurso es si procede, en primer lugar, la diligencia sobre las aplicaciones descargadas por el investigado, así como la existencia de una cuenta de almacenamiento virtual por ella o terceros gestionada al terminal incautado.

En segundo lugar, si procede la diligencia con relación a la pericial del examen del Iphone del investigado, acordada tras el volcado de información del móvil incautado al mismo y por último, sobre la negativa a practicar la Comisión Rogatoria pedida por la Policía Judicial en fecha de 14 de noviembre de 2016.

SEGUNDO.- Para dar cumplida respuesta a lo suscitado en el presente recurso, es menester recordar, que el Tribunal Supremo en su sentencia de fecha 8 de noviembre de 2011 nos dice: "Debemos recordar en cuanto a esa limitación del derecho a practicar pruebas en la fase instructora:

a) que únicamente pueden considerarse auténticas pruebas que vinculen a los órganos de la justicia penal en el momento de dictar sentencia las practicadas en el juicio oral, pues el procedimiento probatorio ha de tener lugar precisamente en el debate contradictorio que, en forma oral, se desarrolla ante el mismo Juez o Tribunal que ha de dictar sentencia, de suerte que la convicción de éste sobre los hechos enjuiciados se alcance en contacto directo con los medios aportados a tal fin por las partes.

De esta exigencia general se desprende que las diligencias llevadas a cabo durante la fase instructora del proceso penal no constituyen en sí mismas pruebas de cargo, sino únicamente actos de investigación cuya



finalidad específica, por tanto, no es la fijación definitiva de los hechos para que éstos trasciendan a la resolución judicial, sino la de permitir la apertura del juicio oral, proporcionando a tal efecto los elementos necesarios para la acusación y la defensa (STC. 51/95 de 23.2)."

Dicho esto, también es menester recordar que con independencia de lo anterior, lo cierto es que en este momento procesal, nada impide que la valoración que debe hacer la Sala sobre la procedencia o no de las diligencias interesadas en la fase de instrucción y no practicadas, deban de responder para su práctica a que las mismas sean pertinentes, necesarias y posibles y en este caso, imprescindibles para la apertura del juicio oral y no pudieran practicarse en la Audiencia preliminar.

En este sentido, no está de más recordar que el Tribunal Supremo en su sentencia de fecha 14 de septiembre de 2006 nos dice: "pues el medio probatorio era en realidad: a) pertinente, en el sentido de concerniente o atinente a lo que en el procedimiento en concreto se trata, es decir, que "venga a propósito" del objeto del enjuiciamiento, que guarde auténtica relación con él; b) necesario, pues de su práctica el Juzgador puede extraer información de la que es menester disponer para la decisión sobre algún aspecto esencial, debiendo ser, por tanto, no sólo pertinente sino también influyente en la decisión última del Tribunal, puesto que si el extremo objeto de acreditación se encuentra ya debidamente probado por otros medios o se observa anticipadamente, con absoluta seguridad, que la eficacia acreditativa de la prueba no es bastante para alterar el resultado ya obtenido, ésta deviene obviamente innecesaria; y c) posible, toda vez que no es de recibo el que, de su admisión, se derive un bloqueo absoluto del trámite o, en el mejor de los casos, se incurra en la violación del derecho, también constitucional, a un juicio sin dilaciones indebidas, en tanto que al Juez tampoco le puede ser exigible una diligencia que vaya más allá del razonable agotamiento de las posibilidades para la realización de la prueba que, en ocasiones, desde un principio se revela ya como en modo alguno factible. (SsTS de 22 de Marzo de 1994, 21 de Marzo de 1995, 18 de Septiembre de 1996, 3 de Octubre de 1997 y un largo etcétera; así como las SsTC de 5 de Octubre de 1989 o 1 de Marzo de 1991, por citar sólo dos; además de otras numerosas SsTEDH, como las de 7 de Julio y 20 de Noviembre de 1989 y 27 de Septiembre y 19 de Diciembre de 1990)."

TERCERO.- Sentado lo anterior, y entrando a conocer cada una de las diligencias que no se practican y que el Ministerio Fiscal pide que se practiquen, la primera de ellas es sobre las aplicaciones descargadas por el investigado, así como la existencia de una cuenta de almacenamiento virtual por ella o terceros gestionada al terminal incautado.

Consta en autos, oficio del siguiente tenor: *"Como continuación al oficio de ese Juzgado de fecha 23 de diciembre de 2016, por el que se ha acordado el análisis del contenido de la cuenta DIRECCION000, le participo: que tras realizar un análisis general de la cuenta referida, dicha cuenta no contiene ningún archivo guardado. Está configurada para que no archive fotos realizadas y obtenidas desde el dispositivo ni Drives de las aplicaciones instaladas.= Únicamente contiene una copia de seguridad de 1,63 GB (tal y como se aprecia en la imagen).= Dicha copia de seguridad fue realizada a las 01:28 horas, del día 16 de octubre de 2016, y por el volumen de la misma (1,6 GB) se estima que únicamente contiene las aplicaciones predeterminadas del sistema operativo IOS (Apple).= No obstante, a lo anterior, para visualizar el contenido de la misma, es necesario un dispositivo compatible con el Sistema Operativo IOS (Apple, Ipad, etc)".*

Por tanto, la diligencia interesada resulta inútil a los efectos pretendidos, por lo que la misma se hace innecesaria, todo ello, con fundamento en el contenido del oficio.

Se pide en segundo lugar, que se practique la diligencia con relación a la pericial del examen del Iphone del investigado, acordada tras el volcado de información del móvil incautado al mismo.

Pues bien, dicha diligencia no puede correr mejor suerte que la anterior. En efecto, la no práctica de la misma obedece a que su realización no es posible y así lo dice el Servicio de Criminalística del Guardia Civil en su escrito de fecha 22 de diciembre de 2016 y que tuvo entrada en el Juzgado el día 3 de enero de 2017.

El escrito es claro y no renuncia a que en un futuro pueda llevar a cabo lo que ahora se pide. Sin embargo, ello no puede ser admitido en el ámbito del derecho procesal, pues es tanto condicionar la tramitación de la causa a que el desarrollo tecnológico permita practicar lo que se pretende, quedando los autos en una espera incierta que no parece que compagine con los principios que rigen el derecho procesal y penal. Por tanto, si no se pudo practicar en este momento, no puede pretender que se paralice la causa o en su caso, si el curso de la misma lo permite se incorpore a ella, tal como se dice en el auto recurrido, lo cual no es compartido por esta Sala, pues como diligencia de investigación tiene su momento para ser practicada y estar incorporada a los autos y si es como diligencia de prueba deberá de proponerse en tiempo y forma, pues no se pueden olvidar las normas que rigen el proceso penal, a cuyo abrigo debe actuarse.

Por consiguiente, el recurso se desestima, pues no es posible la práctica de la pericial acordada.

Por último, sobre la negativa a practicar la Comisión Rogatoria pedida por la Policía Judicial en fecha de 14 de noviembre de 2016. En dicha petición instada por la Unidad Orgánica de Policía Judicial de la Guardia Civil se pretende sobre los efectos personales de Onesimo una serie de diligencias, también la entrega de informes médicos y por último la entrega de una tarjeta SIM.

Pues bien, de todo ello, solo es procedente lo que se pide en primer lugar e identificado con la letra A) esto es, los efectos personales, documentos y maleta. Y ello porque dichos efectos (ropa y Zapatillas) y documentos y objetos, están a disposición de las autoridades españolas.

Por tanto, resulta procedente la entrega por parte de la Autoridades de Brasil a lo pedido por las Autoridades de España en lo concerniente a los efectos personales de Onesimo, que es acorde con la Comisión Rogatoria ya cursada y así se recoge en el Auto de fecha 6 de octubre de 2016 y la cual ha sido practicada y dichos efectos están a disposición de las Autoridades Españolas como constan en la página 123 y 124 de la Comisión Rogatoria remitida y en el escrito de fecha 8 de noviembre de 2016 en donde se puede leer: *"Las autoridades brasileñas informan que la relación de materiales y documentos aprehendidos están descritos en los folios 123-124 de los autos de la investigación aneja y se encuentran bajo custodia de la superintendencia de la Policía Federal en el Estado de Paraíba, a disposición de las autoridades españolas"*.

Por tanto, se trata de recoger esos efectos personales intervenidos y que está a disposición del Juzgado, como se desprende de lo anterior, y para ello no parece que pueda suponer dilación alguna teniendo en cuenta el objeto de la actuación (recoger los efectos), lo cual está en consonancia con lo ya acordado en la Comisión Rogatoria librada en su momento en donde se acordó su intervención y a los fines allí pretendidos y además, una vez que hayan sido entregados nada impide que se pueda practicar sobre ellos lo que ahora se pretende.

Sin embargo, no resulta procedente el resto de lo interesado, los informes médicos (letra B del escrito de Comisión Rogatoria), toda vez que consta el informe forense sobre Onesimo y, también, por ser innecesario lo que se quiere con el terminal del teléfono (letra C del escrito de Comisión Rogatoria) a tenor de las declaraciones que obran en la Comisión Rogatoria practicada en su momento.

Por todo ello, el recurso debe ser estimado parcialmente y solo en lo concerniente a llevar a cabo las actuaciones necesarias para recoger los efectos personales intervenidos a Onesimo y que están a disposición de las autoridades españolas cumpliendo así lo acordado en la Comisión Rogatoria librada en su momento y con ello, practicar las diligencias que ahora se pretende (letra A) sobre los efectos y objetos intervenidos.

Como consecuencia de ello, se deja sin efecto el apartado tercero del Auto recurrido, pues habrá que estar lo que resulte de los efectos personales que deben ser recogidos.

PARTE DISPOSITIVA

En virtud de lo expuesto, **LA SALA ACUERDA:** Estimar parcialmente el recurso entablado por el Ministerio Fiscal contra el Auto de fecha 3 de enero de 2017 dictado por el Juzgado de Instrucción número uno de Guadalajara y para que por el Juzgado se proceda a recoger los efectos personales de Onesimo intervenidos como consecuencia de la Comisión Rogatoria acordada en su momento y para realizar lo ahora interesado, toda vez que los mismos están a disposición de las autoridades españolas; se deja sin efecto, el apartado tercero del Auto recurrido, declarando las costas de oficio.

La presente resolución es firme y contra la misma no cabe recurso alguno.

Cumplidas que sean las diligencias de rigor, con testimonio de esta resolución, remítanse las actuaciones al Juzgado de origen para su conocimiento y ejecución, debiendo acusar recibo.

Así, por este nuestro Auto, del que se unirá certificación al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.