



universidad  
de león



**FACULTAD DE DERECHO**  
**UNIVERSIDAD DE LEÓN**  
**CURSO 2019/2020**

# **Relevancia y protección de la presunción de inocencia en la investigación tecnológica penal**

(Relevance and protection of the presumption of innocence in  
criminal technology research)

**GRADO EN DERECHO**

Realizado por la alumna Dña. Carmen Reivelo Díaz

Tutorizado por el Profesor D. Pedro Álvarez Sánchez de Movellán

ABREVIATURAS.....	5
RESUMEN.....	6
PALABRAS CLAVE .....	6
ABSTRACT .....	6
KEY WORDS.....	6
OBJETO.....	7
METODOLOGÍA.....	9
1 LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA: QUINTA ESENCIA DEL PROCESO PENAL.....	11
1.1 UNA APROXIMACIÓN A SU NATURALEZA JURÍDICA .....	11
1.1.1 Significación y valor en nuestro ordenamiento jurídico .....	11
1.1.2 Formulación de su contenido material.....	14
1.1.3 Diferencias con el principio in dubio pro reo.....	16
1.2 SUS MÚLTIPLES MANIFESTACIONES EN EL PROCESO PENAL.....	17
1.2.1 Como regla de tratamiento en todo el proceso .....	17
1.2.2 Como carga de la prueba en el juicio oral.....	18
1.2.3 Como regla de juicio para el juez .....	20
1.3 EXIGENCIAS PARA ENERVAR VÁLIDAMENTE LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA .....	24
1.3.1 Existencia de actividad probatoria.....	24
1.3.1.1 <i>Actividad probatoria mínima o suficiente</i> .....	24
1.3.1.2 <i>Actividad probatoria de cargo o inculpativa</i> .....	25
1.3.1.3 <i>Actividad probatoria directa o indirecta</i> .....	26
1.3.2 Conforme a garantías legales y procesales.....	26
1.3.2.1 <i>En la práctica: la prueba preconstituida</i> .....	26
1.3.2.2 <i>En la obtención: la prueba prohibida</i> .....	28
1.3.3 Razonada motivadamente en sentencia .....	29

2	LA INVESTIGACIÓN TECNOLÓGICA: UNA INJERENCIA EN LOS DERECHOS FUNDAMENTALES .....	31
2.1	LAS MEDIDAS TECNOLÓGICAS COMO ARMA DE DOBLE FILO.....	31
2.1.1	Un nuevo panorama para la investigación penal.....	31
2.1.1.1	<i>La necesidad de optimizar la persecución del crimen.....</i>	32
2.1.1.2	<i>Creación jurisprudencial y reforma procesal.....</i>	33
2.1.2	Carácter limitativo de derechos fundamentales.....	34
2.1.2.1	<i>Legitimidad en la limitación de derechos fundamentales.....</i>	34
2.1.2.2	<i>El derecho al entorno virtual: una protección unitaria .....</i>	35
2.1.3	El necesario equilibrio entre intereses contrapuestos .....	37
2.1.4	El riesgo inherente para la presunción de inocencia.....	38
2.2	LOS PRINCIPIOS RECTORES DE LAS MEDIDAS TECNOLÓGICAS ....	40
2.2.1	Principio de legalidad .....	40
2.2.2	Principio de especialidad .....	41
2.2.3	Principio de idoneidad .....	42
2.2.4	Principios de excepcionalidad y necesidad .....	44
2.2.5	Principio de proporcionalidad .....	45
3	LA AUTORIZACIÓN JUDICIAL COMO GARANTÍA DE LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA .....	47
3.1	LA JUDICIALIDAD DE LA INJERENCIA COMO CONTROL DE SU LICITUD .....	47
3.1.1	Régimen jurídico de la resolución habilitante.....	48
3.1.1.1	<i>Solicitud de la medida y dictamen de la fiscalía .....</i>	48
3.1.1.2	<i>Auto judicial acordando la medida .....</i>	48
3.1.1.3	<i>Control judicial posterior y deber de colaboración.....</i>	49
3.1.1.4	<i>Cese de la medida y destrucción de registros .....</i>	50
3.1.2	Deber constitucional reforzado de motivación.....	51
3.1.3	La presunción de inocencia como el non plus ultra del <i>ius puniendi</i> .....	52

3.2	LA EXIGENCIA DE INDICIOS RACIONALES DE CRIMINALIDAD .....	54
3.2.1	El juicio de imputación como presupuesto habilitante .....	54
3.2.2	Menos que una certeza pero más que una sospecha .....	55
3.2.3	El dato objetivo como base del indicio .....	55
3.2.4	Valoración judicial ex ante de los indicios .....	57
3.3	EL JUICIO DE PROPORCIONALIDAD EN SENTIDO ESTRICTO .....	57
3.3.1	Notas esenciales sobre su funcionamiento .....	57
3.3.2	Ponderación de valores y colisión de intereses .....	59
3.3.3	Criterios de medición del interés de persecución penal.....	61
4	CONCLUSIONES .....	63
5	BIBLIOGRAFÍA .....	68
6	WEBGRAFÍA.....	73
7	ANEXO JURISPRUDENCIAL.....	76

## ABREVIATURAS

Art.	Artículo
CE	Constitución Española
CEDH	Carta Europea de Derechos Humanos
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial
DDFF	Derechos Fundamentales
EM	Exposición de Motivos
FJ	Fundamento Jurídico
JUR	Resoluciones no publicadas en productos CD/DVD Aranzadi
LECrim	Ley de Enjuiciamiento Criminal
LO	Ley Orgánica
LOPJ	Ley General del Poder Judicial
Nº/Núm.	Número
Op.cit.	Obra citada
p./pp.	Página/Páginas
RJ	Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi
RTC	Repertorio Tribunal Constitucional
STC	Sentencia Tribunal Constitucional
STS	Sentencia Tribunal Supremo
TC	Tribunal Constitucional
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TICs	Tecnologías de la Información y la Comunicación
TS	Tribunal Supremo
UE	Unión Europea

## **RESUMEN**

Las nuevas tecnologías han sido integradas en los medios de investigación del proceso penal, dando lugar a una nueva regulación. Su objetivo es proteger los derechos de los investigados en juego, sometiendo la medida a la autorización judicial que supervise el cumplimiento de los principios rectores. A la vez, la práctica de una medida tecnológica puede afectar a la presunción de inocencia del investigado. Esta se recoge en el artículo 24.2 CE como un derecho fundamental que obliga a que se trate y considere al imputado como inocente hasta que se demuestre lo contrario en sentencia condenatoria. Este trabajo examina la importancia de la presunción de inocencia en la fase de instrucción, y su especial relación con la investigación tecnológica debido a su gran capacidad de intrusión. En última instancia, la forma de garantizar el respeto a la presunción de inocencia en este nuevo ámbito será a través de la resolución judicial habilitante.

## **PALABRAS CLAVE**

Derecho procesal, presunción de inocencia, investigación en el proceso penal, medios tecnológicos, principio de proporcionalidad, injerencia, autorización judicial.

## **ABSTRACT**

New technologies have been integrated into the research means of criminal proceedings, leading to a new regulation. Its aim is to protect the person under investigation's rights by submitting the measure to judicial warrant which monitors compliance according to the guiding principles. At the same time, the practice of a technological measure may affect the presumption of innocence of the person investigated. The presumption of innocence is gathered in Article 24.2 SC as a fundamental right which requires that the accused to be treated and considered innocent until proven otherwise in a conviction. This work examines the importance of the presumption of innocence in the instructional phase, and its special relationship with technological research due to its massive intrusion capacity. Ultimately, the way to ensure respect for the presumption of innocence in this new area will be through the enabling judicial decision.

## **KEY WORDS**

Procedural law, presumption of innocence, investigation in criminal proceedings, technological means, proportionality principle, interference, judicial warrant.

## OBJETO

La presunción de inocencia es la institución jurídica que vehicula el conjunto del proceso penal, amparando al acusado como derecho fundamental. Erróneamente llamada presunción, tiene una significación polifacética al operar como carga de la prueba para la acusación en su actividad probatoria; regla de juicio para el juez en la valoración del acervo probatorio; y como regla de tratamiento a lo largo de todo el proceso. En el primer capítulo del presente trabajo nos acercaremos a la naturaleza jurídica, el contenido material y la enervación de dicha presunción de inocencia, a fin de presentar un panorama sintetizado pero unitario. Siendo esta la pieza clave del proceso penal democrático, resulta un punto de partida oportuno y prometedor para analizar otros aspectos procesales que necesariamente estarán vinculados a ella.

Así pues, tomando como hilo conductor la faceta de regla de tratamiento, nos centraremos en el papel de la presunción de inocencia en la fase de instrucción. Se debe destacar que su vigencia no comienza solo desde que se adquiere la calidad de acusado, sino que también el investigado está amparado por esta garantía ya que también durante la instrucción se puede vulnerar. Y dentro del riesgo de afectación de la presunción de inocencia durante la investigación, actualmente destacan los medios tecnológicos incorporados por la 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. Conforme esta reforma procesal se va asentando, las cuestiones a analizar se multiplican en un afán de asegurar la corrección y concordancia de los medios tecnológicos con los principios inspiradores del proceso penal.

De la misma forma, el objetivo de este trabajo es observar cómo se interrelacionan presunción de inocencia e investigación tecnológica, especialmente sus posibles choques o fricciones, que a menudo se manifiestan en la afectación también de otros derechos fundamentales. Para ello, el segundo capítulo introduce los medios tecnológicos centrándonos en el panorama que dio lugar a la reforma procesal, su carácter limitativo de derechos, y el catálogo de principios rectores sin los cuales no resulta posible comprender estas nuevas técnicas de persecución criminal. Tras ello, concluiremos que es necesario un sistema de garantías que asegure la licitud de la medida, o en caso

contrario se redundaría en futuras pruebas de valoración prohibida al ser obtenidas vulnerando derechos del investigado.

En el tercer capítulo nos encargamos de la principal garantía impuesta por la ley para asegurar la licitud de la medida: la resolución judicial habilitante. En ella el juez tiene la función de un garante del proceso debido, autorizando la medida solo cuando cumpla las exigencias de fondo y de forma, y en todo caso llevando a cabo un control *ex ante* de su pertinencia y *ex post* de su desarrollo. Así, veremos brevemente cuál es el régimen jurídico de esta resolución judicial, destacando especialmente su deber de motivación reforzado; y después trataremos la exigencia de indicios objetivos de criminalidad, sin los cuales no será posible llevar a cabo la medida. Por último, analizaremos el juicio de proporcionalidad en sentido estricto que el juez ha de realizar, una vez superado el juicio de los subprincipios de idoneidad y necesidad. En este punto, seremos capaces de concluir que es precisamente esta autorización judicial la que, además de velar por la integridad de los demás derechos del investigado en juego, también sirve de garantía para el debido respeto a la presunción de inocencia en la fase de instrucción.

Así termina nuestro estudio, presentando una conclusión que, si bien no está rubricada de forma explícita en la ley, se desliga de forma lógica y coherente del acervo jurídico que sostiene a los medios de investigación tecnológicos, en tanto que limitadores por naturaleza de los intereses individuales a favor de la mayor eficacia del *ius puniendi*. Posar nuestra atención sobre esta interrelación jurídica resulta esencial si queremos mantener la vigencia de la presunción de inocencia, o más bien revitalizarla adaptándola a los nuevos tiempos que corren. Por otra parte, las nuevas tecnologías son un excelente campo de cultivo para debates jurídicos aún abiertos y con serias implicaciones para el futuro de nuestro ordenamiento jurídico y práctica jurisprudencial.

# METODOLOGÍA

## Elección del área de conocimiento y del tema a tratar

A comienzo de curso se estableció un plazo para que los alumnos escogiesen al tutor de su preferencia para llevar a cabo el trabajo de final de grado. En mi caso, he escogido el Área de Derecho Procesal por hallarme previamente realizando en este área una beca de colaboración para alumnos de último curso. En particular, me decanté por el proceso penal ya que me parece una de las ramas más interesantes de la carrera y además pude cursar la asignatura a la vez que realizaba el trabajo, sirviéndome para comprenderla mejor. Para elegir el tema mi tutor me propuso escoger una institución jurídica, como es la presunción de inocencia, y ponerla en relación con un ámbito tan novedoso como las nuevas tecnologías. Este enfoque me pareció muy interesante desde el primer momento por la oportunidad de reflexión que ofrecía.

## Estructuración del trabajo y elaboración del índice

Elegido el tema, el primer paso para obtener la estructura del trabajo fue hacer una lectura superficial de manuales y textos relacionados con los dos temas principales, para tomar contacto con las cuestiones más relevantes y poder confeccionar un índice. Este índice original me ha servido de guía a la hora de organizar mis lecturas y clasificar los contenidos, y ha sido desarrollado y alargado a lo largo del trabajo de redacción. En este punto del proceso de creación también comencé a reflexionar sobre qué dirección quería que tomara mi trabajo y cuáles serían sus principales ideas, para perfilarlas después gracias a lecturas más profundas y minuciosas.

## Recogida de información

A continuación, realicé varias selecciones de bibliografía gracias a las bases de datos jurídicas ofrecidas por la Universidad de León. Una vez localizado todo el material bibliográfico necesario, lo leí tomando simultáneamente notas que sirvieron para construir el contenido del trabajo y añadir las citas a pie de página. El orden de lectura seguido fue de manuales, tratados, monografías, y artículos de revistas. Además, cuando la lectura ya estaba avanzada, llevé a cabo una búsqueda de una selección de jurisprudencia que ilustraba los argumentos de mi trabajo. Todo ello sirvió para asentar los conocimientos adquiridos y clarificar finalmente mis propósitos de cara a la redacción.

### Redacción del trabajo

Finalmente llevé a cabo la parte más ágil, dar forma a las múltiples notas a través de un texto coherente, bien estructurado y con un hilo discursivo identificable. En este sentido, he intentado que las ideas subyacentes al trabajo estén presentes a lo largo del mismo, de forma que dejen un poso en el lector, sutil pero consistente. De esta manera el índice tomó su forma definitiva, permitiendo apreciar el contenido del trabajo de un solo vistazo. Leí las últimas fuentes bibliográficas necesarias para poder hablar con propiedad de las cuestiones más precisas; y terminé de completar el anexo jurisprudencial con los extractos más memorables de nuestros tribunales. Por último, redacté las conclusiones de manera que se puedan desligar de forma natural del resto del trabajo.

### Supervisión del trabajo

A lo largo de todo el trabajo he contado con la supervisión y consejo de mi tutor, lo cual en este caso debe ser especialmente destacado teniendo en cuenta que a mitad de curso cesó la actividad lectiva presencial y el acceso de los alumnos a la facultad. Esto añadió un elemento de incertidumbre y complejidad, ya que nos era desconocido cuando se podrían volver a consultar libros de la biblioteca o tener reuniones en persona. Sin embargo, no tuve ninguna complicación ya que mi tutor se comunicó conmigo de forma regular a través de medios telemáticos, entendiendo la situación, aconsejándome cómo gestionarla y ofreciéndome ayuda para obtener bibliografía online.

Antes de este panorama, también pude realizar varias reuniones con mi tutor para resolver todo tipo de dudas, plantear la orientación del trabajo y controlar que las tareas se iban realizando en los plazos previstos por el protocolo metodológico. Lo mismo sucedió una vez que se pudieron retomar las reuniones presenciales, poniendo a punto los aspectos finales y llevando a cabo la corrección de cada capítulo, y posteriormente una corrección del conjunto del trabajo con sus contenidos obligatorios. La supervisión ha estado facilitada por el sistema de plazos de entrega establecido, que aporta al alumno referencias temporales y capacidad para autoorganizarse. Por último, he de destacar y agradecer la ayuda para consultar en todo momento material bibliográfico del área y trabajar directamente con él, lo cual ha facilitado mucho mi tarea, proporcionando un soporte académico de calidad.

# 1 LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA: QUINTA ESENCIA DEL PROCESO PENAL

## 1.1 UNA APROXIMACIÓN A SU NATURALEZA JURÍDICA

### 1.1.1 Significación y valor en nuestro ordenamiento jurídico

La presunción de inocencia es el concepto fundamental en torno al cual se construye el modelo de proceso penal de corte liberal, donde se aspira fundamentalmente a establecer en favor del imputado garantías suficientes frente la acción del *ius puniendi* del Estado<sup>1</sup>. En este sentido, VÁZQUEZ SOTELO nos recuerda que toda reflexión sobre la presunción de inocencia ha de partir de la motivación que tuvo en sus orígenes modernos: una reacción frente a los abusos y arbitrariedades propios del proceso penal del Antiguo Régimen<sup>2</sup>. Por lo tanto, podemos decir que esta institución forma parte del conjunto de derechos y libertades reconocidos como inherentes a la dignidad humana, cuya observancia y protección son los presupuestos básicos de una pacífica convivencia en sociedad<sup>3</sup>.

Se define como el derecho de todo acusado a ser presumido inocente hasta que recaiga sobre él una sentencia condenatoria. Además, esta sentencia debe cumplir una serie de requisitos, como más adelante veremos, para poder dar por enervada la presunción; en caso contrario se hace imperativa la absolución del acusado. Así, la acusación debe practicar en el juicio oral una prueba de cargo válida y suficiente para convencer al tribunal de la culpabilidad del acusado. Pese a ello, está presente a lo largo

---

<sup>1</sup> VEGAS TORRES, Jaime. *Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal*. La Ley, Madrid, 1993, pp. 35 – 40.

<sup>2</sup> Sobre el proceso penal en el Antiguo Régimen nos dice también VÁZQUEZ SOTELO que existía un principio de sospecha de culpabilidad, donde, a partir de vagos indicios, se normalizaba el trato al acusado como si ya estuviera condenado. En cambio, la proclamación solemne por primera vez de la presunción de inocencia en la Declaración de Derechos del Hombre y Ciudadano francesa significaba otorgar a cada ciudadano la tutela jurídica de su honor y de su libertad, garantizada por los órganos del Estado e invocada en el mismo procedimiento penal, dando lugar a una nueva filosofía cívica y jurídica.

El autor es consciente de que la presunción de inocencia se inscribe en un marco teórico más extenso, testigo de los esfuerzos del proceso penal democrático por abrirse paso a lo largo de los siglos. Así, nos dice que la historia del procedimiento penal es, en definitiva, la historia de la lucha, de la acción y de la reacción entre el principio de autoridad y el de libertad, en cuya compatibilización y armonización reside precisamente la *summa ars* legislativa. VÁZQUEZ SOTELO, José Luis. *Presunción de inocencia del imputado e íntima convicción del tribunal*. Bosch, Barcelona, 1984, pp. 262 – 265.

<sup>3</sup> CORDÓN AGUILAR, Julio César. *Prueba indiciaria y presunción de inocencia en el proceso penal*. Instituto Vasco de Derecho Procesal, San Sebastián, 2012, p. 83.

de todas las fases del proceso, por lo que resulta relevante tanto en el tratamiento del acusado como en la práctica y valoración de la prueba<sup>4</sup>.

Se encuentra consagrada constitucionalmente en el artículo 24.2 de la Constitución Española con rango de derecho fundamental, que ampara a todos los ciudadanos, vincula a todos los poderes públicos y es directamente aplicable sin necesidad de un desarrollo legislativo. Este alto rango constitucional es lo que aleja a la presunción de inocencia de ser un mero principio general del derecho con función inspiradora. En cambio, la presunción de inocencia alcanza una importancia capital en nuestro ordenamiento en tanto que principal garantía procesal ofrecida al ciudadano en el Estado de derecho<sup>5</sup>. Los tribunales deben velar por su cumplimiento, y en caso de vulneración es posible, gracias a su condición de derecho fundamental, buscar su protección mediante un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Precisamente es una prueba innegable de su relevancia el abundante cuerpo jurisprudencial surgido en las últimas décadas, en el cual el Tribunal Constitucional delimita los contornos de este derecho y desarrolla su contenido, no concretado en la Constitución<sup>6</sup>.

También está recogida en textos internacionales suscritos por España, concretamente el art. 11.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948); el art. 6.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (1950); el art. 14.2 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (1966); así como en el art. 6 de la Directiva UE 2016/343 por la que se refuerzan determinados aspectos de la presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el propio juicio en los procesos penales<sup>7</sup>. En virtud del art. 10.2 CE debemos interpretar este derecho fundamental a la luz de estos instrumentos jurídicos integrados en nuestro derecho interno. También en el plano internacional debemos tener en cuenta la jurisprudencia del TEDH sobre la presunción de inocencia<sup>8</sup>.

---

<sup>4</sup> GIMENO SENDRA, Vicente. *Manual de Derecho Procesal*. Castillo de Luna, Madrid, 2018, pp. 90 – 95. Por lo tanto, la vigencia y el deber de respeto a la presunción de inocencia se extienden a lo largo de todas las fases del proceso penal. Esta concepción amplia, más allá del mero momento de la sentencia, demuestra la consolidación de un proceso penal garantista que busca la protección de los derechos e intereses de todas las partes concernidas, conjugando su equilibrio.

<sup>5</sup> Como elemento del proceso garantista, la STC nº 1/2020 de 14 enero 2020, FJ.4º (RTC 2020\1).

<sup>6</sup> VÁZQUEZ SOTELO, José Luis. *Presunción de inocencia...* op.cit. pp. 262 – 265.

<sup>7</sup> Sobre el alcance extraprocesal de la presunción de inocencia, la STC nº 133/2018 de 13 diciembre 2018, FJ.4º (RTC 2018\133) y la STC nº 28/2020 de 24 febrero de 2020, FJ.3º (RTC 2020\28).

<sup>8</sup> LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Aranzadi, Pamplona, 2009, pp. 135 y 1706. Para el TEDH, y de forma muy resumida, la presunción de inocencia se

Pese a su reciente creación constitucional y a que la Exposición de Motivos de la LECrim no cita en ningún momento la expresión “presunción de inocencia”, ROMERO ARIAS nos dice que se encuentra implícitamente contenida ya en este texto, como demuestra la preocupación del legislador decimonónico por crear un proceso penal que aune los derechos de la sociedad y los derechos del individuo. El principal ejemplo de esta voluntad de progreso en la LECrim de 1882 es el paso de un sistema inquisitivo a un sistema acusatorio, el único donde puede enmarcarse la presunción de inocencia<sup>9</sup>.

Acerca de la presunción de inocencia podemos decir también que tiene una naturaleza indiscutiblemente procesal, no incidiendo en cuestiones de derecho penal sustantivo como la calificación típica de las infracciones procesales o el grado de participación del acusado. En añadidura, es un derecho de carácter pasivo, ya que asiste al acusado sin necesidad de que este pruebe ningún hecho, puesto que esta tarea recae sobre la acusación<sup>10</sup>. Y aunque esta institución se encuentra necesariamente unida al proceso penal, hay que destacar que en tanto que derecho fundamental resulta aplicable a todos los órdenes jurisdiccionales cuyos procesos sean susceptibles de finalizar con un resultado sancionatorio o limitativo de derechos, como por ejemplo el proceso administrativo sancionador<sup>11</sup>.

En suma, la presunción de inocencia se configura hoy en día como la clave de bóveda de nuestro proceso penal al lograr encontrar el justo equilibrio entre dos intereses contrapuestos: el interés público en la represión de la delincuencia y el interés del imputado de salvaguardar sus derechos fundamentales. Es por esto que existe una relación

---

vulnera esencialmente cuando el tribunal tiene una idea preconcebida sobre la culpabilidad del acusado, es decir, cuando lo trata como presunto culpable antes de juzgarlo.

<sup>9</sup> ROMERO ARIAS, Esteban. *La presunción de inocencia*. Aranzadi, Pamplona, 1985, pp. 23 – 26. El autor también señala como relevante para el cambio de paradigma procesal el precepto que establece la valoración en conciencia de la prueba (art. 741 LECrim), finalizando con todo tipo de valoración tasada por la ley. Por su parte, MORENO CATENA nos dice que la ruptura con el sistema inquisitivo se produce al ser inocente el sujeto pasivo hasta que se haya dictado contra él una sentencia de condena. MORENO CATENA, Víctor. *Derecho Procesal Penal* (con CORTÉS DOMINGUEZ, Valentín). Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 428.

<sup>10</sup> PÉREZ CAPELLA, Miguel, *El principio de presunción de inocencia*, en: *Los principios del proceso penal*. Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 1992, p. 380. Por otra parte, se trata sin duda de una institución de naturaleza procesal, y no sustantiva, al no incidir sobre la calificación típica de las infracciones penales, ni sobre el grado de participación del acusado.

<sup>11</sup> El alcance llega hasta el poder legislativo, que debe respetar la presunción de inocencia a la hora de redactar las leyes, no introduciendo presunciones de culpa o hechos que inculpan de antemano. VÁZQUEZ SOTELO, José Luis, *La presunción de inocencia*, en: *Los principios del proceso penal*. Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 1992, p. 122 - 123

inescindible entre presunción de inocencia y Estado garantista, en la medida en que en un Estado de corte totalitario es impensable su vigencia<sup>12</sup>.

### **1.1.2 Formulación de su contenido material**

ROMERO ARIAS nos describe como contenidos esenciales de la presunción de inocencia la prohibición de considerar culpable al acusado hasta que así se declare en sentencia condenatoria; y el deber de la acusación de lograr el convencimiento del juez sobre la realidad de los hechos que afirma y su atribución al acusado. De este núcleo se desligarían de forma natural la prohibición de condenar en base a la existencia de meros indicios; y el deber de la acusación de realizar una mínima actividad probatoria de la cual el acusado puede defenderse con pruebas de descargo<sup>13</sup>.

Más allá de esta formulación se ha otorgado a la presunción de inocencia valor de criterio informador de todo el proceso penal, que impone la obligación de partir siempre de la inocencia del acusado y no de su culpabilidad, hasta establecer lo contrario con una certeza jurídica firme. Sin embargo, a esta función propia de un principio o regla procesal debemos añadir inevitablemente una función como criterio normativo de aplicación directa en virtud de su consagración constitucional<sup>14</sup>. Y es que doctrina y jurisprudencia señalan unánimemente que la primera definición de la presunción de inocencia debe ser como derecho fundamental recogido en la CE, estatus del cual derivan todos sus demás significados<sup>15</sup>.

Una vez establecido esto cabe preguntarse si se trata verdaderamente de una presunción jurídica, a lo cual debemos responder que no. La presunción jurídica es un medio de prueba donde a partir de un hecho presunto que debe ser probado se puede

---

<sup>12</sup> FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mercedes. *Prueba y presunción de inocencia*. Iustel, Madrid, 2005, pp. 119 – 123.

<sup>13</sup> ROMERO ARIAS, Esteban. *La presunción* ...op.cit. pp. 48 – 51. El autor extrae estas dos ideas centrales de los aforismos latinos *quilibet praesumitur bonus, donec probetur contrarium* (cada cual se presume bueno mientras no se pruebe lo contrario); y *qui accusare volunt, probationes habere debent* (los que quieren acusar deben tener pruebas).

<sup>14</sup> VÁZQUEZ SOTELO, José Luis. *La presunción*... op.cit. pp. 264 – 276. En este sentido, el autor se refiere a la presunción de inocencia como una aplicación concreta del principio general del proceso penal *favor rei*. Su razonamiento jurídico inspirador consiste en que, siendo un derecho que ampara a todos los ciudadanos y no solo a los imputados, puesto que la mayoría de ciudadanos no cometen delitos, el acusado deberá ser tratado como inocente durante el proceso.

<sup>15</sup> Así, la STC nº 31/1981 de 28 julio de 1981, F.J.2º (RTC 1981\31) nos dice: “Una vez consagrada constitucionalmente, la presunción de inocencia ha dejado de ser un principio general del derecho que ha de informar la actividad judicial para convertirse en un derecho fundamental que vincula a todos los poderes públicos y que es de aplicación inmediata.”

inferir la veracidad de un hecho presumido, gracias a un nexo causal entre ambos hechos que los vincula, dando por existente el segundo a partir de la existencia del primero<sup>16</sup>. Sin embargo, la presunción de inocencia no sirve para hacer este tipo de silogismos ni es un medio de prueba, sino un derecho fundamental. En todo caso podremos tomarla como presunción en el sentido vulgar del término: inicialmente se da por cierto un hecho aún sin tener la certeza absoluta de su veracidad<sup>17</sup>.

Por lo tanto, no puede ser considerada como una presunción legal porque no viene establecida por el legislador; y tampoco como una presunción judicial porque falta el mecanismo lógico propio de la presunción. Se trata entonces de una verdad interina o provisional, donde se acepta de entrada un hecho que no es necesario que esté acreditado mediante un criterio experimental. Tiene carácter probatorio ya que dispensa al sujeto pasivo del proceso de realizar toda prueba de su inocencia, la cual se da por cierta hasta que eventualmente se demuestre lo contrario. En conclusión, su semejanza con una auténtica presunción jurídica puede inducir a engaño, pero su diferente finalidad y construcción lógica la confirman como una verdad interina<sup>18</sup>.

Por último debemos reseñar también las posibilidades de protección de este derecho fundamental en sede de recursos. Así, el TC puede conocer de recursos de amparo una vez agotados los recursos de la vía jurisdiccional; y el TS puede conocer de recursos de casación debido a infracción de precepto constitucional. Hay que recordar que esto no sería posible si la presunción de inocencia fuera un mero principio general del proceso penal no recogido en el texto constitucional<sup>19</sup>.

---

<sup>16</sup> MONTERO AROCA, Juan. *Principios del proceso penal: una explicación basada en la razón*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, p. 152.

<sup>17</sup> ROMERO ARIAS, Esteban. *La presunción...*op.cit. pp. 38 – 46. Lejos de operar como silogismo, la mal llamada presunción de inocencia destaca, en tanto que derecho fundamental, por ser vinculante en todo momento para el legislador, los tribunales y la ciudadanía. A pesar de su errónea denominación y su confusión frecuente entre el gran público, se debe rechazar de plano el mero rango de presunción, reclamando el lugar privilegiado dentro de nuestro ordenamiento jurídico que corresponde a un derecho fundamental.

<sup>18</sup> VÁZQUEZ SOTELO, José Luis. *La presunción de inocencia...*op.cit. pp. 273 – 276.

<sup>19</sup> RIFÁ SOLER, José María. *El proceso penal práctico* (con VALLS GOMBAU, José F. y RICHARD GONZÁLEZ, Manuel). La Ley, Madrid, 2009, pp. 1540 – 1544. No es posible revisar en el recurso la valoración de las pruebas directas por su componente de inmediación, que atribuye esta potestad en exclusiva al juzgador en primera instancia. Sin embargo, sí es posible la revisión de la estructura racional del discurso valorativo, a fin de comprobar que existe una argumentación conforme a las reglas de la lógica, sin la cual la presunción de inocencia no se puede dar por enervada.

### 1.1.3 Diferencias con el principio in dubio pro reo

A primera vista puede parecer que el derecho a la presunción de inocencia y el principio procesal *in dubio pro reo* son lo mismo, y de hecho la apreciación de ambos lleva igualmente a la absolución del acusado, resolviendo imperativamente en su favor. Sin embargo, hay importantes diferencias que debemos observar<sup>20</sup>.

Como ya hemos expuesto, la presunción de inocencia está vigente a lo largo de todo el proceso penal obligando a considerar y tratar como inocente al imputado, hasta el momento final en que recaiga una sentencia condenatoria fundamentada motivadamente en una prueba de cargo suficiente, obtenida y practicada en juicio oral con respeto a las garantías procesales y constitucionales. En caso de que la actividad probatoria no cuente con estos atributos la presunción no se puede dar por enervada, de manera que el juez debe absolver.

Pues bien, el principio procesal *in dubio pro reo* opera cuando, una vez existente prueba de cargo válidamente obtenida y practicada, a la hora de valorarla el juez conserva dudas porque de ella no se deduce concluyentemente la culpabilidad. Es decir, entra en juego una vez que la presunción de inocencia ya ha decaído, imponiendo la absolución cuando el juez no ha alcanzado un íntimo convencimiento de la culpabilidad, a pesar de haber realizado correctamente la actividad probatoria necesaria<sup>21</sup>.

VEGAS TORRES nos explica que al aplicar el principio *in dubio pro reo* la absolución proviene de la duda subjetiva; mientras que al aplicar la presunción de inocencia la absolución proviene necesariamente de la certeza de su inocencia ante una falta de desvirtuación de la presunción. Por lo tanto, el *in dubio pro reo* se utiliza frente a una incertidumbre fáctica; pero la presunción de inocencia opera frente a todos los supuestos donde no se da por enervada, siendo por tanto incierta la culpabilidad, con independencia de que el juez haya alcanzado un convencimiento subjetivo o no<sup>22</sup>.

---

<sup>20</sup> De esto difiere FERNÁNDEZ LÓPEZ, que mantiene de forma minoritaria que el principio *in dubio pro reo* es en realidad una faceta más de la presunción de inocencia referida a la valoración de la prueba. FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mercedes. *Prueba y presunción de inocencia* ... op.cit. pp. 162 – 192.

<sup>21</sup> MORENO CATENA, Víctor. *Derecho procesal penal* (con CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín). Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 430 – 431. Así, el *in dubio pro reo* es el reflejo pragmático de la máxima “*es preferible la absolución de un presunto culpable que la condena de un presunto inocente*”.

<sup>22</sup> También nos explica que el *in dubio pro reo* surgió para dar solución al supuesto donde el proceso no había conseguido fijar ni la culpabilidad ni la inocencia del acusado. Antes de él, existía la absolución en la instancia, propia del sistema procesal inquisitivo y prohibida por la LECrim de 1882. Su

Este autor, al igual que VÁZQUEZ SOTELO, coincide en la importancia de señalar las diferencias entre ambas figuras a pesar de sus semejanzas. En caso contrario, podría verse en la constitucionalización de la presunción de inocencia una repetición innecesaria del *in dubio pro reo*, negando el auténtico cambio de paradigma producido, que va más allá de las meras similitudes para crear un derecho fundamental de una fuerza efectiva y un campo de aplicación sin precedentes en el proceso penal<sup>23</sup>. Y es que el *in dubio pro reo* es un principio inspirador del proceso penal, pero la presunción de inocencia es un derecho recogido en la Constitución.

Consecuencia de su diferente rango normativo es su diferente protección, ya que no es posible acudir en amparo ante el TC alegando una vulneración del principio *in dubio pro reo*. De hecho, sería imposible apoyar un recurso en la falta de apreciación de una duda por parte del tribunal, ya que la valoración libre que este ha realizado del acervo probatorio no puede ser enjuiciada por el TC. La presencia o ausencia de convencimiento subjetivo del juez sobre la culpabilidad, una vez enervada la presunción de inocencia y cumpliendo los parámetros básicos de la razón humana, permanece imposible de fiscalizar.

## ***1.2 SUS MÚLTIPLES MANIFESTACIONES EN EL PROCESO PENAL***

### **1.2.1 Como regla de tratamiento en todo el proceso**

Además de ser el paradigma en torno al cual se configura nuestro actual modelo procesal, y tener una relevancia innegable a la hora de practicar y valorar las pruebas, la presunción de inocencia también es una regla de trato del sujeto pasivo a lo largo de todo

---

Exposición de Motivos se mostraba tajante al rechazar este método y establecer una regla de resolución de la incertidumbre a favor del reo de obligada observancia. Según la EM, la absolución en la instancia dejaba a los procesados “por todo el resto de su vida en una situación incómoda y deshonrosa, bajo la amenaza perenne de abrir de nuevo el procedimiento el día en que por cualquier malquerencia se prestaba a declarar contra ellos cualquier vecino rencoroso y vengativo”, de manera que debía desaparecer “para siempre porque el ciudadano de un pueblo libre no debe expiar faltas que no son suyas, ni ser víctima de la impotencia o del egoísmo del Estado”. VEGAS TORRES, Jaime. *Presunción de inocencia...* op.cit. pp. 202 – 213.

<sup>23</sup> VÁZQUEZ SOTELO, José Luis. *La presunción de inocencia...* op.cit. pp. 265 – 276. Sobre la función del principio *in dubio pro reo*, este autor nos dice que la duda es un estado psicológico y subjetivo en que puede encontrarse el tribunal. Como tal, es difícil de traducir al exterior y de ser fiscalizado por medio de recurso. Por ello, el tribunal puede debatirse en este punto tenebroso y angustioso de la duda, pero cuando sale de ella, especialmente si es para condenar, debe hacerlo con el revestimiento de la absoluta certeza jurídica para dar mayor autoridad moral a su decisión.

el proceso penal. Según esta, todas las autoridades públicas deben considerar al imputado en todas las actuaciones procesales como inocente<sup>24</sup>. Esto tiene especial importancia por la repercusión extraprocesal del tratamiento dado al acusado, vista la facilidad con que hoy en día los medios de comunicación enjuician antes de que haya un proceso y la sociedad condena antes de que recaiga sentencia. Por ello se debe prescindir de actos como señalar la comisión de un delito antes de que el tribunal competente incoe un procedimiento específico contra el sujeto pasivo; o tener una especial cautela respecto a las informaciones públicas ofrecidas<sup>25</sup>.

Esta regla de tratamiento está estrechamente relacionada con las medidas cautelares, especialmente con la prisión provisional dado su afección al derecho de libertad ambulatoria. Por una parte, esta medida garantiza la efectividad futura del proceso; pero por otra parte no debe implicar una equiparación de hecho entre investigado y culpable. Por lo tanto, para que la prisión provisional sea legítima se debe examinar detalladamente el cumplimiento y justificación de todos los presupuestos legales con naturaleza cautelar, que por tanto no anticipan la culpabilidad del sujeto pasivo<sup>26</sup>.

### **1.2.2 Como carga de la prueba en el juicio oral**

La carga de la prueba es un concepto propio del proceso civil, donde cuenta con una gran relevancia debido a la prevalencia del principio dispositivo y de aportación de parte. Según esto, las reglas de reparto de la carga indican cuál de las partes deberá probar los hechos controvertidos, de manera que soportará los efectos desfavorables en caso de

---

<sup>24</sup> ARMENTA DEU, Teresa. *Lecciones de Derecho Procesal Penal*. Marcial Pons, Madrid, 2016, p. 69. Al respecto del trato del imputado, el artículo 4 de la Directiva (EU) 2016/343 de 9 de marzo de 2016 por la que se refuerzan en el proceso penal determinados aspectos de la presunción de inocencia y del derecho a estar presente en el juicio, especifica que las autoridades no deben referirse al acusado como culpable en sus declaraciones públicas mientras esto no haya sido probado, para asegurar su presunción de inocencia. Esto sin excluir la necesaria libertad de información a la hora de divulgar datos del proceso.

<sup>25</sup> CORDÓN AGUILAR, Julio César. *Prueba indiciaria...* op.cit. pp. 92 – 95. Así, este derecho fundamental se relaciona de forma extensa no solo con el órgano judicial, sino con el proceder de todas las autoridades públicas en su consideración del individuo, así como la respuesta proveniente de la sociedad. Es de especial relevancia la actuación desarrollada por los medios de comunicación dado el impacto que producen en la opinión pública, dando lugar a los llamados juicios paralelos o juicios mediáticos.

<sup>26</sup> FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mercedes. *Prueba y presunción* ...op.cit. pp. 123 – 139. La autora nos señala la polémica que levanta la compaginación de presunción de inocencia y libertad provisional. Así, hay posturas que reconocen imposible prescindir de la prisión provisional debido a su gran necesidad para asegurar la eficacia del proceso; y en contra posturas que señalan a la prisión provisional como el principal problema de un modelo procesal basado en la presunción de inocencia. En este sentido, la autora menciona a Luigi FERRAJOLI, que considera a la prisión provisional totalmente incompatible con un proceso penal garantista y respetuoso con los derechos del imputado, alegando que la finalidad de prevención de esta medida cautelar es ilegítima porque parte de la culpabilidad del acusado.

no acreditarlos suficientemente. Así se pretende un reparto equitativo del daño producido por la indeterminación de los hechos<sup>27</sup>.

En cambio, no podemos decir que exista una carga material de la prueba en el proceso penal, ya que la presencia del derecho a la presunción de inocencia impide que el acusado tenga la carga de probar su inocencia. Además en el ámbito penal no existe el principio dispositivo, de manera que el derecho de penar no corresponde a las partes sino al Estado.<sup>28</sup> En consecuencia, la doctrina coincide en que la presunción de inocencia se opone al concepto civil de carga de la prueba; pero se acepta que, *mutatis mutandis*, constituye una distribución de la carga de prueba en sentido formal, ya que será siempre la acusación quien deba probar la culpabilidad del acusado<sup>29</sup>. Este nunca deberá demostrar su inocencia, puesto que se tiene por cierta hasta que se pruebe lo contrario. La situación inversa sería la imposición de una “prueba diabólica” que contravendría sin dudar la presunción de inocencia.

En suma, gracias al amparo que la presunción de inocencia proporciona al inculcado, la acusación deberá acreditar en juicio oral los hechos constitutivos del delito, que abarcan tanto los elementos objetivos como los subjetivos del tipo penal. Esta necesidad se justifica en que, si el Estado va a ejercitar su *ius puniendi* a través del proceso penal, debe estar en condiciones de acreditar públicamente que la condena se ha impuesto tras la demostración razonada de que el acusado ha cometido realmente el delito atribuido<sup>30</sup>. Debemos recordar que si la instrucción del delito conduce hacia la inocencia del imputado, el Ministerio Fiscal deberá dedicar su actividad a probar esta igualmente,

---

<sup>27</sup> ARMENTA DEU, Teresa. *Lecciones de Derecho Procesal Penal...*op.cit. p. 298. Esta concepción es la característica de un proceso donde se defienden intereses particulares en condiciones de igualdad, es decir, en el proceso civil.

<sup>28</sup> ASENSIO MELLADO, José María. *Derecho Procesal Penal*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 304. Para mayor diferencia respecto del proceso civil, la presunción de inocencia pone en relación al sujeto pasivo del proceso y al Estado titular del *ius puniendi*. En cambio, la institución jurídica referida al sujeto activo del proceso penal sigue siendo el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE).

<sup>29</sup> NIEVA FENOLL se posiciona claramente en contra de considerar a la presunción de inocencia una carga de la prueba ni siquiera en sentido formal, proponiendo en cambio que se considere como un estándar de prueba. Rechaza esta formulación porque, además de no tener el reo ningún deber de presentar pruebas sobre su inocencia, tampoco la acusación tiene un deber de presentar pruebas de su culpabilidad. Así, nos dice que el Ministerio Fiscal no es el abogado de la acusación y por lo tanto no busca la condena, sino esclarecer la realidad. De manera que no tiene la carga de probar nada, sino la obligación de desplegar una actividad probatoria que sirva para que la verdad aparezca, ya conduzca esta a la culpabilidad ya a la inocencia. NIEVA FENOLL, Jordi. “La razón de ser de la presunción de inocencia”. *InDret Revista para el Análisis del Derecho*. 2016, N°1, pp. 10 -12.

Recuperado de: <https://www.raco.cat/index.php/InDret/article/view/305701/395579>, a 16 de junio de 2020.

<sup>30</sup> FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mercedes. *Prueba y presunción de inocencia...*op.cit. p. 145.

puesto que está obligado a aportar todos los elementos de cargo o descargo que conduzcan hacia la veracidad de lo sucedido.

A pesar de que el *onus probandi* del hecho criminal y la participación del acusado recaen sobre la acusación, de manera que el sujeto pasivo no tiene que presentar pruebas de descargo, esto no quiere decir que quede exento de toda actividad probatoria. El inculcado no ha de probar su inocencia, permaneciendo pasivo mientras la acusación intenta probar su culpabilidad, pero sí ha de probar los hechos impeditivos, extintivos o excluyentes de la culpabilidad. Así, recae sobre la defensa la acreditación de una circunstancia eximente o atenuante de la responsabilidad criminal, como por ejemplo la legítima defensa, la enajenación mental o un indulto. De forma que una vez que existe prueba suficiente de la certeza de los hechos criminales imputados y la participación en ellos, para obtener una sentencia absolutoria en vez de condenatoria es necesario que el acusado pruebe los hechos que alega en su favor<sup>31</sup>.

En el caso de que la acusación no logre acreditar suficientemente los hechos delictivos, a través de pruebas de cargo válidamente obtenidas y practicadas en juicio oral con todas las garantías procesales necesarias, no se puede dar por enervada la presunción de inocencia y se debe absolver. Esto será así independientemente de la inactividad procesal del acusado para apoyar su inocencia, ya que se le exime de ella; y del convencimiento íntimo que pueda tener el juez, ya que este debe responder a la valoración de una prueba válida y no de una certeza moral. Si la actividad probatoria no reúne los presupuestos exigidos, se hace imperativa la absolución ante la certeza imbatida de su inocencia<sup>32</sup>.

### **1.2.3 Como regla de juicio para el juez**

Aunque se suele vincular la presunción de inocencia esencialmente con la actividad probatoria, en concordancia con su carácter polifacético también tiene un papel importante en sede de valoración judicial. De entrada debemos reseñar la importancia de la motivación del fallo en la sentencia, en base a su doble finalidad. Por una parte, al

---

<sup>31</sup> MONTERO AROCA, Juan. *Derecho Jurisdiccional III* (con GÓMEZ COLOMER, Juan Luis; BARONA VILAR, Silvia; ESPARZA EIBAR, Iñaki; y ETXEBARRÍA GURIDI, José F.). Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 388 – 389.

<sup>32</sup> GIMENO SENDRA, Vicente. *Manual de Derecho Procesal Penal...*op.cit. pp. 596 – 597. Independientemente de que la defensa haya probado o no sus hechos impeditivos, extintivos o excluyentes, si la acusación no logra acreditar el juicio oral sus hechos constitutivos, la condena queda descartada.

explicitar el iter lógico seguido por el juez para condenar se hace más fácil su fiscalización posterior en vía de recurso para proteger la presunción de inocencia. Por otra parte, puesto que con la pena se van a limitar derechos fundamentales del acusado (sin ir más lejos, el derecho a la libertad) es necesario dar publicidad de las razones del fallo, a fin de que la sociedad pueda persuadirse de la justicia y procedencia de una decisión de este tipo. De esta manera quedan conectados el art. 120.3 CE que prescribe la obligación constitucional de motivar las sentencias, y el art. 24.2 CE que consagra la presunción de inocencia<sup>33</sup>.

Pero antes de motivar la sentencia, el juez debe pasar por la formación de un convencimiento sobre la culpabilidad o inocencia del acusado, para lo cual la carga de la prueba que soporta la acusación tiene la finalidad de lograr la convicción del juez sobre los hechos presentados. Consecuentemente, el juez examinará que la culpabilidad ha quedado debidamente acreditada mediante pruebas de cargo, siendo toda insuficiencia probatoria conducente a la absolución<sup>34</sup>.

Una vez certificado que la actividad probatoria es apta para enervar la presunción de inocencia, la apreciación judicial de las pruebas se hará libremente y en conciencia, siendo esta una facultad exclusiva del tribunal ante el cual se han practicado, en virtud del artículo 741 LECrim. Pese a lo razonable de esta afirmación, el principio de libre valoración de la prueba instaurado por la LECrim para todo el proceso penal entró en contradicción con el derecho a la presunción de inocencia en las décadas posteriores a su constitucionalización, hasta que la jurisprudencia redefinió su interpretación para poder conjugarlos armónica y complementariamente.

Actualmente hay consenso en que la estimación en conciencia no debe ser entendida como una referencia única al criterio personal e íntimo del juez, sino que debe contar con las directrices objetivas proporcionadas por las máximas de experiencia y las reglas de la sana crítica. En consecuencia, toda apreciación debe tener una conexión

---

<sup>33</sup> MONTERO AROCA, Juan. *Derecho Jurisdiccional III...*op.cit. p. 391. Es necesario relacionar los medios de prueba practicados con los hechos probados en sentencia, de manera que todo pronunciamiento judicial esté directamente correlacionado con un medio de prueba concreto. Esta vinculación se expresará a través de la motivación judicial.

<sup>34</sup> La STC nº 43/2003 de 3 marzo de 2003, F.J. 4º (RTC 2003\43) expresa de forma clara y completa esta idea al decir: “El derecho a la presunción de inocencia comporta el derecho a no ser condenado sin pruebas de cargo válidas, lo que implica que toda sentencia condenatoria debe expresar las pruebas en las que se sustenta la declaración de responsabilidad penal. Estas han de haber sido obtenidas con las garantías constitucionales, haberse practicado en juicio, y valorado y motivado por los Tribunales con sometimiento a las reglas de la lógica y la experiencia, de tal modo que pueda afirmarse que la declaración de culpabilidad ha quedado establecida más allá de toda duda razonable.”

lógica con la premisa probatoria de la que parte, excluyendo las meras intuiciones y convicciones morales. De esta manera la valoración sigue siendo libre, no impuesta por una ley, pero a la vez se protege la interdicción de arbitrariedad de los poderes públicos<sup>35</sup>.

Sin embargo, MORENO CATENA nos dice que cuando se introdujo la apreciación en conciencia de la prueba se interpretó como una libertad absoluta del juez a la hora de valorar, sin más limitaciones que su propia conciencia. De esta manera el juicio de culpabilidad dependía de manera ilimitada del juez, que podría no atenerse exclusivamente a la prueba practicada, o incluso no regirse por las reglas de la lógica al examinar el acervo probatorio. Ante esta interpretación, la regla de juicio derivada de la presunción de inocencia parecía una intromisión en la sagrada facultad de valoración judicial. De manera que desde los tribunales se alegaba que era innecesario expresar en la sentencia el iter lógico que llevaba a la condena una vez que el juez ya había alcanzado un convencimiento íntimo, el cual debía bastar para legitimar la pena sin proceder a un análisis de las pruebas presenciadas<sup>36</sup>.

La STC nº 31/1981 de 28 julio puso fin a esta doctrina por las razonables exigencias de la presunción de inocencia, clarificando que la estimación en conciencia debe entenderse como una apreciación lógica de la prueba, no exenta de pautas o directrices de rango objetivo, que ensamble los datos acreditativos del proceso<sup>37</sup>. En consecuencia, el juez debe atenerse a las reglas de la lógica y la sana crítica; realizando una valoración en forma de silogismo donde la premisa mayor sea una máxima de experiencia, la premisa menor sea el medio de prueba, y la conclusión sea la existencia o no de los hechos enjuiciados<sup>38</sup>. Así, hoy en día no queda duda de que la presunción de

---

<sup>35</sup> LÓPEZ GUERRA, Luis, *Presunción de inocencia, tutela judicial y motivación de sentencias penales*, en: *Los principios del proceso penal*. Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 1992, pp. 141 – 149. De esto se deriva que la invocación de la presunción de inocencia justifica una revisión, en sede de amparo o de casación, del procedimiento de inferencia lógica realizado por el juez, a través del análisis de la motivación de la sentencia.

<sup>36</sup> También nos explica MORENO CATENA que esta interpretación no fue casual o aislada, sino producto de un rechazo a la posible valoración legal de la prueba, que había presidido el anterior modelo procesal, llegando a caer en el extremo contrario: se apreciaban las pruebas de un modo tan libérrimo y omnímodo que no tenían más freno a su soberana facultad valorativa que proceder al análisis y a la consecutiva valoración, con arreglo a su propia conciencia, a los dictados de su razón analítica y a una intención que se presumía siempre recta e imparcial. MORENO CATENA, Víctor. *El proceso penal, Volumen III* (con COQUILLAT VICENTE, Ángela; JUANES PECES, Ángel; DE DIEGO DÍEZ, Alfredo; y DE LA LLERA SUÁREZ BÁRCENA, Emilio). Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 2314 – 2315.

<sup>37</sup> En este sentido, también la STC nº 55/2015 de 16 marzo 2015, FJ.5º (RTC 2015\55).

<sup>38</sup> MORENO CATENA, Víctor. *El proceso penal...* op.cit. p. 2315.

inocencia en realidad garantiza la libre valoración de la prueba, además de interpretarla a la luz de las garantías constitucionales que asisten al encausado.

Precisamente esta interpretación que invoca la presunción de inocencia es lo que justifica una revisión, en sede de amparo o casación, del procedimiento de inferencia lógica realizado por el juez, a través del análisis de la motivación de la sentencia<sup>39</sup>. Este control por el tribunal *ad quem* es no obstante limitado, dejando fuera el conocimiento de los hechos y la valoración judicial dependiente del principio de inmediación. Es decir, no se revisa la valoración de las pruebas sino el proceso mental que conduce de las pruebas a los hechos probados<sup>40</sup>. Al examinar la estructura racional del discurso valorativo se comprueba si existe una argumentación conforme a las reglas de la lógica, sin la cual la presunción de inocencia no se puede dar por enervada a pesar de una prueba válida<sup>41</sup>.

En resumen, ya habíamos mencionado que no era posible fiscalizar en vía de recurso la aplicación o no del principio *in dubio pro reo*; y ahora hemos asentado la posibilidad de control de la formación de la convicción del juez sobre los hechos de manera razonable, así como el análisis de la existencia de una mínima actividad probatoria de cargo acorde a las garantías procesales<sup>42</sup>. Es necesario enfatizar que esta revisión no va en detrimento de la valoración en conciencia del tribunal, sino que la integra en un sistema procesal donde la pieza clave es la presunción de inocencia, la cual exige la máxima seguridad sobre la culpabilidad del acusado para poder condenar.

---

<sup>39</sup> La STS nº 234/2001 de 3 mayo de 2001 F.J. 2º (RJ 2001\2943) resulta muy ilustrativa al exponer que la ponderación del resultado probatorio obtenido, valorándolo y sopesando la credibilidad de las distintas pruebas contradictorias, corresponde únicamente al Tribunal que presenció la prueba de cargo, a través del correspondiente juicio valorativo, del que en casación solo cabe revisar su estructura racional. Es decir, lo que atañe a la observancia por parte del Tribunal de instancia de las reglas de la lógica, principios de experiencia o los conocimientos científicos. Fuera de esta racionalidad del juicio valorativo son ajenos al objeto de la casación los aspectos de este que dependen sustancialmente de la inmediación, o sea, de la percepción directa de las declaraciones prestadas en presencia del Tribunal.

<sup>40</sup> LÓPEZ GUERRA, Luis, *Presunción de inocencia, tutela judicial...* op.cit. pp. 141 – 149. Debemos resaltar que este control no busca recortar la libre valoración del juez de instancia, sino tan solo acreditar el respeto de la presunción de inocencia, lo cual se logra cuando, además de actividad probatoria incriminadora, existe un razonamiento lógico y explicitado en la resolución judicial.

<sup>41</sup> RIFÁ SOLER, José María. *El proceso penal práctico...* op.cit. pp. 1540 – 1544.

<sup>42</sup> DE LA OLIVA SANTOS, Andrés. *Derecho Procesal Penal* (con ARAGONESES MARTÍNEZ, Sara; HINOJOSA SEGOVIA, Rafael; MUERZA ESPARZA, Julio; y TOMÉ GARCÍA, José Antonio). Ramon Areces, Madrid, 2007, p. 487. Para que la actividad probatoria sea estimada racionalmente de cargo los hechos deben acreditar la culpabilidad del acusado, confirmando que son verídicos y no arrojan simples conjeturas. Además, la fundamentación de la convicción alcanzada por el tribunal de instancia debe ser razonable, carente de arbitrariedad y conforme a las reglas de la lógica y los conocimientos científicos aceptados.

### **1.3 EXIGENCIAS PARA ENERVAR VÁLIDAMENTE LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA**

Para poder desvirtuar la presunción de inocencia y condenar al inculpado deben estar presentes una serie de requisitos, que examinaremos a continuación. Podemos condensarlos en la necesidad de una actividad probatoria de cargo con carácter incriminatorio y suficiente, practicada y obtenida sin vulneración de los derechos fundamentales y con respeto a las garantías procesales, y reflejada razonadamente en la motivación de la sentencia condenatoria. La falta de prueba de cargo practicada en juicio; la obtención e incorporación al proceso de forma ilícita; o el carácter insuficiente para justificar razonablemente la condena constituyen vulneraciones del derecho a la presunción de inocencia.

#### **1.3.1 Existencia de actividad probatoria**

##### **1.3.1.1 *Actividad probatoria mínima o suficiente***

La prueba practicada debe ser la suficiente para poder desvirtuar la presunción de inocencia, lo cual no va referido a la cantidad de pruebas incriminatorias que presente la acusación, sino a la entidad y cualidad de los medios de prueba aportados<sup>43</sup>. Estas características están relacionadas con la idoneidad de la prueba para alcanzar en el Tribunal la convicción sobre los hechos tras el contacto directo con los medios de prueba practicados en el debate contradictorio. Por muy abundantes que sean las pruebas, se debe atender en primer lugar a su contenido objetivo, para precisar su carácter inculpatario. Para que la prueba sea idónea también debe respetar las garantías procesales; así como derechos fundamentales tales como no declarar contra sí mismo y no confesarse culpable (art. 24.2 CE)<sup>44</sup>. Por otra parte, una actividad probatoria mínima exige que queden acreditados dos elementos de enjuiciamiento: la existencia real del ilícito penal y la intervención del acusado en el hecho<sup>45</sup>. Esto se logrará a través de verdaderos actos de

---

<sup>43</sup> Desarrollando los medios aptos y suficientes para considerarse prueba incriminatoria, las STS nº 167/2020 de 19 mayo 2020, FJ.10º (RJ 2029\1188); STS nº 515/2019 de 29 octubre 2019, FJ.2º (RJ 2020\4566); y STS nº 491/2019 de 16 octubre 2019, FJ.9º (RJ 2019\4907). En concreto, sobre las exigencias de la prueba de cargo, las STS nº 145/2020 de 14 mayo 2020, FJ.10º (2020\1020); STS nº 462/2019 de 14 octubre 2019, FJ.2º (RJ 2019\4052); y STS nº 396/2019 de 24 julio 2019, FJ.5º (RJ 2019\3253).

<sup>44</sup> MONTERO AROCA, Juan. *Derecho Jurisdiccional III...*op.cit. pp. 384 – 388. Por otra parte, la ausencia del acusado en la práctica de la prueba, salvo los supuestos excepcionales legalmente previstos, comporta la nulidad de la actividad probatoria, incurriendo en indefensión para el acusado.

<sup>45</sup> RIFÁ SOLER, José María. *El proceso penal práctico...*op.cit. p. 1534.

prueba introducidos válidamente en el proceso y sobre los que el juez apoyará su convencimiento adquirido<sup>46</sup>.

### **1.3.1.2 Actividad probatoria de cargo o incriminatoria**

Para que una prueba sea de cargo debe tener un contenido objetivamente incriminatorio<sup>47</sup>, es decir, de cuya interpretación se deriva la culpabilidad, una vez comprobada la subsunción de los hechos en el supuesto normativo delictivo y la certeza de la participación del acusado en ellos. Además este resultado de culpabilidad debe responder a la verdad, lo cual es apreciado por la valoración de la prueba de cargo que hace el juez<sup>48</sup>.

VEGAS TORRES retoma esta distinción entre interpretación y valoración de la prueba para explicar la prueba de cargo, entendida como actividad que conduce razonablemente a dar por ciertos unos hechos determinados que incriminan al acusado. Así, la interpretación fija un contenido objetivo e incriminatorio, de manera que el hecho probado puede considerarse directamente determinante de la responsabilidad criminal del acusado, o al menos un indicio de ello. Y la valoración incriminatoria permite confiar en que el resultado objetivamente incriminatorio responde a la verdad, para poder racionalmente determinar la certeza de la culpabilidad<sup>49</sup>. En resumen, podemos ver que la prueba inculpatoria es la única adecuada para enervar la presunción de inocencia sobre una base alejada de arbitrariedades y meras sospechas<sup>50</sup>.

---

<sup>46</sup> FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mercedes. *Prueba...* op.cit. pp. 140 -142. La autora también nos reseña que la inclusión por parte de la jurisprudencia del requisito de suficiencia en la actividad probatoria permite distinguir la función de regla probatoria de la función de regla de juicio de la presunción de inocencia.

<sup>47</sup> En palabras de la STC nº 33/2000 de 14 febrero de 2000 F.J. 4º (RTC 2000\33) la prueba de cargo es aquella encaminada a fijar el hecho incriminado que en tal aspecto constituye el delito, así como las circunstancias concurrentes en el mismo; y por otra parte, la participación del acusado, incluso la relación de causalidad, con las demás características subjetivas y la imputabilidad.

<sup>48</sup> MONTERO AROCA, Juan. *Derecho Jurisdiccional III...*op.cit. pp. 384 – 388.

<sup>49</sup> VEGAS TORRES, Jaime. *Presunción de inocencia...*op.cit. pp. 129 – 136. El autor toma esta dualidad de interpretación y valoración de CALAMANDREI, y para ilustrarlo pone por ejemplo la desestimación de dos pruebas por motivos diferentes: un atestado policial no corroborado en juicio oral y por lo tanto sin valor probatorio; y una declaración en juicio oral del acusado pero carente de toda incriminación. Esto nos demuestra que la actividad probatoria necesaria para enervar la presunción de inocencia debe cumplir además múltiples requisitos para considerarse adecuada.

<sup>50</sup> DE LA OLIVA nos plantea el caso de los procesos penales que finalizan mediante conformidad entre las partes, donde no se puede decir que la presunción de inocencia decaiga mediante una prueba de cargo reflejada en sentencia. Por ello se muestra contrario a las sentencias de conformidad, siendo negocios jurídico-procesales al margen de la certeza procesal sobre la inocencia o culpabilidad del acusado. DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, *Presunción de inocencia, prueba de cargo y sentencia de conformidad*, en: GÓMEZ COLOMER, Juan Luis, *Prueba y proceso penal*. Tirant lo Blanch, 2008, pp. 68 – 71.

### **1.3.1.3 Actividad probatoria directa o indirecta**

Actualmente hay consenso en que tanto una prueba directa como una prueba indirecta son aptas para enervar la presunción de inocencia. Gracias a la libre valoración judicial, la prueba indirecta o indiciaria ha adquirido rango de auténtico medio probatorio, en igualdad con los demás y suficiente por sí mismo para fundamentar una sentencia condenatoria<sup>51</sup>. Se trata de una prueba por presunciones, de manera que para ser válida debe contar con una estructura de silogismo donde el razonamiento deductivo sea de carácter racional y refleje claramente el nexo lógico de unión entre ambas proposiciones, así como estar plasmado en la motivación de la sentencia<sup>52</sup>.

Para aceptar la prueba indiciaria la jurisprudencia exige una pluralidad de indicios objetivos, es decir, derivados de criterios racionales y no de meras conjeturas. Estos constituyen un hecho básico, que debe quedar probado a través de unos medios de prueba directos; y se vincula necesariamente con el hecho consecuencia, que no es necesario probar. Ambos están unidos por una relación causal que debe ser plasmada a través de un proceso lógico de inferencias, deducido según las reglas del criterio humano<sup>53</sup>.

## **1.3.2 Conforme a garantías legales y procesales**

### **1.3.2.1 En la práctica: la prueba preconstituida**

Como regla general solo cabe entender por prueba válidamente practicada en juicio, y por tanto apta para enervar la presunción de inocencia, la que respeta los principios de igualdad, contradicción, oralidad, intermediación y publicidad<sup>54</sup>. Esta exigencia resulta razonable ya que solo así se puede decir que es un auténtico medio de prueba, destinado a alcanzar el convencimiento del juez respecto a la acreditación de los

---

<sup>51</sup> En este sentido, las STS nº 668/2019 de 14 enero 2020, FJ.2º (RJ. 2020\7), STS nº 541/2019 de 6 noviembre 2019, FJ.2º (RJ 2019\4934) y STS nº 626/2019 de 18 diciembre 2019, FJ. 8º (RJ 2019\5423).

<sup>52</sup> ASECIO MELLADO apunta que esta sumisión a las reglas de la lógica y el criterio humano, al igual que los demás medios de prueba, permite que no se acepten como medios de prueba simples conjeturas o sospechas sin fundamento. Al contrario, la razón de ser de la prueba indiciaria es evitar la impunidad de ciertos delitos que no pueden ser probados por otros medios debido a su clandestinidad, con la grave indefensión social que esto conlleva. ASECIO MELLADO, José María, *Presunción de inocencia y prueba indiciaria*, en: *Los principios del proceso penal*. Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 1992, pp. 165 – 179.

<sup>53</sup> MORENO CATENA, Víctor. *El proceso penal...* op.cit. pp. 2280 – 2282. Es decir, se trata de una operación lógica en forma de razonamiento deductivo que debe quedar reflejada en la sentencia.

<sup>54</sup> El mero hecho de la existencia de un proceso penal es *condicio sine qua non* para la posterior existencia de una eventual pena (*nulla poena sine iudicio*), puesto que su finalidad es la comprobación y declaración de la existencia del delito. GÓMEZ ORBANEJA, Emilio. *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*. Bosch, Barcelona, 1947, pp. 26 – 28.

hechos<sup>55</sup>. Las anteriores actuaciones procesales realizadas son meros actos de investigación, no sujetos a las garantías procesales mencionadas, y por lo tanto sin valor probatorio<sup>56</sup>.

Sobre el otorgamiento de valor probatorio a ciertos actos de investigación, está permitido de forma excepcional cuando las actuaciones realizadas son irrepetibles en el juicio oral, a fin de salvaguardar la eficacia del proceso penal. Para que la prueba preconstituida pueda considerarse prueba válida y apta para enervar la presunción de inocencia, tiene que cumplir ciertos requisitos: imposibilidad absoluta o extrema dificultad de reproducción en el juicio oral; intervención del juez de instrucción, salvo supuestos de urgencia o intervención policial por estrictas razones de seguridad; posibilidad de contradicción; e introducción en el juicio oral mediante la lectura de un documento que recoja las diligencias de investigación practicadas<sup>57</sup>.

Especialmente relevante resulta la necesidad de contradicción en la práctica del acto de investigación, permitiendo la plena participación del imputado a través de su defensa letrada, lo cual equilibra la posición de las partes en la fase de instrucción y asegura la tutela de los derechos del acusado<sup>58</sup>. Pese a la presencia de estas garantías, RAMOS MÉNDEZ nos alerta de que la frontera entre las diligencias de instrucción y la prueba deviene crítica en los casos donde son precisos conocimientos técnicos para avanzar en la investigación, ya que se corre el riesgo de atribuir directamente carácter probatorio a estos informes en base a su origen científico, aparentemente irrefutable. No cabe duda del peligro que esto supone para la presunción de inocencia, siendo uno de los mayores ámbitos de riesgo la investigación tecnológica<sup>59</sup>.

---

<sup>55</sup> FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mercedes. *Prueba y presunción de inocencia*...op.cit. pp. 146 – 150.

<sup>56</sup> VÁZQUEZ SOTELO afirma firmemente respecto a la obligación de practicar la prueba en juicio oral: “Sin duda ha de verse aquí el mejor servicio prestado por la presunción de inocencia al enjuiciamiento criminal. A partir de su aplicación se juzga mejor. Antes era una práctica consolidada la de dar por reproducidos como prueba en el juicio todos los folios del sumario.” VÁZQUEZ SOTELO, José Luis. *La presunción de inocencia*...op.cit. pp. 130 – 131.

<sup>57</sup> MORENO CATENA, Víctor. *El proceso penal*...op.cit. pp. 2283 – 2285. Se proponen algunos ejemplos de diligencias sumariales practicadas por la Policía Judicial y aceptadas por la jurisprudencia como prueba preconstituida, debido a que reflejan fielmente determinados datos o elementos fácticos de la realidad externa: pruebas alcoholométricas, croquis y fotografías de la inspección ocular del lugar del crimen, identificación y conservación del cuerpo del delito, entrega vigilada de drogas, toma de declaración de un testigo en peligro de muerte, etc.

<sup>58</sup> ASENCIO MELLADO, José María. *Derecho Procesal Penal*...op.cit. p. 127.

<sup>59</sup> Así, la progresiva especialización técnica de departamentos de la Policía Judicial y la existencia de laboratorios oficiales que prestan su apoyo a la Administración de Justicia ha conducido a la tentación de atribuir carácter probatorio a dactiloscopias, pruebas de ADN, de sustancias estupefacientes, o de

Por último, cabe destacar que las declaraciones del acusado ante la Policía Judicial carecen de valor probatorio al tratarse de diligencias de investigación, no teniendo trascendencia procesal la confesión recogida en un atestado policial. Para poder ser tenida en cuenta debía ser ratificada en el juicio oral por el acusado y por el testimonio del agente policial, teniendo el juez que realizar una interpretación conjunta de ambas declaraciones. Actualmente el Tribunal Supremo ha retirado toda validez a la declaración del investigado ante la Policía Judicial, sin excepción alguna, ni siquiera mediante su incorporación en el testimonio del agente policial<sup>60</sup>.

### ***1.3.2.2 En la obtención: la prueba prohibida***

Además de introducir válidamente la prueba en el juicio, la prueba apta para enervar la presunción de inocencia debe haber sido obtenida con respeto a los derechos fundamentales del acusado, ya que el juez solo puede fundamentar su sentencia en pruebas lícitas. Un fallo basado únicamente en medios de prueba obtenidos causando una lesión a un derecho fundamental conlleva a su vez una lesión al derecho fundamental de presunción de inocencia<sup>61</sup>.

La consecuencia de una prueba ilícitamente obtenida es la aplicación del artículo 11.1 LOPJ: “*No surtirán efecto en juicio las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando derechos o libertades fundamentales*”. No debe confundirse con la ilegalidad de un medio de prueba, donde se incumple alguna de las garantías procesales a la hora de practicar la prueba en juicio, y cuya consecuencia es la nulidad procesal prevista en el artículo 238 LOPJ<sup>62</sup>.

---

falsificaciones. El autor nos dice que no hay nada más lejos de las reglas de prueba establecidas por la ley, de manera que más que nunca es exigible la rigurosa observancia de las normas sobre prueba en el juicio oral. Cualquier flaqueo en este punto es una carga de profundidad contra la presunción de inocencia. RAMOS MÉNDEZ, Francisco. *Enjuiciamiento Criminal: Duodécima lectura constitucional*. Atelier, Barcelona, 2016, p. 191.

<sup>60</sup> Así lo establece el Acuerdo del Pleno No Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo del 3 de junio de 2015, sobre el valor de las declaraciones en sede policial a efectos de valorar la presunción de inocencia. No tendrán valor probatorio, ni serán corroboración de los medios de prueba ni prueba preconstituida. Sin embargo, sí se permite realizar inferencias a partir de los datos objetivos contenidos en una autoinculpación que hayan sido contrastados mediante otros medios de prueba. MONTERO AROCA, Juan. *Derecho Jurisdiccional III...*op.cit. pp. 161 – 162.

<sup>61</sup> CORDÓN AGUILAR, Julio César. *Prueba indiciaria y presunción de inocencia...*op.cit. pp. 102 – 105. Además, el fallo debe fundarse únicamente en los elementos de convicción obrantes en la causa, nunca en los conocimientos privados que el juez pueda adquirir por vías ajenas al proceso, aun cuando se encuentre convencido sobre la base de estos de la culpabilidad del acusado.

<sup>62</sup> MONTERO AROCA, Juan. *Derecho Jurisdiccional III...*op.cit. pp. 395 – 399. Dentro de los derechos fundamentales y libertades públicas recogidos en el CE y amparados por el art. 11.1 LOPJ, el

Especial atención merecen las diligencias de investigación que, por su propia naturaleza, tienen carácter limitativo de derechos fundamentales, entre las cuales debemos recordar que se encuentran las medidas tecnológicas. Y es que en caso de dejar de ser legítimas y constituir una injerencia en un derecho fundamental, la prueba obtenida con estas diligencias será claramente ilícita; y su apreciación en sentencia condenatoria será una vulneración de la presunción de inocencia<sup>63</sup>. No debemos perder de vista esta conclusión, ya que es esencial para mostrar la estrecha pero difícil relación entre presunción de inocencia y medidas de investigación tecnológica.

Dada la importancia y desarrollo jurisprudencial de la prueba ilícita (cuya extensión es tal que merece un trabajo de investigación aparte de este), ARMENTA DEU dice que, ya la entendamos en un concepto amplio o restringido, no puede nunca ser valorada para enervar la presunción de inocencia. Atribuye su carácter tan relevante a un conflicto subyacente entre intereses: la averiguación de la verdad y persecución del delito; frente al respeto debido a los derechos fundamentales del sujeto pasivo<sup>64</sup>. Si bien parecen contrapuestos e irreconciliables, ambos intereses deben ser conjugados con armonía y proporción en un Estado de Derecho como el nuestro.

### **1.3.3 Razonada motivadamente en sentencia**

Finalmente, tras contar con una actividad probatoria plenamente válida, es necesario que la valoración de las pruebas tendente a una condena, que da por enervada la presunción de inocencia, quede reflejada en la motivación de la sentencia. Esta consiste en la puesta en relación de los medios de prueba con los hechos que la sentencia estima probados, de modo que cada afirmación del juez sobre estos cuenta con el soporte de un medio concreto de prueba<sup>65</sup>.

---

autor estima que la integridad personal o la vida son derechos absolutos, no limitables por ningún poder público. Solo serán posibles pequeñas injerencias que no afecten al núcleo esencial del derecho, y siguiendo los requisitos exigidos. Por ejemplo, las intervenciones corporales que afectan a la integridad física, campo aún por regular con la precisión exigida para semejante intrusión en el imputado.

<sup>63</sup> VEGAS TORRES, Jaime. *Presunción de inocencia y prueba...* op.cit. pp. 120 – 128. El autor aboga por un concepto amplio de prueba ilícita, ya que abarca tanto el momento de la obtención de la prueba como el momento de su introducción en el proceso. Como ejemplos respectivos, las STC nº 199/2013 de 5 diciembre 2013, FJ.7º (RTC 2013\199) y STC nº 191/2014 de 17 noviembre 2014, FJ.6º (RTC 2014\191).

<sup>64</sup> ARMENTA DEU, Teresa. *Lecciones de Derecho Procesal Penal...* op.cit. pp. 293 – 294. Por una parte, el Estado debe atenerse a los límites constitucionales incluso a riesgo de no ser totalmente eficaz en la persecución del crimen, a fin de no derivar en posibles arbitrios. Pero en sentido contrario, tampoco es permisible la impunidad de delitos graves. Según cuál de estas posiciones sea prevalente en cada momento, existirá un concepto de prueba prohibida más o menos amplio.

<sup>65</sup> MONTERO AROCA, Juan, *Principios del proceso penal...* op.cit. p. 155.

El deber de motivación, de origen constitucional en el art. 120 CE, se pone en relación con la presunción de inocencia en su doble finalidad: la exteriorización del proceso de inferencia en la resolución judicial permite su control en los recursos de casación y amparo; y además hace patente de cara a la sociedad la justicia de la decisión tomada, certificando que ha quedado demostrada racionalmente la culpabilidad del acusado<sup>66</sup>. La motivación debe ir referida a la subsunción de los hechos en los tipos penales, la determinación de la pena en supuestos de margen de arbitrio para el juez, y la fijación de los hechos probados. Será especialmente importante la motivación de una sentencia basada en una prueba indiciaria, para comprobar que se trata de una auténtica prueba de cargo apta para desvirtuar la presunción de inocencia<sup>67</sup>.

Es imprescindible que la sentencia que declara enervada la presunción de inocencia recoja la motivación necesaria respecto a los elementos de prueba que el Tribunal ha tomado en cuenta para concluir la culpabilidad del acusado, los cuales en virtud del principio de libre valoración de la prueba han de ser apreciados con sujeción a los parámetros de la lógica y la experiencia<sup>68</sup>. Así se establece el fundamento y razonabilidad del fallo, denotando el grado de convicción del juez respecto al carácter incriminatorio de la prueba. Sin olvidar que, además de garantizar el respeto a la presunción de inocencia, la motivación también cumple con garantizar la tutela judicial efectiva<sup>69</sup>.

---

<sup>66</sup> STC nº 55/1987 de 13 mayo de 1987, FJ.2º (RTC 1987\55). La misma sentencia en su FJ.1º también nos dice que la exigencia de motivación de las sentencias se relaciona de manera directa con el principio del Estado democrático de Derecho, y con una concepción de la legitimidad de la función jurisdiccional apoyada esencialmente en el carácter vinculante que tiene para ésta la ley. Esta jurisprudencia sigue en vigor actualmente, como muestra la reciente STS nº 649/2019 de 20 diciembre 2019, FJ.6º (RJ 2019\5492).

<sup>67</sup> LÓPEZ GUERRA, Luis. *Presunción de inocencia, tutela judicial...* op.cit. pp. 149 – 158. El autor nos recuerda que la motivación equivale a la justificación de la culpabilidad, pero no consiste en dar respuesta a todas las argumentaciones de las partes como si se tratara de un diálogo entre estas y el juez, sino en razonar la decisión de forma que los motivos subyacentes resulten evidentes. Por ello en la revisión de la motivación en sede de amparo o casación no se comprueba que sea más o menos acertada en su interpretación de la normativa aplicable, sino su existencia y razonabilidad.

<sup>68</sup> Así lo manifiesta la STC nº 34/1996 de 11 marzo de 1996, FJ.2º (RTC 1996\34), ya que si faltara la motivación se caería en la arbitrariedad y la vulneración del derecho fundamental en cuestión. Lo mismo apunta la STS nº 1140/2010 de 29 diciembre de 2010, FJ. 2º (RJ 2011\135), ya que solo una valoración conjunta y motivada de la prueba puede dar lugar a una enervación de la presunción de inocencia. También sobre la motivación suficiente de la valoración probatoria, la STC nº 195/2013 de 2 diciembre 2013, FJ.1º (RTC 2013\195). Y sobre la posibilidad de controlar su racionalidad en sede de recurso, las STS nº 675/2017 de 16 octubre 2017, FJ. 3º (RJ 2017\4620); la STS nº 636/2017 de 27 septiembre 2017, FJ.1º (RJ 2017\4412); y la STS nº 684/2017 de 18 octubre 2017, FJ.1º (RJ 2017\4516).

<sup>69</sup> CORDÓN AGUILAR, Julio César. *Prueba indiciaria y presunción de inocencia...* op.cit. p. 101.

## 2 LA INVESTIGACIÓN TECNOLÓGICA: UNA INJERENCIA EN LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

### 2.1 LAS MEDIDAS TECNOLÓGICAS COMO ARMA DE DOBLE FILO

#### 2.1.1 Un nuevo panorama para la investigación penal

La 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 introduce en nuestro sistema procesal el uso de las nuevas tecnologías, destinadas a revolucionar la instrucción de los delitos tal y como la conocíamos<sup>70</sup>. De estas diligencias tecnológicas surgirá una prueba electrónica, es decir, la información contenida en un dispositivo electrónico a través del cual el juez adquiere el conocimiento de un hecho controvertido<sup>71</sup>. Este novedoso y complejo panorama, al ser la investigación tecnológica una espada de doble filo, responde a la necesidad del Estado de no perder terreno en la lucha contra la criminalidad, pasando a utilizar en su tarea las mismas herramientas que los delincuentes, hasta entonces con ventaja en la explotación de los beneficios de los avances tecnológicos<sup>72</sup>.

---

<sup>70</sup> Según ASENCIO MELLADO, esta fase inicial del proceso penal sirve para hacer posible el enjuiciamiento del delito mediante la previa determinación, con base a juicios provisionales, de los hechos aparentemente cometidos y su presunto autor. Para ello el Estado dispondrá de los medios materiales y humanos suficientes para desarrollar una labor que cada vez exige conocimientos más técnicos y especializados. Además, en la actualidad ya no es solo una fase recopilatoria de material sobre el que fundamentar la acusación y preparar el juicio oral, también contiene elementos con valor probatorio, que en virtud de su irrepitibilidad estarán investidos de las garantías propias de la prueba y serán formalmente reproducidos o ratificados en el juicio oral. ASENCIO MELLADO, José María. *Derecho Procesal Penal...* op.cit. p. 113.

<sup>71</sup> SANCHÍS CRESPO, Carolina, *La prueba en soporte electrónico*, en: GAMERO CASADO, Eduardo, *Las Tecnologías de la Información y de la Comunicación en la Administración de Justicia. Análisis sistemático de la Ley 18/2011 de 5 julio*. Aranzadi, Pamplona, 2012, p. 713. Y por extensión, prueba es la actividad de acreditación de la veracidad de un hecho afirmado por las partes y que resulta relevante para el objeto del proceso, teniendo por finalidad que el juez perciba por sus sentidos la información sobre el hecho proporcionada por cosas o personas. En la actual sociedad de la información, cada vez será más frecuente que el juez tome conocimiento a través de una información digital o electrónica, lo que aporta un elemento de complejidad al proceso. DELGADO MARTÍN, Joaquín. *Investigación tecnológica y prueba digital en todas las jurisdicciones*. La Ley, Madrid, 2018, pp. 36 – 44.

<sup>72</sup> La informática por sí misma no propicia la creación de nuevos tipos penales, sino que facilita una nueva dimensión a los ya existentes mediante la ideación de nuevos *modus operandi* para perfeccionar el hecho punible, siendo los bienes jurídicos afectados los mismos de siempre. Algunos de los factores que explican la emergente delincuencia informática son la ausencia de intermediación entre autor y víctima; la facilidad para ocultar rastros del delito; la desregulación del ciber espacio; la extraterritorialidad de las acciones delictivas; y la despersonalización de la conducta criminal. Esto último consiste en el efecto disociativo que permite al sujeto activo cometer el delito sin especiales sentimientos de excepcionalidad de

### **2.1.1.1 La necesidad de optimizar la persecución del crimen**

El uso policial de la tecnología es producto de su continua evolución, paralela al propio desarrollo de la humanidad. Como enuncia la Exposición de Motivos de la LO 13/2015, los flujos de información generados por los sistemas de comunicación telemática advierten de las posibilidades que se hallan al alcance del delincuente, pero también proporcionan poderosas herramientas de investigación a los poderes públicos. Estas amplifican de forma abrumadora el alcance de la actuación policial, lo cual refuerza la eficacia del legítimo fin de la persecución de la delincuencia. Pero también levantan suspicacias debido a su potencial lesividad de la libertad y privacidad de los ciudadanos<sup>73</sup>, hoy en día todos ellos susceptibles de ser objeto de una diligencia de investigación debido al uso generalizado de las nuevas tecnologías<sup>74</sup>.

Por otra parte debemos destacar la doble funcionalidad de las diligencias tecnológicas, ya que permiten la investigación y acreditación tanto de la ciberdelincuencia, que comprende a los delitos realizados contra sistemas informáticos y a los delitos tradicionales cometidos a través de dispositivos electrónicos<sup>75</sup>; como de cualquier otro delito. El denominador común de todos ellos será el uso como elemento de convicción de un dispositivo tecnológico, que presenta una serie de singularidades y del

---

la conducta propia gracias a la sensación de anonimato. DÍAZ MARTÍNEZ, Manuel, *El factor criminógeno de las TIC*, en: PEREZ GIL, Julio, *El proceso penal en la sociedad de la información*. La Ley, Madrid, 2012, pp. 531 – 537.

<sup>73</sup> También nos dice ORTIZ PRADILLO que hubo un tiempo en que la Policía no necesitaba más que un arma de fuego, unas esposas, un bloc de notas y sus propios sentidos para llevar a cabo sus cometidos. En la actualidad, las técnicas de laboratorio se caracterizan por el empleo generalizado de la informática y la electrónica forense, entre las cuales resulta especialmente destacable el manejo de sofisticados instrumentos y programas informáticos. ORTIZ PRADILLO, Juan Carlos, *Nuevas medidas tecnológicas de investigación criminal para la obtención de la prueba electrónica*, en: PEREZ GIL, Julio, *El proceso penal en la sociedad de la información*. La Ley, Madrid, 2012, p. 270.

<sup>74</sup> En efecto, la principal consecuencia derivada del empleo de dispositivos electrónicos en todos los ámbitos de nuestras vidas es la generación de abundante información digital sobre nosotros, lo que constituye una valiosa fuente de información. ORTIZ PRADILLO, Juan Carlos, *Investigación policial sobre dispositivos y control judicial en la reforma de la justicia penal*, en: GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás (Dir.), *Legalidad y defensa: garantías constitucionales del derecho y la justicia penal*. Castillo de Luna, Madrid, 2015, p. 287.

<sup>75</sup> Los delincuentes cada vez aprovechan más las posibilidades que ofrecen las nuevas tecnologías para facilitar la realización del hecho punible y su impunidad. Así, se necesitan pocos recursos materiales para causar grandes perjuicios con facilidad, siendo estos de alta disponibilidad y contando con una gran conectividad y movilidad. La volatilidad y complejidad técnica de las piezas de convicción dificultan la tarea de la Policía, siendo necesario a menudo la colaboración de entidades privadas prestadoras de servicios de comunicación. DELGADO MARTÍN, Joaquín. *Investigación tecnológica y prueba digital en todas las jurisdicciones...* op.cit. pp. 299 – 305.

cual se exigen una serie de garantías en su obtención, análisis y custodia<sup>76</sup>, y sobre el que se recomienda realizar un peritaje informático<sup>77</sup>.

### 2.1.1.2 Creación jurisprudencial y reforma procesal

La situación previa a la reforma legislativa de 2015 se caracterizaba por la insuficiencia del cuadro normativo, abandonando a creación jurisprudencial lo que debía ser objeto de regulación legal, y aplicando analógicamente a todas las diligencias el régimen jurídico previsto en el art. 579 LECrim para la intervención de comunicaciones. Así, durante mucho tiempo se autorizó judicialmente el empleo de medidas limitativas de los derechos fundamentales de los investigados, bajo el argumento de que la insuficiencia normativa no conducía necesariamente a la lesión del derecho siempre y cuando la resolución autorizante supliese las deficiencias apreciadas en el único precepto legal existente, atendiendo a las exigencias marcadas por la jurisprudencia<sup>78</sup>.

Precisamente ha sido el esfuerzo de interpretación de los tribunales el que ha servido para plasmar las carencias estructurales del sistema procesal penal durante interminables decenios de pasividad legislativa<sup>79</sup>. Finalmente el legislador atendió la unánime petición de reforma, integrando vacíos normativos y creando una norma de rango legal que sirva de cobertura para llevar a cabo diligencias tecnológicas sin lesionar

---

<sup>76</sup> Estas singularidades son la masividad, la reiteración o automatismo, la perdurabilidad temporal, la mutabilidad y la necesidad de conversión. VELASCO NÚÑEZ, Eloy. *Delitos tecnológicos: definición, investigación y prueba en el proceso penal*. Sepin, Madrid, 2016, p. 15.

<sup>77</sup> Así se garantiza con absoluta fehaciencia la autenticidad y originalidad de la prueba tecnológica. Cualquier otro análisis diferente a la aportación de una prueba pericial exhaustiva y respetuosa con las garantías exigibles puede ser cuestionada por la contraparte, arrojando tan solo un resultado indiciario, en modo alguno definitivo. FUENTES SORIANO, Olga, *Comunicaciones telemáticas: práctica y valoración de la prueba*, en: FUENTES SORIANO, Olga, *El proceso penal, cuestiones fundamentales*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 290.

<sup>78</sup> DÍAZ MARTÍNEZ resalta además que la doctrina jurisprudencial del TC, TS, y TEDH manifestó en reiteradas ocasiones que el citado artículo 579 LECrim adolecía de vaguedad e indeterminación en aspectos esenciales, por lo que no satisfacía los requisitos de legalidad exigidos por el artículo 18 CE para la legítima limitación de estos derechos fundamentales, interpretado de acuerdo con el artículo 8.2 CEDH, que exige que la injerencia de los poderes públicos esté prevista por la ley. DÍAZ MARTÍNEZ, Manuel, *La captación y grabación de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos*, en: DÍAZ MARTÍNEZ, Manuel, *La nueva reforma procesal penal*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 86 – 90.

<sup>79</sup> También han sido los tribunales los que más han exhortado al legislador a emprender la reforma, como demuestra la STC nº 145/2014 de 22 de septiembre de 2014, FJ.7º (RTC 20146\145) al decir que “Aunque la literalidad del art. 18.3 CE pueda inducir a pensar que la única garantía que establece la CE es la exigencia de autorización judicial, un análisis más detenido de la cuestión pone de manifiesto lo contrario, ya que por mandato expreso de la CE toda injerencia estatal en el ámbito de los DDFP que incida directamente sobre su desarrollo o limite su ejercicio precisa además una habilitación legal.”

derechos por falta de previsión legal<sup>80</sup>. Y es que las interpretaciones jurisprudenciales no podían suplir la necesidad de una *lex scripta, lex stricta y lex praevia*<sup>81</sup>.

## **2.1.2 Carácter limitativo de derechos fundamentales**

### ***2.1.2.1 Legitimidad en la limitación de derechos fundamentales***

Ya hemos visto el gran adelanto técnico que las medidas de investigación tecnológica suponen para la persecución de la criminalidad. Así, ante los avances científicos que ponen al alcance del delincuente una metodología hasta ahora inimaginable para cometer los delitos y obtener su impunidad, el Estado no tiene otra alternativa que luchar contra los nuevos fenómenos delictivos sin descartar la utilización de armas de intensa injerencia en la vida privada de los ciudadanos. Es aquí donde surge el problema, ya que la capacidad de los delincuentes para valerse de las TICs es paralela al poder del Estado para entrometerse en comunicaciones telemáticas de sus ciudadanos u obtener utilidad de las nuevas tecnologías<sup>82</sup>.

No cabe duda de que, por mucho que sirva al desarrollo de una investigación criminal, interceptar una conversación telefónica afecta al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE); colocar un dispositivo de grabación de imagen en la casa del investigado afecta a la inviolabilidad del domicilio (art. 18.2 CE); y registrar de forma remota todo el contenido de un dispositivo informático afecta a la intimidad de su dueño (art. 18.1 CE). Incluso podemos decir que la posibilidad de geolocalizar de forma continua al investigado afecta su derecho a la protección de datos (art. 18.4 CE)<sup>83</sup>. Por lo tanto, el catálogo de

---

<sup>80</sup> El compromiso con las libertades y la protección de los derechos de las personas en el ámbito de las sociedades democráticas exige que el diseño y redacción de los cuerpos normativos, encargados de la defensa de esos derechos frente a injerencias derivadas de un uso incontrolado o inadecuado de dispositivos tecnológicos, se lleve a cabo con escrupuloso respeto a las garantías del Estado de Derecho. GÓMEZ SOLER, Eduardo, *La utilización de dispositivos técnicos de captación de la imagen, de seguimiento y de localización*, en: DÍAZ MARTÍNEZ, Manuel, *La nueva reforma procesal penal*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 114 – 120.

<sup>81</sup> ORTIZ PRADILLO, Juan Carlos, *El impacto de la tecnología en la investigación penal y en los derechos fundamentales*, en: GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás, *Problemas actuales de la justicia penal*. COLEX, Madrid, 2013, p. 336.

<sup>82</sup> MARCHENA GÓMEZ, Manuel y GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás. *La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en 2015*. Castillo de Luna, Madrid, 2015, pp. 174 – 178. Es esta especial vulneración potencial de derechos la que provoca que la elasticidad de los preceptos históricos de la LECrim de 1882 quede definitivamente sobrepasada, siendo imperativa una actualización legislativa de su mensaje garantista para que, también en estos nuevos tiempos, continúe asegurando el equilibrio entre la persecución del delito y los derechos del investigado.

<sup>83</sup> VELASCO NÚÑEZ, Eloy. *Delitos tecnológicos...*op.cit. p. 22. El autor pone a la geolocalización por ejemplo de una de las prácticas altamente intrusivas, antes propias de la ciencia ficción, y ahora fácilmente realizable. El ciudadano necesita protección frente a la capacidad de tratar masivamente

medidas tecnológicas es por naturaleza, como rubrica el enunciado del Título VIII LECrim, limitativo de derechos fundamentales.

Pero también es cierto que estos derechos no son de tipo absoluto, y por lo tanto es posible que su protección sea exceptuada en favor del interés constitucionalmente legítimo de la persecución del crimen<sup>84</sup>. Para poder afectarlos sin causar una injerencia ilegítima, es necesario rodear a la diligencia de una serie de garantías constitucionales y legales, cuya ausencia convierte a la medida en una vulneración de derechos constitucionalmente protegidos. De ser así, procederá la eventual declaración de ilicitud y exclusión del proceso con prohibición de su valoración, en cumplimiento del art. 11 LOPJ sobre la prueba prohibida<sup>85</sup>. Este acervo de garantías está presidido por la necesidad de una norma de rango legal que garantice la seguridad jurídica, es decir, la expectativa razonablemente fundada del ciudadano en cuál será la actuación de los poderes públicos en aplicación del Derecho<sup>86</sup>; y por la exigencia de una resolución judicial que supervise la adecuación de la limitación a determinados principios jurídicos.

#### ***2.1.2.2 El derecho al entorno virtual: una protección unitaria***

Frente a las nuevas técnicas investigadoras, se plantea la posible insuficiencia de las garantías manejadas hasta ahora, quedando sobrepasadas por intrusiones tan graves que afectan a la vez a varios derechos del art. 18 CE, de manera que ninguno de ellos está debidamente tutelado<sup>87</sup>. Para remediarlo GONZÁLEZ-CUELLAR propone un derecho

---

datos personales que, observados aisladamente parecen inicios, pero constituyen una gran injerencia tomados en conjunto.

<sup>84</sup> ASECIO MELLADO, José María. *Derecho Procesal Penal...* op.cit. pp. 138 – 140. Si bien es cierto que la propia Norma Fundamental prevé la limitación de ciertos de estos derechos, como la inviolabilidad del domicilio, el autor nos asegura que el silencio de la CE respecto a los demás no debe interpretarse como una interdicción de su restricción, ya que una interpretación sistemática del texto constitucional autoriza a pensar que es posible siempre que el legislador lo prevea en una ley específica y responda a una finalidad legítima del Estado de Derecho.

<sup>85</sup> RICHARD GONZÁLEZ, Manuel. *Investigación y prueba mediante medidas de intervención de las comunicaciones, dispositivos electrónicos y grabación de imagen y sonido*. La Ley, Madrid, 2017, pp. 364 – 367. Además de la exclusión probatoria queda abierta la opción de recurrir en amparo ante el TC por vulneración de un derecho fundamental. El autor nos propone como ejemplos de carencia de garantías, mutando la medida en injerencia, la falta de autorización judicial habilitante, la falta de motivación sobre la existencia de indicios delictivos o sobre el cumplimiento de los principios rectores, o la falta de control judicial de los resultados de la medida.

<sup>86</sup> Esta es la definición que la STC nº 36/1991 de 14 febrero de 1991, FJ.5º (RTC 1991\36) aporta para la seguridad jurídica en su concepto más amplio.

<sup>87</sup> LÓPEZ-BARAJAS PEREA, Inmaculada, *El derecho a la protección del entorno virtual y sus límites: el registro de los sistemas informático*, en: DÍAZ MARTÍNEZ, Manuel, *La nueva reforma procesal penal*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 15. Por ejemplo, la STC nº 115/2013 de 9 mayo de 2013, FJ.4º (RTC 2013\115) asegura que una intervención sobre un smartphone puede vulnerar todo el haz de derechos del artículo 18 CE.

de nueva generación, aglutinador y adaptado a los parámetros actuales: el derecho al entorno virtual, cuya vocación es integrar en su contenido el haz de facultades asociadas históricamente al contenido material de otros derechos<sup>88</sup>. La configuración de este nuevo derecho ha permitido apuntalar el rechazo, tanto por la jurisprudencia como por el legislador, a una afectación excesiva del entorno virtual del investigado.

Así por ejemplo, MARCHENA GÓMEZ denuncia que, antes de la reforma procesal, la obtención de datos de tráfico asociados a una comunicación telemática muchas veces se producía de forma automática al autorizar judicialmente esta interceptación de comunicaciones, sin dedicar una motivación específica<sup>89</sup> a la necesidad de recabar los datos asociados, a los cuales se extiende el amparo del derecho al entorno virtual ya que revelan una gran cantidad de información sobre el investigado que ni siquiera tiene por qué estar conectada con la investigación criminal<sup>90</sup>.

También se pone de relieve la carencia de una limitación legal expresa a los espacios del domicilio donde pueden instalarse dispositivos de captación de imagen y sonido, dejando a decisión judicial el alcance locativo de la medida. Esta capacidad intrusiva desmedida, que permite a los poderes públicos entrar en el espacio físico donde

---

<sup>88</sup> MARCHENA GÓMEZ, Manuel y GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, Nicolás. *La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en 2015...* op.cit. p. 371. No es cuestionable que todos los actuales dispositivos electrónicos están amparados por el art. 18 CE, pero cuestión distinta es la determinación del derecho afectado en tal caso. Es seguro que una visión integral y no fragmentada puede proporcionar una perspectiva más rica a la hora de dar respuesta a los estándares de protección.

Respecto a este nuevo derecho, la STS nº 342/2013 de 17 abril de 2013, FJ. 8º (RJ 2013\3296) nos dice que “la ponderación judicial ha de hacerse sin perder de vista la multifuncionalidad de los datos que en aquel se almacenan. Y es que, más allá del tratamiento constitucional fragmentando de todos y cada uno de los derechos que convergen en el momento del sacrificio, existe un derecho al propio entorno virtual. En él se integraría toda la información electrónica que, a través del uso de las nuevas tecnologías, ya sea de forma consciente o inconsciente, con voluntariedad o sin ella, va generando el usuario hasta el punto de dejar un rastro susceptible de seguimiento por los poderes públicos.” De la misma manera, la STS nº 204/2016 de 10 marzo de 2016, FJ.11º (RJ 2016\1114) celebra el tratamiento legal unitario de los datos contenidos en dispositivos electrónicos.

<sup>89</sup> La STS nº 786/2015 de 4 diciembre de 2015 FJ.1º (RJ 2015\5147) lo resalta: “Nuestro sistema no tolera el sacrificio de los derechos proclamados en los apartados 3 y 4 del art. 18 CE a partir de una legitimación derivada, de suerte que lo que justifica un sacrificio se ensanche hasta validar implícitamente otra restricción.”

<sup>90</sup> MARCHENA GÓMEZ es categórico: “Quien albergue cualquier duda acerca de si en la actualidad la cesión a la policía de los datos personales es el desenlace impuesto por una resolución judicial ponderada, o por el contrario es el resultado del acatamiento por las operadoras de un imperativo legal, puede despejar sus incógnitas acudiendo directamente a la fuente legitimadora de la medida de injerencia. Podrá así comprobar la mentalidad burocrática con la que mayoritariamente se produce un sacrificio no suficientemente meditado del derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones telefónicas, y por derivación no motivada, de otros datos asociados generados por estas. No olvidemos nunca que estos datos, bajo su disimulada frialdad técnica, tienen mucho que ver con derechos cuya limitación está confiada al control judicial.” MARCHENA GÓMEZ, Manuel y GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, Nicolás. *La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en 2015...* op.cit. pp. 202 – 209.

se desarrollan las funciones más elementales de la vida del investigado, destruye todos los ámbitos de intimidad del sujeto sin exigir mayores requisitos<sup>91</sup>. Otra manifestación del tratamiento unitario de este haz de derechos del art. 18 CE es la extensión de la inviolabilidad del domicilio no solo a la irrupción no consentida en el escenario doméstico, sino también a la observación clandestina de lo que acontece en su interior a través de artilugios técnicos de grabación o aproximación de imágenes<sup>92</sup>.

De forma general, las prácticas policiales que se materializan en una mayor injerencia en la esfera de la intimidad del investigado deben quedar sujetas en todo caso a la autorización del juez, valorando con especial atención la necesidad y proporcionalidad de los medios utilizados<sup>93</sup>.

### **2.1.3 El necesario equilibrio entre intereses contrapuestos**

Ahora que hemos expuesto los avances y riesgos de la investigación tecnológica podemos comprobar que se trata de una de las cuestiones más complejas y relevantes que deberá gestionar nuestro sistema procesal debido a su innegable vocación de futuro. Puesto que las medidas tecnológicas han llegado para quedarse, la respuesta jurídica debe estar a la altura de los estándares garantistas propios de un Estado de Derecho. MONTERO AROCA plantea el conflicto jurídico desde la diferencia esencial de los antagonistas enfrentados: el delincuente puede utilizar los nuevos recursos tecnológicos sin cuidado de infringir normas o lesionar derechos; pero el Estado democrático, que para

---

<sup>91</sup> Se nos dice que “no es difícil imaginar la existencia de lugares en cualquier domicilio en los que la justificación de una intromisión de los poderes públicos resultará de muy difícil justificación. En consecuencia, haya o no explicitado el legislador los lugares de acceso prohibido, el principio de proporcionalidad habrá de operar como un instrumento definitorio de límites no escritos, pero cuya vulneración puede acarrear la nulidad probatoria. La motivación, de por sí integradora y expresiva de un juicio de ponderación y eventual sacrificio de derechos, deberá estar reforzada en estos casos, indicando las razones por las que la introducción del dispositivo de grabación resulta indispensable y proporcionada.” MARCHENA GÓMEZ, Manuel y GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, Nicolás. *La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en 2015...* op.cit. pp. 344 – 352.

<sup>92</sup> Sobre este caso de uso de prismáticos para observar el interior del domicilio del investigado, la STS nº 329/2016 de 20 abril de 2016, FJ. 2º (RJ 2016\1691) declara que “la protección constitucional del domicilio cuando los agentes utilizan instrumentos ópticos para acercarse lo lejano no puede ser neutralizada con el argumento de que el propio morador no ha colocado obstáculos que impidan la visión exterior. El domicilio como recinto constitucionalmente protegido no deja de ser tal cuando las cortinas no se hallan debidamente cerradas. La expectativa de intimidad no desaparece por el hecho de que el titular no refuerce los elementos de exclusión asociados a cualquier inmueble.”

<sup>93</sup> VALIÑO CES, Almudena, *La actuación del agente encubierto en los delitos informáticos tras la Ley Orgánica 13/2015*, en: FUENTES SORIANO, Olga, *El proceso penal, cuestiones fundamentales*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 378. La autora pone por ejemplo al agente encubierto informático, que ocultando su identidad y asumiendo una ficticia para investigar delitos a través de la red entraña una mayor lesividad en los derechos de los investigados, que desconocen la infiltración. Por ello, esta figura policial queda expresamente sujeta a autorización judicial que prevea todos los extremos de la medida.

ser eficaz en la persecución e investigación de los delitos debe adoptar los mismos medios tecnológicos que su oponente, no puede en su tarea infringir la ley o vulnerar los derechos fundamentales de sus ciudadanos<sup>94</sup>.

Así pues, ambos cuentan con una igualdad de armas, pero nunca pueden ocupar la misma posición; la propia esencia del Estado de Derecho lo impide, imponiendo limitaciones y exigencias a los poderes públicos. Y es que, si bien la persecución de los delitos y la búsqueda de la verdad es un fin constitucionalmente legítimo y un interés público de relevancia social, esta no puede llevarse a cabo a cualquier precio<sup>95</sup>. No debemos olvidar que este planteamiento no está consagrado de manera que no corra riesgo de ser invertido; sino que responde, como la mayor parte de los pilares de nuestra democracia, a la renovación constante de un compromiso de los poderes públicos y la ciudadanía con los derechos y garantías que nos hemos dado para la convivencia en nuestra Norma Fundamental.

En conclusión, la única opción posible es encontrar el equilibrio entre el fin legítimo de la investigación y los derechos del investigado a través de una ponderación de intereses. Este juicio jurídico actualmente queda a cargo del juez de instrucción, que deberá recoger en una resolución judicial motivada las razones por las cuales se hace necesario y justificado sacrificar los derechos del investigado. Para ello deberá acreditar el cumplimiento de los principios rectores, verdaderos pilares de la interpretación en clave constitucional de la investigación tecnológica.

#### **2.1.4 El riesgo inherente para la presunción de inocencia**

Conforme con lo hasta ahora dicho, llevar a cabo una medida de investigación tecnológica sin la garantía de una resolución judicial habilitante, ya sea por su ausencia o por la falta de suficiente acreditación de los principios rectores o de la existencia de

---

<sup>94</sup> MONTERO AROCA, Juan. *Derecho Jurisdiccional III...*op.cit. pp. 240 – 241.

<sup>95</sup> VELASCO NÚÑEZ, Eloy. *Delitos tecnológicos...*op.cit. p. 15. El autor desgrana esta idea diciendo que “la sociedad se debe defender del delito, pero no a costa de poner a los agentes investigadores públicos a la altura del transgresor, permitiéndole utilizar atajos o trampas que, cosificando a los investigados, les priven de sus derechos fundamentales. Para distinguir el actuar del delincuente respecto del propio del Estado, se impone a sus servidores deberes éticos insoslayables y graves consecuencias jurídicas, aunque el delincuente no los respete. Se trata de responder al delito con la proporcionalidad predicable de las sociedades civilizadas, no permitiendo el regreso a situaciones propias de siglos anteriores, en donde para esclarecer los delitos se permitía el atropello de derechos, que a su vez podía conllevar a una espiral de nuevas injusticias. En definitiva, en la era del progreso se persigue, junto a la resolución del delito, evitar además el abaratamiento y paulatino abandono de la efectiva protección de los derechos fundamentales, tan necesarios en esta era regida por la tecnología.”

indicios racionales de criminalidad, supone su conversión en una injerencia ilegítima en los derechos fundamentales del investigado recogidos en el art. 18 CE. Sin embargo, aunque no esté explícitamente recogido en el texto legal, la lógica jurídica nos indica que al faltar estas garantías también se está lesionando su presunción de inocencia, que recordemos tiene también rango de derecho fundamental y extiende su protección a la fase de instrucción en tanto que regla de tratamiento.

Siendo de todo punto imposible enervar válidamente la presunción de inocencia durante la instrucción del proceso, porque no existe actividad probatoria ni órgano judicial de enjuiciamiento o sentencia condenatoria, las diligencias que se lleven a cabo deben conjugar la investigación de los hechos presuntamente delictivos con el respeto a la consideración del investigado como inocente<sup>96</sup>. Esta misión, por sí misma compleja aunque imprescindible en nuestro sistema procesal penal, se hace más difícil hoy en día debido a los medios tecnológicos. Estos permiten una injerencia en la libertad y privacidad del individuo nunca antes vista<sup>97</sup>, siendo todos los ciudadanos susceptibles de ser objeto de una diligencia tecnológica debido al uso generalizado de los dispositivos tecnológicos. Por ello semejante potencial de lesividad debe ser utilizado solo con el convencimiento más allá de toda duda de la presencia de indicios racionales que apuntan a la existencia de una conducta delictiva. Es decir, registrar un dispositivo electrónico propiedad del investigado sin tener muestras suficientes y sólidas de su culpabilidad, o sin guardar la debida proporcionalidad, es a todas luces una vulneración de su presunción de inocencia.

---

<sup>96</sup> VELASCO NÚÑEZ, Eloy. *Delitos tecnológicos...* op.cit. p. 39. El Derecho Procesal debe analizar de qué manera afecta la investigación tecnológica a los derechos fundamentales, para averiguar cómo compaginar la instrucción de los delitos con el respeto de los derechos de quien, debiendo inicialmente presumido inocente, es investigado. Como dice el autor, “es lo más respetuoso que una democracia debe querer: proteger a sus ciudadanos de los delitos, pero investigando al sospechoso como si no lo fuera, rodeándole de las garantías procesales que preserven su inicial inocencia.”

<sup>97</sup> Según BARONA VILAR, la posibilidad de utilizar técnicas intrusivas en los derechos de los propios ciudadanos en tanto que investigados responde a la toma del valor “seguridad” como medida de interpretación de nuestro sistema penal, estableciendo un discurso endurecido sobre cómo afrontar la lucha contra la delincuencia, que redundaría no en la consolidación del Estado de Derecho y el respeto de sus normas, sino precisamente en la pérdida de libertades de los ciudadanos. Y puesto que la demanda social de más seguridad se asienta en la sensación de peligro, la autora alerta también de las iniciativas de retorno a un Derecho Penal preventivo, donde la presunción de inocencia es sustituida por un principio de culpabilidad de aquellos que, por motivos personales no relacionados con una conducta delictiva, levantan el recelo del resto de la comunidad, fomentando el discurso del “nosotros contra ellos.” BARONA VILAR, Silvia. *Proceso penal desde la historia, desde su origen hasta la sociedad global del miedo*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 453 – 508.

Contamos con métodos de control *a posteriori* de esta vulneración, como son la exclusión de la valoración probatoria y el amparo ante el Tribunal Constitucional, pero siendo lo deseable que la injerencia no se llegue a producir, el mecanismo clave para asegurar el respeto a esta institución será, de nuevo, la resolución judicial habilitante. Como veremos más adelante, solo la autorización exhaustiva y motivada de una autoridad judicial es garantía suficiente para la afectación legítima tanto de los derechos fundamentales del art. 18 CE como el de la presunción de inocencia.

## **2.2 LOS PRINCIPIOS RECTORES DE LAS MEDIDAS TECNOLÓGICAS**

### **2.2.1 Principio de legalidad**

En el catálogo de garantías del investigado, la primera viene establecida por el principio de legalidad, que constituye un presupuesto común para todo acto procesal limitativo de cualquier derecho. Así, por mandato expreso de la CE, toda injerencia estatal en el ámbito de los derechos fundamentales y libertades públicas que incida directamente sobre su desarrollo o limite su ejercicio, precisa una habilitación legal. Este principio general se afirma de modo especialmente rotundo en el proceso penal, ya que en este el poder del Estado actúa en su forma más extrema: la pena criminal<sup>98</sup>.

Desde la reciente puesta al día legislativa se da correcto cumplimiento a esta garantía, pero en la situación previa no había cobertura legal suficiente para llevar a cabo diligencias tecnológicas, ya que el único precepto al respecto, el art. 579 LECrim para interceptación de comunicaciones telefónicas, no aportaba una tutela suficiente para abarcar las injerencias de las técnicas más novedosas<sup>99</sup>. La carencia de regulación y el

---

<sup>98</sup> LÓPEZ-BARAJAS PEREA, Inmaculada. “Garantías constitucionales en la investigación tecnológica del delito: previsión legal y calidad de ley”. *Revista de Derecho Político*. 2017, N° 98, p. 99. A esta exigencia de norma legal habilitante, la autora añade el deber del legislador de realizar un esfuerzo por garantizar la seguridad jurídica, de manera que el ciudadano pueda prever las posibles consecuencias que sus acciones pueden acarrear, lo cual se consigue a través de la llamada calidad de ley. El detalle y claridad de la ley evitarán posibles arbitrariedades de los servidores públicos en la práctica de la diligencia. Así, la STC n° 292/2000 de 30 noviembre de 2000, FJ.14° (RTC 2000\292) señala que sin estos elementos la limitación de derechos no será válida, a pesar de tener un fundamento constitucional o ser proporcionada.

<sup>99</sup> ORTIZ PRADILLO nos recuerda que después de que se tolerase que la insuficiente adecuación del ordenamiento no implicaba por sí misma necesariamente la ilegitimidad constitucional de la actuación, siempre que el órgano judicial haya actuado respetando las exigencias del principio de proporcionalidad, el art. 579 LECrim se había convertido casi en un cheque en blanco para que las autoridades judiciales moldeasen a su voluntad el modo de llevar a cabo la intromisión en las comunicaciones de los ciudadanos. La antigüedad y el raquitismo de la legislación procesal nunca fue un obstáculo para que los tribunales admitieran el uso de avances tecnológicos en la investigación criminal, reinterpretando de manera muy

silencio del legislador fueron suplidos por el establecimiento de criterios interpretativos comunes por parte de los tribunales, especialmente relacionados con la exigencia de proporcionalidad<sup>100</sup>. Pero como nos dice la Exposición de Motivos de la LO 13/2015, “por muy meritorio que haya sido el esfuerzo para definir los límites del Estado en la investigación del delito, el abandono a la creación jurisprudencial de lo que ha de ser objeto de regulación legislativa ha propiciado un déficit en la calidad democrática de nuestro sistema procesal<sup>101</sup>”.

### **2.2.2 Principio de especialidad**

Este es el primero de los principios mencionados por el art. 588 bis a) LECrim, cuya naturaleza no es meramente inspiradora, sino informadora de todas las medidas limitativas de derechos<sup>102</sup>. Consiste en la exigencia de que la medida tenga por objeto el esclarecimiento de un hecho punible concreto, excluyendo la posibilidad de otorgar autorizaciones en blanco para intervenciones policiales prospectivas o fundadas en sospechas genéricas y difusas, donde se indaga en la vida de una persona en busca de hechos punibles con carácter general<sup>103</sup>. Con este requisito se rechazan antiguas prácticas

---

flexible las normas y garantías. ORTIZ PRADILLO, Juan Carlos, *Desafíos legales de las diligencias de investigación tecnológica*, en FUENTES SORIANO, Olga, *El proceso penal, cuestiones fundamentales*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 304 – 306.

<sup>100</sup> Pese a ello, el déficit de legalidad no puede ser suplido en modo alguno en virtud de la proporcionalidad de la medida, porque ello conduce a emplear el principio de proporcionalidad con una función pervertida para relativizar posibles deficiencias de ley. En cambio, se deben concebir ambos principios como cumulativos y nunca alternativos. ORTIZ PRADILLO, Juan Carlos. *Problemas procesales de la ciberdelincuencia*. COLEX, Madrid, 2013, pp. 165 – 166.

<sup>101</sup> Ya la STC nº184/2003 de 23 octubre de 2003 FJ.7º (RTC 2003\184) amonestaba al legislador al decir que “el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad sobre el art. 579 LECrim resulta inútil, ya que la reparación de esta solo podría alcanzarse supliendo las insuficiencias de las que trae causa, y no mediante la nulidad de un precepto que no es contrario a la CE por lo que dice, sino por lo que deja de decir. Ni siquiera hipotéticamente a través de una sentencia interpretativa podría este tribunal colmar todos los vacíos con la necesaria precisión. Precisamente por ello, la intervención del legislador es necesaria para producir una nueva regulación ajustada a la exigencias de la CE.”

<sup>102</sup> La inclusión en la norma legal de estos principios aporta al juzgador los criterios necesarios para motivar su resolución, haciendo que pasen a ser conceptos jurídicos menos indeterminados y encauzando la discrecionalidad judicial en una materia tan delicada como esta. ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN, Pedro, *Ponderaciones judiciales en materia de prueba prohibida y garantías para la nueva investigación en el proceso penal*, en: GONZÁLEZ GRANDA, Piedad (Dir.), *Exclusiones probatorias en el entorno de la investigación y prueba electrónica*. Reus, Madrid, 2020, 119.

<sup>103</sup> Sobre las medidas prospectivas, la STS nº71/2017 de 8 febrero de 2017 FJ.2º (RJ 2017\2362) dice que “se impone su prohibición, ya que mediante ellas los poderes públicos se inmiscuyen en la intimidad del sospechoso con el exclusivo objeto de indagar qué es lo que encuentran. El principio de especialidad exige que la decisión judicial esté relacionada con la instrucción de un delito concreto cuyos elementos ya se dibujan en el plano indiciario. Serán los hechos, y no un precipitado juicio de su tipicidad penal, los que han de servir para ponderar la pertinencia de la diligencia y su encaje en los principios que justifican en sacrificio.” Por su parte, la STS nº 393/2012 de 29 mayo de 2012 FJ.2º (RJ 2012\6565) señala que “no cabe decretar intervenciones telefónicas para propiciar el descubrimiento genérico de infracciones penales, antes al contrario se precisa indicar el tipo delictivo que se investiga, el cual podrá modificarse

ligadas a autorizaciones genéricas de rastreos indiscriminados, de carácter preventivo o aleatorio y sin base fáctica previa a la comisión del delito.

Una vez vetada la investigación prospectiva, fue necesario abordar la cuestión de los hallazgos casuales: elementos probatorios novedosos, no abarcados inicialmente por el principio de especialidad y descubiertos durante una diligencia instructora. Pese a que la autorización judicial de dicha diligencia no abarca ese nuevo elemento, ya que era imposible conocerlo, puede resultar conveniente investigarlo ya sea por razones de conexidad procesal o por ser un delito flagrante. Así pues, para garantizar la eficacia de la instrucción se permite la intervención sobre hallazgos casuales, siempre que previamente el juez resuelva de forma expresa sobre ello, en virtud del esclarecimiento del nuevo delito y la existencia de razones basadas en la proporcionalidad e idoneidad<sup>104</sup>.

### **2.2.3 Principio de idoneidad**

Se entiende por una medida idónea aquella con aptitud para lograr su finalidad, es decir, obtener nuevos conocimientos que permitan avanzar en la instrucción de los hechos delictivos<sup>105</sup>. Así pues, la idoneidad pone en relación las medidas con sus fines, exigiendo para la licitud de la injerencia que facilite la satisfacción del éxito perseguido<sup>106</sup>. Para ello se examina si la medida es adecuada por sí misma, sin compararla aún con otras medidas a fin de averiguar cuál es la menos gravosa. No será idónea cuando no ayude a acercarse a la finalidad deseada, no tenga ninguna eficacia sobre esta, o simplemente no esté preordenada a un fin legalmente previsto<sup>107</sup>. De ser así, no podrá extenderse una

---

después no por novación sino por adición de otras peculiaridades penales”. En el mismo sentido se pronuncia la STS nº 1448/1997 de 24 de noviembre de 1997, FJ.6º (RJ 1997\8140).

<sup>104</sup> Así nos lo dice la STS nº 777/2012 de 17 octubre de 2012 FJ.2º (RJ 2012\10165), mientras que por su parte el ATS nº353/2017 de 2 febrero de 2017 RJ.1º (RJ 2017\61803) resalta que “la nueva autorización judicial debe limitar objetivamente la medida a través de la precisión del hecho que se investiga, y subjetivamente mediante la suficiente identificación del sospechoso. Para ello es preciso que el juez cuente con indicios suficientes de la comisión del delito y la participación del investigado.”

<sup>105</sup> A pesar del consenso doctrinal sobre esta definición, el art. 588 bis a) 2 LECrim solo indica que la idoneidad servirá para definir el ámbito objetivo y subjetivo y la duración de la medida en función de su utilidad. GARIMARTÍN MONTERO reconoce que esta redacción no guarda relación con los parámetros de interpretación de la idoneidad, y la achaca a una voluntad del legislador de extender el juicio de idoneidad no solo a la medida elegida en sí misma, sino también a su alcance como injerencia. GARCIMARTÍN MONTERO, Regina. *Los medios de investigación tecnológicos en el proceso penal*. Aranzadi, Pamplona, 2018, p. 34.

<sup>106</sup> Así lo afirma la STC nº108/1984 de 26 noviembre de 1984, FJ.4º (RTC 1984/108).

<sup>107</sup> GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás. *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*. COLEX, Madrid, 1990, pp. 153 – 156. Como veremos más adelante, el autor señala que la aptitud para satisfacer los fines perseguidos se verá determinada por la adecuación cualitativa, cuantitativa y ámbito subjetivo de aplicación de la medida de investigación. En cualquier caso, asegura que no es pertinente comparar medidas en este estado del análisis, pudiendo haber dos medidas igualmente

autorización judicial, bajo riesgo de vulnerar el respectivo derecho fundamental afectado por la diligencia, obteniendo así una prueba de valoración prohibida.

RODRÍGUEZ LAÍNZ pone en relación el principio de idoneidad y el concepto de alcance de la medida a partir de la mención que el texto legal hace de este último en la definición de idoneidad. Así, el alcance de la injerencia sería una herramienta de control y límite que asume como cometido tratar de acotar lo máximo posible aquello que puede ser objeto de examen por una diligencia de investigación<sup>108</sup>. La influencia de la doctrina del derecho al entorno virtual y la preocupación por evitar la recopilación masiva de información y obtención de perfiles detallados de los sujetos afectados por la medida de injerencia<sup>109</sup> abrieron las puertas al definitivo reconocimiento legal del concepto de alcance de la medida, especialmente en el ámbito del tratamiento de los datos de tráfico.

Es cierto que los datos de localización asociados a una llamada telefónica, la identidad de los interlocutores y la duración de la llamada, no son ajenos a la protección constitucional. Los formatos digitalizados han traído consigo la generación de datos que afloran durante la comunicación y son susceptibles de registro ulterior. Bajo su aparente neutralidad técnica, encierran una más que valiosa información, ya que proporcionan, por sí solos o mediante su tratamiento interrelacionado, un conocimiento añadido de aspectos que no son, desde luego, ajenos a la privacidad de los comunicantes. Son datos cuyo interés para la investigación penal puede llegar a ser decisivo<sup>110</sup>.

---

idóneas. La elección de la menos gravosa e igualmente eficaz es una valoración que pertenece ya al juicio de necesidad.

<sup>108</sup> El autor afirma que este concepto ha nacido con vocación de futuro y como presupuesto indispensable para la adaptación de la injerencia a las exigencias de los nuevos principios rectores. Para mostrarnos la trascendencia del alcance de la injerencia nos dice que el juicio valorativo “va más allá de la constatación de la afectación de la libertad de comunicaciones en relación con la finalidad pública que está detrás de su exceptuación. Se hace precisa una segunda valoración que considere especialmente qué es lo que pudiera estar detrás de la barrera de protección formal anticipada; y así volver a ponderar tales juicios de valor desde el punto de vista de hasta dónde pudiéramos estar afectando la privacidad de la persona investigada o de quienes con ella contactan.” RODRÍGUEZ LAÍNZ, José Luis, *Sobre el concepto de alcance de la medida de injerencia tecnológica en la Ley Orgánica 13/2015*, en: DÍAZ MARTÍNEZ, Manuel, *La nueva reforma procesal penal*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 18 – 40.

<sup>109</sup> Así lo manifestó la STC nº 173/2011 de 7 noviembre de 2011, FJ.3º (RTC 2011\173).

<sup>110</sup> STS nº 740/2017 de 16 noviembre de 2017 FJ. 2º (RJ 2017\5060) Así, sugiere que a la hora de autorizar tal diligencia se debe tener en cuenta el alcance total de la injerencia, que no afecta solo la comunicación, sino también los datos de tráfico asociados a esta y referidos tanto al investigado como a los terceros que con él se relacionen.

#### **2.2.4 Principios de excepcionalidad y necesidad**

La ley se refiere de forma conjunta a estos dos principios para prohibir la autorización de la medida limitativa de derechos cuando no se encuentren presentes. Así, se cumplirá la excepcionalidad cuando no estén a disposición de la investigación otras medidas menos gravosas para los derechos fundamentales del investigado e igualmente útiles para el esclarecimiento de los hechos. Y habrá la requerida necesidad cuando el descubrimiento o comprobación del hecho investigado, la determinación de su autor, la averiguación de su paradero o la localización de los efectos del delito se vean gravemente dificultados sin el recurso a dicha medida<sup>111</sup>.

El juicio valorativo exige una comparación entre las distintas medidas disponibles y la elección obligada de aquella que tenga igual eficacia siendo la menos dañina desde el punto de vista de los derechos fundamentales. De esta forma se avanza en el examen de la injerencia, yendo un paso más allá del juicio de idoneidad. En este caso ya no basta con que la diligencia pueda aportar nuevos datos a la investigación, además es preciso que, de no contar con ella, la investigación se vea comprometida<sup>112</sup>.

CASTILLEJO MANZANARES nos dice que la finalidad de estas dos exigencias es reforzar el deber de motivación, pues el juez ha de plasmar el juicio de ponderación entre el derecho afectado y el interés constitucionalmente protegido, haciendo así evidente la necesaria adopción de la medida<sup>113</sup>. Así pues, es imprescindible una referencia expresa y singularizada a la justificación de la injerencia, sacrificio de los derechos del investigado solo entendible como un supuesto excepcional y por lo tanto de carácter limitado. El conjunto de garantías y cautelas, cuya presencia en la medida debe ser examinada y asegurada por el juez en su resolución habilitante, actúan como un valladar

---

<sup>111</sup> Así dice el Artículo 588 bis A 4. a) y b) de la LECrim, aunque sin determinar cuál de las dos definiciones corresponde a cada principio, siendo esta asignación realizada por consenso doctrinal.

<sup>112</sup> GARCIMARTÍN MONTERO, Regina. *Los medios de investigación tecnológicos en el proceso penal...* op.cit. p. 36.

<sup>113</sup> Para corroborar la relación entre estos dos principios rectores y el deber de motivación la autora recurre a la Exposición de Motivos de la LO 13/2015: "La reforma ha considerado adecuado no abandonar los aspectos formales de la solicitud y del contenido de la resolución judicial habilitante. La práctica forense no es ajena a casos de solicitudes policiales y ulteriores resoluciones judiciales que adolecen de un laconismo argumental susceptible de vulnerar el deber constitucional de motivación. A evitar ese efecto se orienta la minuciosa regulación del contenido de esa solicitud, así como de la resolución judicial que en su caso habilite la medida de injerencia." CASTILLEJO MANZANARES, Raquel. "Algunas de las cuestiones que plantean las diligencias de investigación tecnológica". *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*. 2017, Nº 45, p. 7.

ante el riesgo de expansión que tiene todo lo que es excepcional, impidiendo que las diligencias tecnológicas se conviertan en abusos de poder<sup>114</sup>.

### **2.2.5 Principio de proporcionalidad**

Finalmente, el principio de proporcionalidad funciona a la vez como corolario y aglutinador de los anteriores, y como última frontera frente a las injerencias ilegítimas. No es un principio informador exclusivo del ámbito de las medidas limitativas de derechos fundamentales, ni siquiera del proceso penal, sino que recorre todo el ordenamiento jurídico con auténtica virtualidad y significación. En efecto, la proporcionalidad es la vara de medir con la que debemos tomar la hechura de todas las actuaciones de los poderes públicos en un Estado de Derecho. Esta aspiración a la justa proporción no se refiere solo al equilibrio entre los intereses públicos perseguidos y los derechos afectados, sino que alcanza también a la necesaria correlación entre los medios empleados y los fines deseados<sup>115</sup>.

En el ámbito de las medidas limitativas de derechos, estas 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 resulte de su adopción para el interés público y de terceros. Si el sacrificio resulta excesivo, la medida debe considerarse inadmisibles, sin importar que satisfaga el resto de los presupuestos analizados<sup>116</sup>. Como vemos, se impone la ponderación entre dos intereses jurídicos contrapuestos, ya que a la necesaria tutela jurídica de los derechos fundamentales se enfrenta el interés público en la persecución del delito. Este último

---

<sup>114</sup> Así lo recuerda la STS nº 993/2016 de 12 enero de 2017 FJ. 6º (RJ 2017\2104): “De la nota de excepcionalidad se deriva que la intervención telefónica no supone un medio normal de investigación, ya que supone el sacrificio de un derecho fundamental, por lo que su uso debe efectuarse con carácter limitado. Por lo tanto, ni es tolerable la petición sistemática en sede judicial de esta autorización, ni menos se debe conceder de forma rutinaria. En la mayoría de los supuestos se estará en los umbrales de la investigación judicial, pero en todo caso debe acreditarse una previa y suficiente investigación policial que para avanzar necesita, por las dificultades del caso, una intervención telefónica.”

<sup>115</sup> El ATS de 11 abril 2011 (JUR 2011\126236) explica esta correlación: “En un Estado de Derecho el fin de la búsqueda de la verdad material no justifica cualquier medio, sino que son los medios normativizados con garantías constitucionales los que justifican y legitiman la verdad procesal obtenible. Los ciudadanos no asumen que la verdad se busca a cualquier precio. En los Estados constitucionales de Derecho, son los medios impregnados de garantías constitucionales los que legitiman los fines, y no a la inversa.”

<sup>116</sup> Esta formulación ya fue realizada por GONZÁLEZ-CUÉLLAR décadas antes de que el legislador recogiera el testigo e incorporase a la letra de la ley este principio de proporcionalidad o prohibición del exceso, ya presente antes de forma implícita en nuestras instituciones jurídicas. GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás. *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal...* op.cit. p. 225.

tendrá más peso cuanto más grave sea el delito investigado, ya que para justificar la afectación de un derecho, el valor del bien jurídico dañado por el delito debe tener una intensa protección por la ley<sup>117</sup>.

Para vertebrar la ponderación de ambos intereses en conflicto, la ley aporta una serie de criterios con los que medir la injerencia. De entre ellos destaca la gravedad del hecho, que evoca inevitablemente la gravedad de la sanción penal correspondiente<sup>118</sup>. Sin embargo, también se deben tener en cuenta la trascendencia social del hecho, el ámbito tecnológico de producción, la intensidad de los indicios existentes, y la relevancia del resultado perseguido con la restricción del derecho.

A estos parámetros orientadores se unen los criterios objetivos establecidos por el legislador para la apreciación de la proporcionalidad en el caso de ciertas medidas tecnológicas, como por ejemplo la limitación al ámbito de delitos de terrorismo o cometidos por una organización criminal. A pesar del intento del legislador de acotar la injerencia, se corre el peligro de caer en el automatismo de autorizar judicialmente la medida de investigación siempre que se encuentre dentro de uno de estos supuestos. Es decir, por debajo de ellos nunca se podrá acordar la medida, pero por encima de ellos también es posible que no se cumplan los parámetros de proporcionalidad. El juez deberá examinarlos igualmente aunque se trate de un delito previsto en el ámbito objetivo de la medida<sup>119</sup>.

---

<sup>117</sup> GARCIMARTÍN MONTERO expone que la injerencia en los derechos fundamentales de la persona que no es deseable, pero sí inevitable para la averiguación del hecho delictivo. Este conflicto exige el equilibrio y la ponderación, en definitiva una adecuada proporcionalidad ante la imposibilidad de atender de forma simultánea a la protección de ambos intereses. Por otra parte, la autora apunta el acierto del legislador al no utilizar la expresión “derechos del investigado”, ya que la medida puede también ir dirigida a un tercero relacionado con él, ajeno al delito o incluso a la víctima. Y aunque tuviera por objeto al investigado, esto no impide que se produzca una intromisión en las comunicaciones e intimidad de las demás personas que participen en conversaciones con el sujeto pasivo de la medida. Pues bien, quedan protegidos y contemplados los derechos de todo ciudadano que pueda estar afectado. GARCIMARTÍN MONTERO, Regina. *Los medios de investigación tecnológicos en el proceso penal...* op.cit. pp. 38 - 40

<sup>118</sup> Así, la STS nº 982/2016 de 11 enero de 2016 FJ. 2º (RJ 2017\225) razona que “el interés del Estado en la persecución de los hechos delictivos es directamente proporcional a la gravedad de estos, así que solo en este caso será adecuado el sacrificio de la vulneración de derechos fundamentales para facilitar su descubrimiento. En otro caso, el juicio de ponderación de los intereses en conflicto desaparecería si por delitos menores se generalizase un medio excepcional de investigación, que desembocaría en el generalizado quebranto de los derechos de la persona afectada sin justificación posible”.

<sup>119</sup> A esta crítica del automatismo se unen otras. Por ejemplo, no se entiende por qué el legislador no establece un límite objetivo de proporcionalidad común, en vez de imponerlo solo para medidas aleatorias, sin un criterio que justifique por qué unas sí y otras no. Esto puede dar lugar a situaciones incoherentes, donde, a causa del tipo de delito, sea posible utilizar una medida muy intrusiva pero no una moderada. Por otra parte, se permite interceptar comunicaciones o grabar imágenes y sonido del domicilio para delitos de a partir de tres años de prisión. Hay consenso en la doctrina de que este mínimo de pena es

Hay que destacar que la valoración de la proporcionalidad de la medida ha de realizarse *ex ante*, es decir, a la luz de los datos de los que el órgano judicial dispone hasta ese momento. De realizar la valoración *ex post*, una vez practicada la medida, se estaría subordinando la valoración de la licitud de la injerencia al éxito o fracaso de su resultado, lo cual es inaceptable ya que invierte la máxima ya enunciada de que el fin no justifica los medios<sup>120</sup>. Y es que por mucho que la investigación de un delito pueda verse beneficiada, no debemos olvidar que se trata de técnicas con un potencial lesivo inusitado, que utilizadas sin las oportunas cautelas darían pie a intervenciones del Estado arbitrarias y abusivas en la vida de sus ciudadanos<sup>121</sup>.

### **3 LA AUTORIZACIÓN JUDICIAL COMO GARANTÍA DE LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA**

#### **3.1 LA JUDICIALIDAD DE LA INJERENCIA COMO CONTROL DE SU LICITUD**

A continuación examinaremos cómo se garantiza que la injerencia en los múltiples derechos afectados sea legítima y proporcionada, a través de depositar en el juez la misión de ponderar los intereses en conflicto. Como dice GONZÁLEZ-CUÉLLAR, en materia de restricción de derechos los jueces no deben tener la última, sino la primera palabra<sup>122</sup>.

---

muy bajo, siendo posible realizar una gran injerencia en la libertad y privacidad por delitos que no tienen una correlativa gran gravedad.

Lo mismo sucede con la permisividad de las citadas medidas cuando el delito se ha cometido “a través de instrumentos informáticos o cualquier otra tecnología de la información o servicio de comunicación”. Este criterio es tan amplio y abstracto que abarca la mayor parte de los delitos, puesto que muchos pueden ser cometidos hoy en día a través de la red. Otro fallo de previsión es permitir las medidas para “investigar delitos contra menores de edad”, lo cual está pensado para delitos contra la indemnidad sexual. Pero al no concretarlo será legalmente lícito, por ejemplo, registrar remotamente un ordenador para investigar unas simples injurias contra un menor. GARCIMARTÍN MONTERO, Regina. *Los medios de investigación tecnológicos en el proceso penal...* op.cit. pp. 40 – 44.

<sup>120</sup> La STS nº 373/2017 de 24 mayo de 2017 FJ. 10º (RJ 2017\3305) resalta que “la obligada disociación del resultado finalmente obtenido de sus antecedentes, para analizar la adecuación de estos, considerados en sí mismos, al paradigma constitucional y legal de pertinencia en razón de la necesidad justificada, es precisamente lo que tiñe de dificultad la actividad de control jurisdiccional”.

<sup>121</sup> RODRÍGUEZ LAÍN, José Luis. “SITEL y principio de proporcionalidad en la intervención de comunicaciones electrónicas”. *Diario La Ley*. 2011, Nº 7689, p. 1. El autor ilustra el alcance de las nuevas tecnologías aplicadas a la investigación criminal: “En aras de la investigación de un delito grave podemos acceder innecesariamente a los más ignotos secretos íntimos de la persona investigada por tráfico de drogas y de aquellas personas que con ella contacten, sin tener absolutamente nada que ver con el objeto de la investigación: lo que compra, lo que lee, sus afinidades políticas y religiosas, las enfermedades que padece, su orientación sexual; y ello es algo que a todos nos debería preocupar seriamente.”

<sup>122</sup> GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás. *Proporcionalidad...* op.cit. p. 110.

### **3.1.1 Régimen jurídico de la resolución habilitante**

#### ***3.1.1.1 Solicitud de la medida y dictamen de la fiscalía***

La diligencia de investigación tecnológica será solicitada por la Policía Judicial o por el Ministerio Fiscal, o adoptada de oficio por el juez de instrucción, excluyendo en todo caso al acusador particular. A pesar de la necesaria rapidez con la que se debe acceder a la información clave, pues los vestigios digitales del delito pueden ser rápidamente alterados o destruidos<sup>123</sup>, la solicitud deberá cumplimentar una serie de requisitos de contenido que evidencian el sometimiento a parámetros objetivos no solo de la autorización judicial, sino también de la instancia anterior<sup>124</sup>. Previamente al examen judicial, deberá recabarse un informe de la fiscalía sobre la conveniencia de la injerencia. Su contenido no tiene carácter vinculante para el juez, sin perjuicio de los elementos valorativos sobre la necesidad de adopción de la medida<sup>125</sup>. Hecho esto, el juez cuenta con veinticuatro horas para resolver al respecto, plazo en exceso breve pero sin efectos previstos en la ley para su incumplimiento<sup>126</sup>.

#### ***3.1.1.2 Auto judicial acordando la medida***

En su papel de garante de los derechos e intereses en juego, el juez debe acreditar el cumplimiento de los principios rectores y la existencia de indicios delictivos, así como mencionar todos los extremos del alcance objetivo y subjetivo de la injerencia. De esta forma, la habilitación judicial viene a añadirse a la previa habilitación legal, asegurando

---

<sup>123</sup> Además de los vestigios, se persigue también la obtención en tiempo real de cualquier clase de información que circule por canales inalámbricos, incluso accediendo a datos almacenados en equipos electrónicos, lo cual aproxima las actuaciones policiales al *hacking* o intrusismo informático. En este sentido, la obtención y análisis de la prueba electrónica es crucial para la demostración de la culpabilidad del sospechoso. ORTIZ PRADILLO, Juan Carlos. *Problemas procesales de la ciberdelincuencia*. COLEX, Madrid, 2013, pp. 159 – 160.

<sup>124</sup> Sin embargo, la STC nº150/2006 de 22 mayo de 2006, FJ.3º (RTC 2006\150) señala que la previa identificación de los titulares de los dispositivos electrónicos a intervenir no es imprescindible para dar cumplimiento al alcance subjetivo de la medida, ya que esta se orienta precisamente a descubrir la identidad de los titulares. El tribunal considera que “esta exigencia resultaría desproporcionada por innecesaria para la plena garantía del derecho, y gravemente perturbadora para la investigación de delitos.”

<sup>125</sup> RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, Ana, *Intervención de las comunicaciones telefónicas y telemáticas y smartphones*, en: ASENCIO MELLADO, José María (Dir.), *Justicia penal y nuevas formas de delincuencia*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 165. En todo caso el dictamen del Ministerio Fiscal solo procede cuando la solicitud provenga de la Policía, y ante el silencio de la ley interpretamos que debe presentarse dentro del plazo de 24 horas para que el juez se pronuncie, sin perjuicio de la interrupción de este plazo para solicitar aclaraciones al respecto de la solicitud.

<sup>126</sup> SANTOS MARTÍNEZ, Alberto. *Medidas de investigación tecnológica en la instrucción penal*. Wolters Kluwer, Barcelona, 2017, pag. 82. Además, esta brevedad no se justifica por razones de urgencia ya que se trata del plazo general para todas las medidas, no necesariamente urgentes.

la supervisión *ex ante* de la limitación de derechos. El contenido del auto incidirá fundamentalmente en dos cuestiones: argumentar razones por las que se considera justificada la adopción; y ofrecer datos que permitan el control de la ejecución de la medida<sup>127</sup>.

Especialmente relevante es la delimitación de la duración de la medida para evitar su indefinición, ateniéndose a los límites máximos específicos de cada una, y no pudiendo superar en todo caso el tiempo máximo que dure la formación del sumario. Con antelación suficiente a la expiración del plazo concedido, podrá solicitarse la prórroga de la medida aportando un informe detallado de los resultados obtenidos, resolviendo al respecto en nuevo auto judicial motivado y condicionado a la subsistencia de las causas que justificaron la primera adopción<sup>128</sup>.

### **3.1.1.3 Control judicial posterior y deber de colaboración**

Como elemento novedoso, actualmente la adopción de una diligencia tecnológica implica el acuerdo automático del secreto de las actuaciones, sustanciándose en una pieza separada hasta su cese<sup>129</sup>. Una vez puesta en marcha la intervención, la unidad policial encargada debe informar al juez del desarrollo y los resultados de la medida, en la forma y con la periodicidad que este determine, y en todo caso al finalizar esta<sup>130</sup>. A tal efecto

---

<sup>127</sup> RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, Ana. *Intervención de las comunicaciones...* op.cit. p. 160. Particular interés tiene la extensión de la medida, ya que en base al principio de proporcionalidad muchas veces no estará justificada la intervención de todas las comunicaciones de un dispositivo electrónico. Al respecto, AIGE MUT advierte que la autorización judicial debe especificar los tipos de comunicación a interceptar en un smartphone, motivando cada una de manera individual debido a sus diferentes grados de privacidad. AIGE MUT, Belén, *La nueva diligencia de registro de dispositivos de almacenamiento masivo*, en: FUENTES SORIANO, Olga, *El proceso penal, cuestiones fundamentales*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 396. A esto se añade la conveniencia de no abordar la problemática del acopio de datos de tráfico no solo desde la óptica del derecho a la intimidad, sino también desde el derecho a la protección de datos personales o *habeas data*. GONZÁLEZ LÓPEZ, Juan José, *Utilización en el proceso penal de datos vinculados a las comunicaciones electrónicas recopilados sin indicios de comisión delictiva*, en: PEDRAZ PENALVA, Ernesto, *Protección de datos y proceso penal*. La Ley, Madrid, 2010, p. 355 – 373.

<sup>128</sup> La ley prevé el alargamiento continuo de ciertas medidas hasta un plazo máximo de dos años, lo cual puede generar cierta alarma social al crear la sensación en la ciudadanía de estar siendo “ciberespíados”. En cambio, sería más eficiente dejar la valoración del alargamiento de la prórroga al caso concreto y bajo la motivación judicial, en vez de ser un automatismo amparado en la ley. BUENO DE MATA, Federico. “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”. *Ars Iuris Salmanticensis crónica de legislación*. 2016, N°4, p. 3. Recuperado de: <https://revistas.usal.es/index.php/ais/article/view/14139/15453> a 17 de junio de 2020

<sup>129</sup> JAÉN VALLEJO, Manuel y PERRINO PÉREZ, Ángel Luis. *La reforma procesal penal de 2015*. Dykinson, Madrid, 2015, p. 175.

<sup>130</sup> RAYÓN BALLESTEROS, María Concepción. “Medidas de investigación tecnológica en el proceso penal: la nueva redacción de la Ley de Enjuiciamiento Criminal operada por la Ley Orgánica 13/2015”. *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*. 2019, N° 52, p. 187. Recuperado de:

se pondrán a su disposición las grabaciones íntegras realizadas, acompañadas de una transcripción de los pasajes de interés.

Por otra parte, a fin de facilitar la ejecución de la medida, la ley impone un deber de colaboración a todas las empresas o sujetos que proporcionan o gestionan servicios de las TICs, consistente en la obligación de conservación de los datos en un sistema informático para su posterior acceso por la policía una vez que el juez lo haya autorizado<sup>131</sup>. Este deber puede prolongarse durante un máximo de ciento ochenta días.

#### 3.1.1.4 Cese de la medida y destrucción de registros

El juez acordará el cese de la medida una vez transcurrido el plazo acordado, o antes incluso de este cuando, atendidas las circunstancias, deje de estar justificado el mantenimiento de la injerencia. Tras el cese se comunicará a las personas afectadas la práctica de la intervención, y se les entregará copia de las grabaciones si así lo pidieran<sup>132</sup>. Una vez concluido el procedimiento mediante resolución firme se ordenará el borrado de los registros obtenidos en la ejecución de la medida, conservando una copia bajo custodia del Letrado de la Administración de Justicia durante cinco años<sup>133</sup>.

---

<http://www.rcumariacristina.net:8080/ojs/index.php/AJEE/article/view/367/pdf> a 16 de junio de 2020. De esta forma se aúnan el garantismo y la eficacia, al poder el juez examinar el material íntegro siempre que lo estime oportuno pero agilizando la investigación gracias a la previa selección de fragmentos.

<sup>131</sup> En el caso de un registro de dispositivos de almacenamiento masivo también se puede ordenar a cualquier persona que conozca el funcionamiento del sistema informático o sus métodos de encriptación, que facilite la información necesaria para la investigación. También pueden ser obligados a colaborar en la instalación del *malware* espía que permitirá el registro remoto de equipos. VEGAS TORRES, Jaime, *Las medidas de investigación tecnológica*, en: CEDEÑO HERNÁN, Marina (Coord.), *Nuevas tecnologías y derechos fundamentales en el proceso*. Aranzadi, Madrid, 2017, pp. 45 – 46.

Respecto a esta última posibilidad, resulta de interés el interrogante planteado por RODRÍGUEZ LAÍN respecto si el deber de colaboración alcanza hasta obligar a fabricantes como Apple a confeccionar *softwares* específicos para permitir el desbloqueo de terminales incautados, actuando contra su propia política de garantizar la privacidad de los usuarios, con los perjuicios para su prestigio comercial que esto conllevaría. RODRÍGUEZ LAÍN, José Luis. “¿Podría un juez español obligar a Apple a facilitar una puerta trasera para poder analizar información almacenada en un iPhone 6?”. *Diario La Ley*. 2016, N° 8729, p. 7. Recuperado: [https://www.smarteca.es/myreader/SMTA5972\\_0000000\\_20160328000087290000?file>Name=content%2FDT0000231740\\_20160310.HTML&location=pi17&anchor=tBody&publicationDetailItem=SystematicIndex](https://www.smarteca.es/myreader/SMTA5972_0000000_20160328000087290000?file>Name=content%2FDT0000231740_20160310.HTML&location=pi17&anchor=tBody&publicationDetailItem=SystematicIndex) a 16 de junio de 2020.

<sup>132</sup> VEGAS TORRES, Jaime, *Las medidas de investigación...* op.cit. p. 46. No obstante, esta sensata regla puede eludirse cuando sea imposible de llevar a cabo, exija un esfuerzo desproporcionado o pueda perjudicar futuras investigaciones. Esta amplia formulación de excepciones podría conducir a no comunicar a los afectados la injerencia cuando la investigación arrojara como resultado la carencia de relevancia penal de los hechos. Así, paradójicamente, solo los investigados cuya participación delictiva se han confirmado tendrían acceso a conocer las diligencias adoptadas, quedando los demás indefensos ante eventuales irregularidades o abusos.

<sup>133</sup> CEDEÑO HERNÁN, Marina, *Las medidas de investigación tecnológica. Especial consideración de la captación y grabación de conversaciones orales mediante dispositivos electrónicos*,

### 3.1.2 Deber constitucional reforzado de motivación

Todas las resoluciones judiciales deben contar con una motivación que exprese en términos comprensibles las razones justificativas de una decisión, de manera que estas puedan ser conocidas por cualquier persona que tenga acceso a la resolución<sup>134</sup>. Se dará cumplimiento a este deber constitucional cuando la argumentación precedente a la decisión sea razonada, razonable y basada en criterios objetivos y generales, sin que esto implique una determinada extensión cuantitativa o una exhaustiva descripción del proceso intelectual<sup>135</sup>.

La exigencia de motivación se verá reforzada cuando la resolución judicial, en este caso un auto, trata cuestiones conexas con derechos fundamentales, ya que se reúnen en una misma garantía la protección a la tutela judicial efectiva y la protección al concreto derecho a limitar. Así, la motivación arbitraria o insuficiente de una diligencia tecnológica produciría a la vez la indefensión del investigado, la vulneración del art. 18 CE, y por añadidura la afectación de su presunción de inocencia en tanto que regla de tratamiento<sup>136</sup>. Y es que las singularidades impuestas por la evolución de las comunicaciones telemáticas demandan de nuestra jurisprudencia una atención renovada a la forma de concebir las exigencias de motivación, superando el anclaje histórico a un modelo desbordado por los avances tecnológicos<sup>137</sup>.

Además, no debería analizarse la suficiencia de la motivación solo desde la valoración de los indicios delictivos, sino también respecto a la cualidad y naturaleza de

---

en: CEDEÑO HERNÁN, Marina (Coord.), *Nuevas tecnologías y derechos fundamentales en el proceso*. Aranzadi, Madrid, 2017, p. 62.

<sup>134</sup> STS nº 594/2014 de 16 julio de 2014, FJ. 3º (RJ 2014\4535).

<sup>135</sup> Es decir, se debe explicitar en qué medida los hechos probados acreditan el cumplimiento de los requisitos exigidos por la ley. ZOCO ZABALA, Cristina. *Nuevas tecnologías y control de las comunicaciones*. Aranzadi, Pamplona, 2015, pp. 117 – 119.

<sup>136</sup> El ATS de 18 junio 1992, RJ.4º (RJ 1992\6102) dice: “a mayor trascendencia de la decisión, mayor exigencia si cabe respecto de la motivación”. Y la STS nº 222/2007 de 8 octubre de 2007, FJ.3º (RTC 2007\222) por su parte: “el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión no solo exige resoluciones judiciales motivadas, sino motivaciones concordantes con los supuestos en los que la CE permite la afectación de un valor superior”. En la misma línea, la STC nº 87/2000 de 27 marzo de 2000, FJ.6º (RTC 2000\87).

<sup>137</sup> MARCHENA GÓMEZ, Manuel. “La vulneración de derechos fundamentales por ministerio de la ley (a propósito del artículo 33 de la Ley General de Telecomunicaciones)”. *Diario La Ley*. 2011, Nº 7572, pp. 1 – 7. Como manifestación de esta motivación reforzada surge la prohibición de acordar medidas limitativas de derechos a través de providencias, siendo obligatorio el auto ya que solo este conlleva una motivación. Ahora contenida en la LECrim, fue previamente perfilada por la jurisprudencia tras un tira y afloja a favor (STC nº 181/1995 de 11 diciembre de 1995, FJ.5º (RTC 1995\181) y en contra (STC nº 123/2002 de 20 mayo de 2002, FJ.7º (RTC 2002\123)).

la información solicitada. Es decir, el órgano judicial ha de incluir un razonamiento justificando por qué es necesario que la injerencia llegue hasta tal extremo, deslindando los tipos de intervenciones según su intensidad en vez de tratarlos a todos por igual<sup>138</sup>. De esta manera, podemos afirmar que motivación judicial de la injerencia y principio de proporcionalidad vienen a ser dos maneras distintas de hablar de lo mismo<sup>139</sup>. Precisamente por ello la jurisprudencia y la ley han terminado por rechazar la práctica forense de la motivación por remisión a la solicitud policial de la medida, ya que esta insuficiencia argumentativa es susceptible de vulnerar el deber constitucional de motivación<sup>140</sup>.

### 3.1.3 La presunción de inocencia como el non plus ultra del *ius puniendi*

Para afirmar que la autorización judicial de la diligencia tecnológica supone una garantía pertinente de la presunción de inocencia, debemos unirnos a GIMENO SENDRA cuando recuerda que este derecho fundamental despliega sus efectos también en la fase instructora<sup>141</sup>, impidiendo que los actos limitativos de derechos puedan ser adoptados sin

---

<sup>138</sup> Lo contrario supone acordar de forma rutinaria y automática el acceso a todos los datos previstos para cesión legal, lanzando una suerte de “red de arrastre digital” no conforme con la debida ponderación de los intereses en juego. ORTIZ PRADILLO, Juan Carlos. *Problemas procesales...* op.cit. p. 225. En esta misma línea, se recuerda la imprescindible motivación reforzada de diligencias como la instalación de cámaras de grabación en el domicilio del investigado, sin la cual se corre el riesgo de vaciar de contenido material a la inviolabilidad del domicilio. RICHARD GONZÁLEZ, Manuel. “Conductas susceptibles de ser intervenidas por medidas de investigación electrónica. Presupuestos para su autorización”. *Diario La Ley*. 2016, N° 8808, p. 6. Recuperado de: [https://www.smarteca.es/my-reader/SMTA5972\\_00000000\\_20160721000088080000?fileName=content%2FDT0000236146\\_20160712.HTML&location=pi-33&anchor=I86TC0000035273&publicationDetailsItem=SystematicIndex](https://www.smarteca.es/my-reader/SMTA5972_00000000_20160721000088080000?fileName=content%2FDT0000236146_20160712.HTML&location=pi-33&anchor=I86TC0000035273&publicationDetailsItem=SystematicIndex) a 16 de junio de 2010.

<sup>139</sup> ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN, Pedro, *La motivación de la resolución que acuerda la investigación tecnológica*, en: ALONSO SALGADO, Cristina (Coord.), *El nuevo proceso penal sin Código Procesal Penal*. Atelier, Barcelona, 2019, p. 303 - 304. Se podría decir que la judicialidad de la medida es en realidad un principio rector más, derivado como los demás del principio de proporcionalidad.

<sup>140</sup> De esta voluntad proviene el minucioso contenido que el auto judicial debe observar. SANTOS MARTÍNEZ, Alberto. *Medidas de investigación...* op.cit. pp. 84 – 86. La técnica de motivación por remisión se justificaba por ser adoptada en una fase inicial de la investigación, donde la medida se destinaba precisamente a poder profundizar en ella. Además se consideraba redundante que el juez repitiera el contenido de la solicitud, dando por suficiente la motivación policial siempre y cuando integrara los elementos necesarios para realizar el juicio de proporcionalidad. Así lo mantuvo las STS n° 248/2012 de 12 abril de 2012, FJ.8° (RJ 2012\8195). En cambio, la STS n° 301/2013 de 18 abril de 2013, FJ.6° (RJ 2013\5014) nos advierte de que esta no es una técnica modélica, ya que la autorización judicial debería ser autosuficiente, siendo función exclusiva del juez motivar de forma exhaustiva y completa.

<sup>141</sup> No obstante, la doctrina constitucional que interpreta la presunción de inocencia ha sido extremadamente parca en reclamar su vigencia dentro de la instrucción, donde sus vulneraciones han sido de algún modo subsumidas en el derecho fundamental infringido (derecho a la libertad, inviolabilidad del domicilio, derecho de defensa, etc); centrándose exclusivamente en la actividad probatoria y su libre valoración. GIMENO SENDRA, Vicente, *El derecho y la presunción de inocencia*, en: GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás (Dir.) *Legalidad y defensa: garantías constitucionales del derecho y la justicia penal*. Castillo de Luna, Madrid, 2015, pp. 203 – 204.

la existencia previa de fundados motivos de participación del imputado en el hecho punible, y tras una resolución motivada donde se cumplan las exigencias del principio de proporcionalidad.

Partiendo de este presupuesto, resulta imposible e incoherente con los parámetros garantistas de nuestro proceso penal mantener otra postura. Así pues, la figura del juez adopta una naturaleza garantista para supervisar dos aspectos: que la injerencia en los derechos contenidos en el art. 18 CE sea legítima según los parámetros vistos; y que a la vez mantenga la plena virtualidad y valía de la presunción de inocencia.

Y es que más allá de todo beneficio para el esclarecimiento de los hechos punibles, la presunción de inocencia debe permanecer íntegra y respetada, única manera de seguir considerando al proceso penal como el instrumento democrático para la resolución de conflictos públicos<sup>142</sup>. Optar por un planteamiento diferente implica dar rienda suelta al *ius puniendi*, situando el debate más allá del Estado de Derecho, allí donde no deberíamos volver nunca más. Para salvaguardar la piedra de toque del proceso penal y asegurar la eficacia de la investigación, GÓMEZ COLOMER nos dice que se deberá equilibrar jurídicamente la lucha de ambas tensiones, casi siempre en desventaja inicial para el imputado, que es reputado inocente mientras no se demuestre lo contrario. A fin de mantener este equilibrio, no se puede permitir que un derecho fundamental sea vulnerado, ya que el Estado actuaría ilegítimamente quebrantando la Constitución<sup>143</sup>.

---

<sup>142</sup> De nada sirve encuadrar dogmáticamente el derecho a la presunción de inocencia dentro del juicio oral, concibiéndolo exclusivamente como el derecho del imputado a que sea practicada prueba suficiente de cargo, cuando durante la instrucción puede resultar muy seriamente afectada su eficacia si se adoptan graves medidas sin consideración de la probabilidad de participación del encausado en los hechos que fundamentarán la sentencia. GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás. *Proporcionalidad...* op.cit., p. 266.

<sup>143</sup> Por lo tanto, la ley hace depender su extensión y aplicabilidad, y con ello su eficacia, de su propio ajuste constitucional. El autor insiste, un poder ilimitado del Estado a través del uso de las nuevas tecnologías puede convertirlo en un vigilante supremo, una especie de “*Big Brother* orwelliano”, que pese a su intención de proteger la democracia precisamente logra lo contrario debido a su carácter autoritario y represor. Nos pregunta si es necesario para defender la democracia llevar la investigación al límite de lo exigible, o incluso transgredir sus fundamentos aunque sea mínimamente. ¿Es concebible que para satisfacer el fin legítimo de la persecución del delito se pierda el respeto a la presunción de inocencia? ¿Seguiríamos viviendo en una democracia, o habríamos socavado sin darnos cuenta sus más fundamentales cimientos? GÓMEZ COLOMER, Juan Carlos, *Proceso penal moderno e investigación del crimen, el problema del aumento del intervencionismo público*, en: DE LUIS GARCÍA, Elena (Coord.), *Justicia: ¿Garantías versus eficiencia?* Tirant lo Blanch, Valencia, 2019. Recuperado de: <https://biblioteca-tirant-com.unileon.idm.oclc.org/cloudLibrary/ebook/show/9788413364759#ulNotainformativaTitle> a 16 de junio de 2020, pp. 266 – 287.

## 3.2 LA EXIGENCIA DE INDICIOS RACIONALES DE CRIMINALIDAD

### 3.2.1 El juicio de imputación como presupuesto habilitante

La necesidad de sacrificar los derechos fundamentales del afectado por la medida solo puede justificarse a partir de la investigación de un hecho delictivo cuya objetiva gravedad haga de ese sacrificio el precio para el logro de un fin constitucionalmente legítimo. Para esto, es indispensable poner al alcance del juez una exposición detallada de indicios de criminalidad, cuya valoración será la que abra o cierre la puerta a la medida de injerencia<sup>144</sup>. Así pues, los elementos de hecho indispensables para realizar el juicio de proporcionalidad serán los indicios racionales, que por mandato de la ley deben ser expuestos en la solicitud policial, y examinados y valorados en la resolución judicial.

La misión de los indicios racionales es acreditar la existencia de un grado suficiente de imputación de un delito, es decir, la presencia de razones objetivas que permitan afirmar la probabilidad de que el sujeto afectado por la medida ha cometido un delito. Únicamente la concurrencia de estos indicios legitima al Estado para rebasar en el desarrollo de la investigación el ámbito intangible de libertad e intimidad personales<sup>145</sup>.

GONZÁLEZ-CUÉLLAR extiende el ámbito de exigencia del juicio de imputación a todos los supuestos donde la LECrim se refiere al procesado como sujeto de medidas, subyaciendo la necesidad de indicios de criminalidad como presupuesto para acordar la injerencia<sup>146</sup>. Además, cuanto más restrictiva sea la medida, mayor grado de imputación debe reclamarse, no siendo suficiente con la mera alegación de la gravedad de los hechos presuntamente delictivos. De la misma manera, no es aceptable rebajar las

---

<sup>144</sup> MARCHENA GÓMEZ, Manuel y GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás. *La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en 2015...* op.cit. p. 237. Es cierto que el factum que integra el objeto del proceso nunca puede explicarse como una fotografía estática, ya que su delimitación se va perfilando de forma progresiva. Sin embargo, el núcleo fáctico del objeto de investigación debe dibujarse de forma que, más allá de los datos complementarios que arroje el desarrollo de la diligencia, los hechos mantengan una identidad sustancial.

<sup>145</sup> DELGADO MARTÍN, Joaquín. *Investigación tecnológica y prueba digital en todas las jurisdicciones...* op.cit. p. 370. En caso de conformarse con una exigencia menor para permitir la diligencia limitativa de derechos, el autor nos dice que se estaría otorgando a los órganos estatales una patente de curso para inmiscuirse en la vida privada de los ciudadanos.

<sup>146</sup> GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás. *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal...* op.cit. p. 368. No hay que olvidar que en el procedimiento abreviado, donde no existe auto de procesamiento, la única interpretación plausible es, igualmente, que solo se adoptarán medidas cautelares o de investigación limitativas de derechos cuando existan indicios racionales de criminalidad.

exigencias en el caso de delitos menos graves hasta aceptar meros rumores o sospechas subjetivas como juicio de imputación.

### **3.2.2 Menos que una certeza pero más que una sospecha**

Una vez establecida la necesaria presencia de indicios, es necesario definir el carácter de estos. Tradicionalmente han sido descritos como algo más que simples sospechas, pero algo menos que verdaderas pruebas<sup>147</sup>. Así pues, son sospechas objetivadas que cuentan con cierto fundamento identificable y susceptible de ulterior contraste, apoyando tanto la existencia misma del hecho investigado como la relación con la persona afectada por la medida<sup>148</sup>.

Precisamente es la posibilidad de verificación lo que distingue a los indicios de las meras hipótesis subjetivas, ya que estos deben poder ser comunicables con el mínimo de concreción necesaria para que la afirmación relativa a los hechos punibles pueda ser sometida a un control intersubjetivo de racionalidad y plausibilidad. Por ello, los golpes de intuición pueden ser útiles como punto de partida en otras formas de investigación con menor impacto en la esfera íntima del sujeto pasivo, pero no pueden ser el fundamento de una injerencia<sup>149</sup>.

### **3.2.3 El dato objetivo como base del indicio**

Para razonar la presencia de indicios acreditativos, ni la solicitud policial ni la resolución habilitante pueden limitarse a afirmar la existencia de unos presuntos hechos delictivos. En cambio, estos indicios deben traducirse en el plano técnico en datos objetivos que sirvan de base a la imputación objetiva; especialmente teniendo en cuenta

---

<sup>147</sup> Así, la STC nº 135/1989 de 19 julio de 1989, FJ.2º (RTC 1989\135) expone que la apreciación de los indicios racionales de criminalidad no supone un juicio condenatorio, pero sí algo más fuerte que una posibilidad y más débil que la certeza sobre la participación en el delito. Como representante de una nutrida jurisprudencia, la STS nº 250/2014 de 14 de marzo de 2014, FJ. 2º (RJ 2014\3836) reitera que los indicios son más que meras sospechas pero menos que los indicios racionales exigidos para el procesamiento.

Por su parte, la STS nº 811/2015 de 9 diciembre de 2015, FJ.1º (RJ 2015\5420) señala cómo en multitud de ocasiones el Alto Tribunal ha señalado que “no debe confundirse la necesidad de datos justificativos de la alta probabilidad acerca de la real existencia de la comisión del delito investigado con la presentación de verdaderas pruebas acreditativas de este, que, con su existencia, harían innecesaria la propia diligencia.”

<sup>148</sup> Así lo expresa la STS nº 393/2012 de 29 de mayo de 2012, FJ.2º (RJ 2012\6565), rechazando las conjeturas con mayor o menor fundamento y las meras afirmaciones apodícticas.

<sup>149</sup> LÓPEZ-BARAJAS PEREA, Inmaculada. “Garantías constitucionales en la investigación tecnológica del delito: previsión legal y calidad de ley”...op.cit. pp. 108 – 110. El indicio es un hecho que por sí mismo o junto con otros ha de ser suficiente para llegar a la conclusión de la existencia de otro hecho que puede ser constitutivo de delito.

que está en juego la afectación de derechos fundamentales, que solo puede ser lícita y proporcionada<sup>150</sup>. Estos hechos indiciarios deben existir por sí mismos, sin que sea posible basar la adopción de la medida en la propia presunción del indicio<sup>151</sup>. Es decir, la existencia de un presunto delito no puede ser a su vez indicio de realidad y realidad afirmada, ya que este es un argumento tautológico no apto para acordar una medida de injerencia.

Tampoco será suficiente la mera afirmación de la existencia de una investigación policial previa, sin especificar en qué consiste o cuál ha sido su resultado, por muy provisional que sea. Por supuesto, los datos que conecten al sujeto pasivo de la medida con los hechos punibles no pueden responder a valoraciones sobre su persona, conducta, antecedentes penales o comportamiento previo<sup>152</sup>.

Los datos objetivos sobre los que deben fundarse los indicios deben tener un doble sentido. En primer lugar, deben ser accesibles a terceros, sin lo que no serían susceptibles de control; y en segundo lugar, han de proporcionar una base real de la que pueda inferirse la actual o cercana comisión del delito. Esta mínima exigencia resulta indispensable desde la perspectiva de los derechos fundamentales, ya que si estos pudieran afectarse sobre la base de meras hipótesis subjetivas quedarían vacíos de contenido<sup>153</sup>.

---

<sup>150</sup> RICHARD GONZÁLEZ, Manuel. *Investigación y prueba mediante medidas de intervención de las comunicaciones...* op.cit. pp. 78 – 83. Solo mediante una justificación racional satisfactoria se asegura la legitimidad de la injerencia, impidiendo investigaciones genéricas para prevenir o descubrir delitos, o despejar sospechas sin base objetiva.

<sup>151</sup> La STC nº 197/2009 de 28 septiembre de 2009, FJ.4º (RTC 2009\197) explica que la idea de dato objetivo indiciario tiene que ver con la fuente de conocimiento del presunto delito, cuya existencia puede ser conocida a través de ella. De aquí que el hecho en que el presunto delito puede consistir no pueda servir como fuente de conocimiento de su existencia. La fuente de conocimiento y el hecho conocido no pueden ser la misma cosa.

<sup>152</sup> Buen ejemplo es la STS nº 1093/2010 de 30 diciembre de 2010, FJ.4º (RJ 2011\1436), que reprende a la unidad policial que presentó como indicios justificativos de unas escuchas telefónicas la “mera condición de los investigados de ciudadanos con nacionalidad colombiana, de quienes sin rubor se predica que son personas acostumbradas a desenvolverse dentro del mundo del tráfico ilícito de drogas, al ser su país de origen uno de los principales productores de cocaína a nivel mundial”. El Alto Tribunal es tajante al decir que “a menos que se confiera solvencia ética y lógica a los juicios expresados en el oficio policial, tal aserto y lógica argumental podría conducir a políticas sobre movimientos de ciudadanos difícilmente soportables en una sociedad democrática.”

<sup>153</sup> STS nº 404/2016 de 11 mayo de 2016 FJ.4º (RJ 2016\2006). Estos dos rasgos diferencian a las sospechas objetivadas de las sospechas subjetivas basadas en circunstancias meramente anímicas. En este mismo sentido, encontramos las sentencias STC nº 49/1999 de 5 abril de 1999, FJ. 8º (RTC 1999\49); STS nº 490/2014 de 17 junio de 2014, FJ.2º (RJ 2014\4233); STC nº 14/2001 de 29 enero de 2001, FJ.5º (RTC 2001\14); y STC nº 220/2006 de 3 julio de 2006, FJ.3º (RTC 2006\220).

### **3.2.4 Valoración judicial ex ante de los indicios**

Si bien es relevante la fundamentación indiciaria presentada por la Policía Judicial en su solicitud, la valoración sobre la suficiencia de los indicios no puede descansar exclusivamente sobre los agentes policiales. No basta con que estos afirmen tener sospechas fundadas o exterioricen sus deducciones para que el juez las asuma acríticamente. La constatación de la solidez de estas, sopesando su nivel de probabilidad, es parte esencial del proceso discursivo y valorativo que debe realizar el juez antes de conceder la autorización<sup>154</sup>. La mención en la habilitación judicial de los indicios objetivos concurrentes es imperativa y determinante de la constitucionalidad de la injerencia<sup>155</sup>, así que no podrá convalidarse *a posteriori*, ni siquiera aunque el éxito de la medida confirmara que las impresiones no contrastadas eran efectivamente indicios. Y es que hacer depender la licitud de la medida de su resultado, como ya hemos dicho más veces, no es aceptable<sup>156</sup>.

## ***3.3 EL JUICIO DE PROPORCIONALIDAD EN SENTIDO ESTRICTO***

### **3.3.1 Notas esenciales sobre su funcionamiento**

Una vez aceptadas la idoneidad y necesidad de la medida, se determinará, mediante la utilización de técnicas de contrapeso de valores que ponderen los intereses del caso concreto, si el sacrificio de los intereses individuales que comporta la injerencia guarda relación razonable con la importancia del interés estatal que se trata de

---

<sup>154</sup> Así lo manifiesta la STS nº 106/2017 de 21 febrero de 2017, FJ.5º (RJ 2017\526), remarcando que no basta una intuición policial, sospechas más o menos vagas o deducciones basadas en confidencias. El juez debe efectuar un juicio ponderativo sobre la cualificación de los indicios que avalan las sospechas. Solo cuando estos sobrepasen la mera posibilidad estará justificada la injerencia. En el mismo sentido, la STS nº 974/2012 de 5 diciembre de 2012, FJ.3º (RJ 2013\217).

Esta misma sentencia nos explica en su FJ. 6º, que tampoco es pertinente que el juez ponga en cuestión los datos presentados por la solicitud judicial, abriendo una segunda investigación para confirmar su veracidad. Mientras no se acredite lo contrario, los datos policiales son ciertos y corresponden a una investigación lícita. “El escenario en esta fase investigadora es muy diferente al momento del juicio oral, donde sí se impone una duda metódica sobre todos los elementos de cargo. No es necesaria una mini instrucción previa judicial que siga a la policial y preceda a la injerencia.”

<sup>155</sup> La calidad de los indicios atañe al presupuesto habilitante de la medida, pero no a la proporcionalidad de esta. Así, la insuficiencia de indicios determina la exclusión de la medida por falta de una base mínimamente sólida para fundamentar la intervención, pero no por no haber superado el juicio de proporcionalidad. RODRÍGUEZ LAÍN, José Luis. “La interceptación de comunicaciones telefónicas y telemáticas en el Anteproyecto de reforma de la LECrim de 5 de diciembre de 2014”. *Diario La Ley*. 2015, Nº8465, pp. 1356 – 1360.

<sup>156</sup> Así lo recuerda la STS nº 689/2016 de 27 julio de 2016, FJ.1º (RJ 2016\3927), como ejemplo de una consolidada jurisprudencia que sanciona la evaluación de la pertinencia de la medida en un juicio *ex post*.

salvaguardar<sup>157</sup>. Si el sacrificio resulta excesivo, la medida deberá considerarse inadmisibile, aunque satisfaga el resto de presupuestos y requisitos derivados del principio de proporcionalidad en sentido extenso.

Pese a enmarcarse en el concepto más amplio de la prohibición de exceso, la proporcionalidad se caracteriza por la operación lógico-valorativa del juicio ponderativo de intereses en conflicto, los cuales encarnan valores de nuestro ordenamiento jurídico. Además, este juicio no se rodea de un panorama jurídico abstracto, sino que se inscribe en un contexto de necesaria correlación entre los medios utilizados y los fines perseguidos<sup>158</sup>. Dicho esto, hay que tener en cuenta que los valores no se enfrentan en situación de igualdad, sino que debemos partir de la especial relevancia del valor libertad, consagrado constitucionalmente como valor superior.

Ahora bien, para mejor entender el funcionamiento de este principio debemos circunscribirlo al proceso penal, siendo posible afirmar que en cierto sentido la evolución de este a lo largo de la historia se ha producido como consecuencia de la formación y transformación del principio de proporcionalidad<sup>159</sup>. Así, la proporcionalidad ha llegado a convertirse en el canon de legitimidad de toda restricción de derechos fundamentales o libertades públicas. En este sentido, el principio de proporcionalidad habrá de conformar siempre incondicionalmente el perfil de la injerencia<sup>160</sup> en la esfera de la intimidad, ya

---

<sup>157</sup> GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás. *Proporcionalidad...op.cit.* pp. 225 – 228. El autor justifica la elección del término “proporcionalidad”, a pesar de su repetición, porque es aquí donde se analiza la puesta en relación de los valores a que atienden las normas para la resolución de conflictos, mediante el equilibrio de los intereses enfrentados. También nos advierte que esta repetición de términos desaparece en el Derecho Procesal alemán, de donde proviene el concepto, al denominar al principio de proporcionalidad “prohibición del exceso”. En todo caso, se debe rechazar la concepción meramente formal de la proporcionalidad, donde la mención abstracta de la ponderación diluye su funcionalidad. Al contrario, su contenido se conforma por el conjunto de intereses protegidos constitucionalmente en el caso concreto, los cuales pueden ser ordenados en una escala de preferencia gracias a criterios de medición.

<sup>158</sup> En este sentido, la STC nº 96/2012 de 7 mayo de 2012, FJ.10º (RTC 2012\96): “La desproporción entre el fin perseguido y los medios empleados pueden dar lugar a un enjuiciamiento desde la perspectiva constitucional, cuando esta falta de proporción implica un sacrificio excesivo e innecesario de los derechos garantizados por la CE . El principio de proporcionalidad, que incide en la actuación de los poderes públicos en ámbitos concretos de los derechos de la ciudadanía, es un canon derivado del valor justicia, del principio del Estado de Derecho, del principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, y de la dignidad de la persona.”

<sup>159</sup> ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN, Pedro. “Las nuevas medidas de investigación tecnológica y la enésima invocación al principio de proporcionalidad”. *Justicia Revista de Derecho Procesal*. 2018, Nº1, pp. 98 – 100. De hecho, la proporcionalidad proyecta su sombra a lo largo de los demás principios rectores recogidos en la LO 13/2015, e informa la concreta regulación de las medidas limitativas de derechos.

<sup>160</sup> ATS de 26 noviembre 2001, FJ.1º (JUR 2001\319823). Explicando el concepto y funcionamiento de la proporcionalidad en sentido estricto: STC nº 25/2011 de 14 marzo de 2011, FJ.3º

que supone la existencia de un correlato entre la medida, su duración, su extensión y las circunstancias del caso.

En última instancia, una ausencia de juicio ponderativo implicaría en todo caso una infracción de ley ordinaria, ya que la actual LO 13/2015 recoge el principio de proporcionalidad de forma inequívoca. Y aunque la ley no hiciera una referencia expresa a ello, se entiende igualmente imperativo en virtud de la interpretación de las normas a la luz de nuestra Constitución. Esto sin olvidar que, si por esta falta de proporción la medida vulnera los derechos del sujeto pasivo, también se habrá lesionado el precepto constitucional correspondiente<sup>161</sup>.

### **3.3.2 Ponderación de valores y colisión de intereses**

Más allá de los concretos derechos afectados por la investigación tecnológica, cuyo objetivo es el esclarecimiento del delito, encontramos dos intereses en conflicto. En primer lugar, el interés estatal está representado por el *ius puniendi*, cuya finalidad en un Estado de Derecho consiste en asegurar la tutela eficaz de los bienes jurídicos constitucionalmente protegidos. Por lo tanto, solo tiene legitimidad democrática cuando la persecución penal sirve a esta aspiración, encarnada en un proceso penal que dote al Estado de un cauce preestablecido para la protección de los valores recogidos en el Derecho Penal. En segundo lugar, el interés individual está representado por el *ius libertatis* de la ciudadanía, entendido como el pleno disfrute de sus derechos. Este también debe ser protegido por las normas procesales, ya que interpretadas desde el punto de vista de la justicia procesal no son simples instrumentos neutros al servicio de la pretensión punitiva del Estado<sup>162</sup>. Estos dos valores constitucionales deberán ponderarse en atención a las circunstancias del caso concreto, para hallar en último lugar la solución más proporcionada, es decir, aquella que mantenga simultáneamente la eficacia y el respeto de ambos extremos. En orden a este equilibrio, el sacrificio del *ius libertatis* nunca puede ser superior al correlativo beneficio del *ius puniendi*.

Formulado esto y volviendo al terreno de la investigación tecnológica, pocas técnicas han levantado tantas dudas sobre su proporcionalidad como el uso del SITEL,

---

(RTC 2011\25); STC n° 206/2007 de 24 septiembre de 2007, FJ.6° (RTC 2007\206); y STC n° 25/2005 de 14 febrero de 2005, FJ.6° (RTC 2005\25).

<sup>161</sup> GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás. *Proporcionalidad...*op.cit. pp. 275 – 280.

<sup>162</sup> GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás. *Proporcionalidad...*op.cit. pp. 243 - 251

sistema remoto que permite la interceptación de ilimitada de todos los tipos de telecomunicaciones y sus datos asociados, sin conocimiento del sujeto afectado<sup>163</sup>. Evidentemente, este instrumento encarna la potencialidad de la injerencia del Estado en la esfera privada de los ciudadanos, que no hará sino aumentar en el futuro tecnológico que nos espera. Así pues, su proporcionalidad queda en entredicho al limitar ampliamente el *ius libertatis*, sin perjuicio de la eficacia que reporte a la persecución penal. Ponderando ambos aspectos podemos concluir que el uso del SITEL solo será constitucional cuando se cumplan estrictamente las garantías formales y materiales previstas en la ley a fin de asegurar su control<sup>164</sup>.

Otra práctica que puede suscitar recelos de su proporcionalidad consiste en prescindir de la autorización judicial de una diligencia tecnológica ante razones de urgencia y necesidad que obligan a la policía a intervenir inmediatamente, controlando el juez *a posteriori* la legitimidad de la injerencia. Esta posibilidad se encuentra prevista por la ley para supuestos concretos, pero en la práctica resulta problemático determinar, por parte de los agentes policiales y sobre la marcha, cuándo se está ante una urgencia justificada<sup>165</sup>. La constatación *ex post* de una ausencia de urgencia o falta de respeto a la proporcionalidad, suponen la conversión de la injerencia en una vulneración del derecho en juego, conduciendo a la ilegalidad de las pruebas obtenidas de esta manera<sup>166</sup>. Este es

---

<sup>163</sup> GONZÁLEZ LÓPEZ, Juan José, *Intervención de comunicaciones: nuevos desafíos, nuevos límites*, en: PEREZ GIL, Julio, *El proceso penal en la sociedad de la información*. La Ley, Madrid, 2012, pp. 149 – 155. Más allá de las múltiples posibilidades de injerencia que ofrece el SITEL, el factor más preocupante es la ligereza con que es susceptible de utilizarse, acordando sin mayor ponderación o individualización el acceso a todos los datos posibles, aunque muchas veces no sean pertinentes. Pese a ello, la STS nº250/2009 de 13 marzo de 2009, FJ.1º (RJ 2009\2821) lo describe como la respuesta a la necesidad de articular un mecanismo moderno, automatizado, simplificador y garantista.

<sup>164</sup> VIDAL MARÍN, Tomás y RUIZ DORADO, María. “Análisis de la constitucionalidad del SITEL. Breves consideraciones a partir de la Ley Orgánica 13/2015, de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal”. *Revista Aranzadi Doctrinal*. 2016, Nº 9, pp. 20 - 25. Recuperado de: [https://insignisaranzadidigitales.unileon.idm.oclc.org/maf/app/document?srguid=i0ad82d9a00000172a9ba91edb02e7882&marginal=BIB\2016\4915&docguid=I04d2e4808a9c11e6a4f701000000000&ds=ARZ\\_LEGIS\\_CS&infotype=arz\\_biblos;&spos=1&epos=1&td=0&predefinedRelationshipsType=documentRetrieval&fromTemplate=&suggestScreen=&&selectedNodeName=&selec\\_mod=false&displayName=a 12](https://insignisaranzadidigitales.unileon.idm.oclc.org/maf/app/document?srguid=i0ad82d9a00000172a9ba91edb02e7882&marginal=BIB\2016\4915&docguid=I04d2e4808a9c11e6a4f701000000000&ds=ARZ_LEGIS_CS&infotype=arz_biblos;&spos=1&epos=1&td=0&predefinedRelationshipsType=documentRetrieval&fromTemplate=&suggestScreen=&&selectedNodeName=&selec_mod=false&displayName=a 12) de junio de 2020. Para poder cumplir en la práctica judicial las garantías exigidas, en primer lugar estas deben estar contempladas con todo el detalle y claridad necesarios en la norma legal, de manera que cualquier laguna legal o disposición ambigua suponen una quiebra de la legalidad del SITEL.

<sup>165</sup> La STC nº 70/2002 de 3 abril de 2002, FJ.10º (RTC 2002\70) se muestra partidaria de prescindir de la exigencia de monopolio jurisdiccional en determinados casos excepcionales, y con la suficiente habilitación legal que permita a la Policía Judicial llevar a cabo injerencias leves en la intimidad de las personas, siempre que estas respeten el principio de proporcionalidad y existan razones de urgencia y necesidad. Lo mismo considera la STS nº 493/2010 de 25 abril de 2010, FJ.2º (RJ 2010\4922).

<sup>166</sup> PLANCHADELL GARGALLO, A.: “Investigación penal y derecho a la intimidad personal: legitimidad de la injerencia”. *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*. 2017, Nº48, pp. 1 -12. Recuperado:<https://insignisaranzadidigitales.unileon.idm.oclc.org/maf/app/document?redirect=true&srgui>

el resultado inequívoco una vez que, si bien amparada por la ley, la actuación policial ha resultado ser excesiva en su lesión.

### 3.3.3 Criterios de medición del interés de persecución penal

Para medir el peso que los valores *ius puniendi* y *ius libertatis* tendrán en el caso concreto a ponderar, existen criterios que orientan la tarea. De ellos, los más relevantes son los que calibran el peso de la persecución penal, como nos indica la LO 13/2015 al referirse a la gravedad del hecho, su trascendencia social, el ámbito tecnológico de producción, los indicios existentes y la relevancia del resultado perseguido. Este catálogo de criterios queda reducido en GONZÁLEZ-CUÉLLAR a tres aspectos<sup>167</sup>.

En primer lugar, el criterio de la consecuencia jurídica se refiere a la lesividad de la pena derivada del delito imputado. Así, solo sería proporcionado aplicar medidas limitativas de derechos para delitos cuya pena sea grave. Ante este pronunciamiento surge la duda de qué estándar de gravedad establecer para permitir una injerencia, ya que la interpretación estrictamente penológica de la gravedad puede dejar en la impunidad a muchos delitos<sup>168</sup>.

Ante la dificultad de establecer un umbral mínimo de pena que justifique la injerencia, queda realizar un juicio abstracto de proporcionalidad en el caso concreto<sup>169</sup>,

---

[d=i0ad6adc600000172a9b0f4e61f966303&marginal=BIB\2017\43148&docguid=Iae2c2930c5bd11e792c01000000000&ds=ARZ\\_LEGIS\\_CS&infotype=arz\\_biblos;&spos=1&epos=1&td=0&predefinedRelationshipsType=documentRetrieval&fromTemplate=&suggestScreen=&&selectedNodeName=&selec\\_mod=false&displayName=#](https://www.boe.es/boe/consultas/consultas/legis/legis_detalle.asp?id=BOE-A-2020-11111) a 12 de junio de 2020. Por ejemplo, el acceso policial a un ordenador incautado sin previa autorización judicial dio lugar a pruebas de valoración prohibida, ya que no había urgencia justificativa, al no existir el riesgo de que el investigado destruyera los archivos delictivos; y la intervención fue más allá de comprobar meramente la veracidad de los hechos punibles, llevando a cabo un análisis completo de todo el contenido del ordenador.

<sup>167</sup> GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás. *Proporcionalidad...* op.cit. pp. 252 - 273

<sup>168</sup> PALOP BELLOCH, Melania. “Las nuevas medidas de investigación tecnológica”. *Revista Justicia*. 2017, N°2, p. 454. Así sucede con la actual legislación, que prevé el uso de ciertas diligencias tecnológicas cuando el delito tenga prevista una pena superior a tres años de prisión. Sin embargo, la mayoría de delitos telemáticos son calificados con una pena leve. A pesar de esto, resulta imperativo utilizar métodos tecnológicos para la investigación de estos, ya que al ser delitos informáticos es imposible esclarecer los hechos por las vías tradicionales. De hecho, en la práctica diaria las Brigadas de Investigación Tecnológica están especializadas en la investigación de amenazas, injurias y calumnias realizadas a través de Internet o de medios de comunicación informática. Aun así, delitos de pena no grave como puede ser el robo de un teléfono móvil, seguirían quedando excluidos del criterio de gravedad penal.

<sup>169</sup> BAHAMONDE BLANCO, Miriam. “Medidas de investigación tecnológica a la luz de los derechos fundamentales, una cuestión pendiente”. *Diario La Ley*. 2018, N° 9160, pp. 1 – 3 . Recuperado de: [https://www.smarteca.es/myreader/SMTA5972\\_00000000\\_20180316000091600000?fileName=content%2FDT0000264628\\_20180306.HTML&location=pi51&anchor=I609TC0000038975&publicationDetailsItem=SystematicIndex](https://www.smarteca.es/myreader/SMTA5972_00000000_20180316000091600000?fileName=content%2FDT0000264628_20180306.HTML&location=pi51&anchor=I609TC0000038975&publicationDetailsItem=SystematicIndex) a 16 de junio de 2020. En este sentido, la STS n° 740/2012 de 10 octubre de 2012, FJ.2° (RJ 2012\9473) : “Para valorar la gravedad no solo es preciso atender a la previsión legal de una pena de prisión grave, sino que además debe valorarse la trascendencia social del delito que se trata de

el cual puede concluir que es permisible la injerencia leve aunque el delito en cuestión no sea estrictamente grave, reconociendo mayor importancia a los demás criterios de medición. Parece que incluso sería posible ir más allá, realizando una injerencia grave incluso para delitos que el propio legislador no considera graves, en pos de evitar una impunidad generalizada, como en el caso de los delitos cometidos a través de Internet, imposibles de controlar sin diligencias tecnológicas<sup>170</sup>.

En último lugar, el criterio de la importancia de la causa penal incluye distintos factores con desigual legitimidad constitucional. Por ejemplo, no deberán tener el mismo peso la gravedad de los hechos y el interés social en el proceso, siendo conveniente suprimir o minimizar el peso de la alarma social por los claros problemas de legitimidad democrática que plantea. De lo contrario, ponderar una injerencia desde el punto de vista de qué reclama la sociedad puede fácilmente dar lugar a una intervención desproporcionada<sup>171</sup>. Y la protección del sistema democrático, enmarcado en un Estado de Derecho, no puede llevarse a cabo a través de actos de los poderes públicos que, precisamente, desconozcan o lesionen las garantías de los derechos fundamentales que el sistema reconoce y protege, como base de su correcto funcionamiento<sup>172</sup>.

---

investigar”. Siguiendo este criterio, las STS nº 265/2016 de 4 abril de 2016, FJ.6º (RJ 2016\1938), STS nº 938/2013 de 10 diciembre de 2013, FJ.1º (RJ 2014\331) y STC nº 299/2000 de 11 diciembre de 2000, FJ.2º (RTC 2000\299).

<sup>170</sup> BACHMAIER WINTER, Lorena, *Registro remoto de equipos informáticos en la Ley Orgánica 13/2015: algunas cuestiones sobre el principio de proporcionalidad*, en: CEDEÑO HERNÁN, Marina (Coord.), *Nuevas tecnologías y derechos fundamentales en el proceso*. Aranzadi, Madrid, 2017, p. 110. La autora propone esta valoración de la medida, inclinando la balanza a favor del fin legítimo de evitar la impunidad generalizada que convertiría a Internet en un territorio al margen de la ley. De esta manera, la prevalencia del interés público quedaría justificado, pero reconoce que no se trata de una perspectiva exenta de controversias.

<sup>171</sup> Resulta muy dudoso desde el punto de vista constitucional que la persecución penal pueda quedar a merced de parámetros como el interés público en el rápido castigo del culpable o la alarma producida por los hechos. De nada sirve enmascarar el ánimo de vindicta social apelando al interés público en la defensa del ordenamiento jurídico, el éxito del proceso o la obtención de una sentencia judicial. Por otro lado, las exigencias de participación de los ciudadanos en la Justicia penal a través del transvase al proceso de sentimientos colectivos de alarma, lejos de sintonizar con las legítimas preocupaciones de una sociedad democrática, recuerdan más bien a las coartadas que históricamente se han utilizado para dotar de falsa apariencia de legitimidad a arbitrarias actuaciones del Estado, que no responden más que a intereses parciales de ciertos sectores sociales o quizás incluso a sentimientos de masas bien dirigidas. GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás. *Proporcionalidad...* op.cit. p. 259.

<sup>172</sup> STS nº 412/2015 de 30 junio de 2015, FJ.2º (RJ 2015\3442). También al respecto de la tendencia de la medida a un fin constitucional y proporcionado, la STS nº 101/2017 de 20 febrero de 2017, FJ.1º (RJ 2017\488).

## 4 CONCLUSIONES

### PRIMERA. LA IRRUPCIÓN DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS

Parece existir consenso al referirnos a los tiempos actuales como testigos de una revolución tecnológica, cuyos prodigios se extienden mucho más allá del ámbito jurídico. De hecho, es una revolución precisamente porque recorre todos los ámbitos de nuestra existencia, individual y compartida. La tecnología baja a nuestras acciones más rutinarias, sube a las esferas donde se determina el rumbo de nuestras sociedades, escala los obstáculos que antes creíamos insalvables, y en todas partes deja memoria de sí. No corresponde a este trabajo evaluar las consecuencias de semejante cambio de paradigma.

En este esfuerzo colectivo por suprimir el rasgo ficticio de la ciencia-ficción, cada uno de nosotros se adapta lo mejor posible a los nuevos vientos. Así ha hecho también la criminalidad. En consecuencia, la persecución penal ha tomado los mismos instrumentos de trabajo que la delincuencia, evitando que el desfase tecnológico redunde en la impunidad de los delitos. Esta es una nueva vuelta de tuerca en una misión amparada constitucionalmente, como es la protección de los bienes jurídicos más valorados por nuestra sociedad a través del Derecho Penal, y su plasmación práctica en el proceso penal.

### SEGUNDA. LA NECESARIA PUESTA AL DÍA NORMATIVA

En un principio el entusiasmo por los nuevos adelantos prácticos en la investigación penal hizo olvidar la inaplazable necesidad de adaptar las nuevas técnicas a los antiguos principios que guían un proceso penal democrático. Nótese la importancia de este orden de prelación, ya que son muchas las tentaciones de invertirlo, acomodando los principios inspiradores a las nuevas facultades de la investigación. Al fin y al cabo, estos operan como un dique de restricción para posibles excesos de los poderes públicos en su ejercicio del *ius puniendi*, y por lo tanto impiden que las TICs alcancen su máximo rendimiento en manos de los agentes policiales.

Finalmente, la reforma legislativa tan demandada vio la luz, llevando al Derecho Procesal Penal más allá de todo lo conocido hasta entonces. La catedral normativa que es el Derecho, construida a lo largo de siglos y celosa de su estabilidad, se comprometió con la renovación de algunos de sus cimientos precisamente para que nada cambiara. Y es que su deber es integrar en ella las transformaciones sociales, la evolución del conocimiento y el sentir de la época, pero siempre manteniendo el respeto y la vigencia

de los valores humanos que diferencian al Derecho de un simple sistema articulado de normas coactivas carente de legitimidad.

### **TERCERA. LA MAGNITUD DE LA INJERENCIA EN LA ESFERA DEL CIUDADANO**

Es habitual referirse a las nuevas tecnologías como una faceta de la investigación penal de gran intrusividad, y por lo tanto capaz de una lesión grave en los intereses de los ciudadanos. Sin embargo, hemos de convenir que la tecnología por sí misma no es un elemento peligroso ni de naturaleza opresiva. Al igual que el Derecho, y que el resto de conocimientos generados por el hombre, tan solo es un instrumento más en nuestras manos, apto para las peores y las mejores acciones. En consecuencia, nuestro recelo debe dirigirse más bien a los órganos judiciales y policiales que ostentan el *ius puniendi*, cuyas facultades se han visto optimizadas gracias a las nuevas técnicas de persecución de los delitos.

A mi juicio, el rasgo más reconocible de estas es que dan pleno acceso a los recovecos más íntimos del sujeto pasivo. Asumiendo la tediosa huella digital que cada uno de nosotros lastra a lo largo de años de uso de Internet y de dispositivos electrónicos, si se diera el caso todas nuestras interacciones digitales estarían a disposición de la investigación de turno. Paradójicamente, lo más preocupante es que tal red de arrastre abarca no solo lo pertinente y útil para el esclarecimiento de un delito, sino también multitud de detalles o circunstancias personales que no revelan nada de provecho, pero sí socavan la esfera de privacidad de todo ciudadano: gustos y preferencias, ideas políticas y religiosas, condición médica, orientación sexual, opiniones personales, hechos del pasado...El sujeto pasivo de tal injerencia se encuentra indefenso ante semejante poder estatal de intrusión.

### **CUARTA. LEGITIMIDAD SOLO EN UN ESTADO DE DERECHO**

Esta lesividad de que es capaz hoy en día el *ius puniendi* ha de compensarse con el oportuno engranaje de cautelas y limitaciones a su aplicación, propias de un Estado de Derecho. De no ser así, nos encontraríamos en un Estado de corte autoritario con la posibilidad de emplear métodos de investigación que provocan una mayor vulneración de los intereses individuales que beneficios reportan para el esclarecimiento del delito. Así por ejemplo, cabría el uso de medidas tecnológicas en base a la mera discreción de la policía, sin autorización supervisora de un órgano judicial ni la exigencia de indicios

objetivos de participación en el delito más allá de las intuiciones o sospechas. También sería posible el uso de cualquier diligencia sin prestar atención a su idoneidad para la investigación, su carácter excepcional o imprescindible, ni su correlación equilibrada entre la injerencia para el investigado y la utilidad para la investigación.

Como vemos, el binomio tecnología y ausencia de democracia tendría nefastos estragos en la sociedad, pervirtiendo la función legítima del *ius puniendi* en la ya conocida metáfora del *Big Brother* creada por Orwell en 1984. Lejos nos creemos del escenario orwelliano, porque están en vigor el imperio de la ley y el respeto a nuestra Constitución. Sin embargo, ninguno de los pilares que dan forma y sustento a las civilizaciones son tan pétreos que no sean susceptibles de ser transmutados o derribados. De todos es sabido que, aunque hayamos situado en las alturas de nuestro ordenamiento los términos *democracia* o *Estado de Derecho*, mantener su rango esencial depende de un compromiso continuamente renovado de los poderes públicos y la ciudadanía. Es esta la voluntad que lleva a regular la investigación tecnológica, adecuándola como hemos dicho a los principios que consideramos que deben inspirar las acciones del Estado.

#### **QUINTO. LEGALIDAD Y PROPORCIÓN PARA GARANTIZAR LOS DERECHOS DEL INVESTIGADO**

Valoro positivamente la actual normativa por la amplitud de sus previsiones, aunque irremediamente estas quedarán desfasadas conforme se avance en el desarrollo de la tecnología, alcanzando todavía mayores cotas de lesividad. Llegado este momento será necesario volver a emprender la reforma, evitando a toda costa cumplir la triste impresión popular de que el Derecho va un siglo por detrás de las necesidades presentes. Si las demás disciplinas y áreas de conocimiento se esfuerzan por llegar a tiempo a debates cruciales que determinarán la condición humana y su relación con la tecnología, nosotros no podemos llegar tarde a esta cita con el futuro.

De la actual cobertura jurídica destaco la previsión y calidad de ley tantas veces demandada por doctrina y jurisprudencia, para enmendar el déficit democrático de autorizar judicialmente medidas limitativas de derechos sin tener una base legal que contemple los supuestos, requisitos y circunstancias de tal injerencia. Qué menos puede exigir un ciudadano que saber cómo y cuándo se utilizarán estas técnicas, para atenerse a ello y despejar toda duda acerca de posibles arbitrariedades de los poderes públicos. Y, en última instancia, recurrir la medida alegando una desviación de la senda legal marcada.

El otro elemento indispensable, del cual sin duda se desligan de forma natural las demás garantías, es la proporcionalidad. Este parámetro de medición de nuestros actos subyace en toda pretensión de ordenación de una convivencia, y por descontado está presente en todas las ramas del Derecho. Su inclusión explícita como principio rector de la investigación tecnológica lo consagra como guía fundamental del juez en su importante misión de ponderar los intereses en conflicto, salvaguardando su equilibrio.

#### **SEXTA. ASEGURAR LA VIGENCIA DE LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA EN LA INSTRUCCIÓN TECNOLÓGICA**

Este nuevo y complejo panorama de la persecución penal debe ser puesto necesariamente en relación con el derecho fundamental de la presunción de inocencia. Resultaría incoherente, después de tanto mentar las bases del Estado de Derecho, no destacar la principal institución del proceso penal, llamada a ser el último valladar de las pretensiones ilimitadas del *ius puniendi*. Con una claridad meridiana, este derecho exige que toda persona sea considerada y tratada como inocente hasta que se demuestre lo contrario, lo cual sucederá a través de una sentencia condenatoria basada en una actividad probatoria de cargo suficiente y respetuosa con los derechos fundamentales. Hasta este momento ulterior, todo debe ser respeto a la presunción de inocencia, de manera que un trato del que se derive la consideración de culpable debe estar exhaustivamente justificado por los fines legítimos del proceso, como el esclarecimiento del delito o la evitación de la frustración del proceso e ineficacia de la eventual condena.

Por ello este trabajo propugna el respeto de la presunción de inocencia en la instrucción tecnológica, que de otra forma se vería socavada. Y es que es innegable que el empleo de una injerencia altamente intrusiva en la esfera privada del investigado, sin contar con los suficientes indicios que apunten a la participación delictiva y con las suficientes cautelas que guíen y limiten la diligencia, parte en origen de una presunción de culpabilidad, invirtiendo el modelo. Para evitar esta paulatina transmutación de paradigma procesal penal, como antes advertí, es necesario implementar una especial garantía. A mi modo de ver, esta es la autorización judicial de la medida, que debe asegurar el cumplimiento de todos los extremos exigidos para que la injerencia en los derechos del sujeto pasivo sea legítima. Por lo tanto, para que la presunción de inocencia permanezca incólume.

## **SÉPTIMA. CONCLUSIÓN FINAL**

Por último, solo queda por decir que las cuestiones jurídicas aquí tratadas tienen una clara vocación de futuro, por lo que el Derecho deberá volver sobre ellas para seguir debatiendo acerca de lo que debemos permitir o vetar en la investigación tecnológica de los delitos. Este pronóstico de continuo replanteamiento dialéctico parece en principio extenuante, pero es lo mejor que podemos hacer para mantener la vigencia de los fines constitucionales y la legitimidad de sus medios correlativos. Todo ello bajo la atenta vigilancia de la presunción de inocencia, hecha del material con que se hacen los sueños. En este caso, un sueño de democracia e imperio de la ley.

## 5 BIBLIOGRAFÍA

AIGE MUT, Belén, *La nueva diligencia de registro de dispositivos de almacenamiento masivo*, en: FUENTES SORIANO, Olga, *El proceso penal, cuestiones fundamentales*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN, Pedro, *La motivación de la resolución que acuerda la investigación tecnológica*, en: ALONSO SALGADO, Cristina (Coord.), *El nuevo proceso penal sin Código Procesal Penal*. Atelier, Barcelona, 2019.

ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN, Pedro. “Las nuevas medidas de investigación tecnológica y la enésima invocación al principio de proporcionalidad”. *Justicia Revista de Derecho Procesal*. 2018, N°1.

ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN, Pedro, *Ponderaciones judiciales en materia de prueba prohibida y garantías para la nueva investigación en el proceso penal*, en: GONZÁLEZ GRANDA, Piedad (Dir.), *Exclusiones probatorias en el entorno de la investigación y prueba electrónica*. Reus, Madrid, 2020.

ARMENTA DEU, Teresa. *Lecciones de Derecho Procesal Penal*. Marcial Pons, Madrid, 2016.

ASENCIO MELLADO, José María, *Presunción de inocencia y prueba indiciaria*, en: *Los principios del proceso penal*. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1992.

ASENCIO MELLADO, José María. *Derecho Procesal Penal*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

BACHMAIER WINTER, Lorena, *Registro remoto de equipos informáticos en la Ley Orgánica 13/2015: algunas cuestiones sobre el principio de proporcionalidad*, en: CEDEÑO HERNÁN, Marina (Coord.), *Nuevas tecnologías y derechos fundamentales en el proceso*. Aranzadi, Madrid, 2017.

BARONA VILLAR, Silvia. *Proceso penal desde la historia. Desde su origen hasta la sociedad global del miedo*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

CEDEÑO HERNÁN, Marina, *Las medidas de investigación tecnológica. Especial consideración de la captación y grabación de conversaciones orales mediante*

*dispositivos electrónicos*, en: CEDEÑO HERNÁN, Marina (Coord.), *Nuevas tecnologías y derechos fundamentales en el proceso*. Aranzadi, Madrid, 2017.

CORDÓN AGUILAR, Julio César. *Prueba indiciaria y presunción de inocencia en el proceso penal*. Instituto Vasco de Derecho Procesal, San Sebastián, 2012.

DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, *Presunción de inocencia, prueba de cargo y sentencia de conformidad*, en: GÓMEZ COLOMER, Juan Luis, *Prueba y proceso penal*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

DE LA OLIVA SANTOS, Andrés. *Derecho Procesal Penal* (con ARAGONESES MARTÍNEZ, Sara; HINOJOSA SEGOVIA, Rafael; MUERZA ESPARZA, Julio; y TOMÉ GARCÍA, José Antonio). Ramón Areces, Madrid, 2007.

DELGADO MARTÍN, Joaquín. *Investigación tecnológica y prueba digital en todas las jurisdicciones*. La Ley, Madrid, 2018.

DÍAZ MARTÍNEZ, Manuel, *El factor criminógeno de las TIC*, en: PEREZ GIL, Julio, *El proceso penal en la sociedad de la información*. La Ley, Madrid, 2012.

DÍAZ MARTÍNEZ, Manuel, *La captación y grabación de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos*, en: DÍAZ MARTÍNEZ, Manuel, *La nueva reforma procesal penal*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mercedes. *Prueba y presunción de inocencia*. Iustel, Madrid, 2005.

FUENTES SORIANO, Olga, *Comunicaciones telemáticas: práctica y valoración de la prueba*, en: FUENTES SORIANO, Olga, *El proceso penal, cuestiones fundamentales*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

GARCIMARTÍN MONTERO, Regina. *Los medios de investigación tecnológicos en el proceso penal*. Aranzadi, Pamplona, 2018.

GIMENO SENDRA, Vicente, *El derecho y la presunción de inocencia*, en: GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás (Dir.), *Legalidad y defensa: garantías constitucionales del derecho y la justicia penal*. Castillo de Luna, Madrid, 2015.

GIMENO SENDRA, Vicente. *Manual de Derecho Procesal*. Castillo de Luna, Madrid, 2018.

GÓMEZ ORBANEJA, Emilio. *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*. Bosch, Barcelona, 1947.

GÓMEZ SOLER, Eduardo, *La utilización de dispositivos técnicos de captación de la imagen, de seguimiento y de localización. Cuando la práctica forense no puede esperar*, en: DÍAZ MARTÍNEZ, Manuel, *La nueva reforma procesal penal*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

GONZÁLEZ LÓPEZ, Juan José, *Utilización en el proceso penal de datos vinculados a las comunicaciones electrónicas recopilados sin indicios de comisión delictiva*, en: PEDRAZ PENALVA, Ernesto, *Protección de datos y proceso penal*. La Ley, Madrid, 2010.

GONZÁLEZ LÓPEZ, Juan José, *Intervención de comunicaciones: nuevos desafíos, nuevos límites*, en: PEREZ GIL, Julio, *El proceso penal en la sociedad de la información*. La Ley, Madrid, 2012.

GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás. *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*. COLEX, Madrid, 1990.

JAÉN VALLEJO, Manuel y PERRINO PÉREZ, Ángel Luis. *La reforma procesal penal de 2015*. Dykinson, Madrid, 2015.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Aranzadi, Pamplona, 2009.

LÓPEZ GUERRA, Luis, *Presunción de inocencia, tutela judicial y motivación de sentencias penales*, en: *Los principios del proceso penal*. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1992.

LÓPEZ-BARAJAS PEREA, Inmaculada, *El derecho a la protección del entorno virtual y sus límites: el registro de los sistemas informático*, en: DÍAZ MARTÍNEZ, Manuel, *La nueva reforma procesal penal*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

MARCHENA GÓMEZ, Manuel y GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás. *La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en 2015*. Castillo de Luna, Madrid, 2015.

MARCHENA GÓMEZ, Manuel. “La vulneración de derechos fundamentales por ministerio de la ley (a propósito del artículo 33 de la Ley General de Telecomunicaciones)”. *Diario La Ley*. 2011, N° 7572.

MONTERO AROCA, Juan. *Derecho Jurisdiccional III* (con GÓMEZ COLOMER, Juan Luis; BARONA VILAR, Silvia; ESPARZA EIBAR, Iñaki; y ETXEBARRÍA GURIDI, José F.). Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

MONTERO AROCA, Juan. *Principios del proceso penal: una explicación basada en la razón*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.

MORENO CATENA, Víctor. *El proceso penal, Volumen III*. (con COQUILLAT VICENTE, Ángela; JUANES PECES, Ángel; DE DIEGO DÍEZ, Alfredo; y DE LA LLERA SUÁREZ BÁRCENA, Emilio). Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

MORENO CATENA, Víctor y CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín. *Derecho Procesal Penal*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

ORTIZ PRADILLO, Juan Carlos, *Desafíos legales de las diligencias de investigación tecnológica*, en: FUENTES SORIANO, Olga, *El proceso penal, cuestiones fundamentales*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

ORTIZ PRADILLO, Juan Carlos, *Nuevas medidas tecnológicas de investigación criminal para la obtención de la prueba electrónica*, en: PEREZ GIL, Julio, *El proceso penal en la sociedad de la información*. La Ley, Madrid, 2012.

ORTIZ PRADILLO, Juan Carlos. *Problemas procesales de la ciberdelincuencia*. COLEX, Madrid, 2013.

ORTIZ PRADILLO, Juan Carlos, *El impacto de la tecnología en la investigación penal y en los derechos fundamentales*, en: GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás, *Problemas actuales de la justicia penal*. COLEX, Madrid, 2013.

ORTIZ PRADILLO, Juan Carlos, *Investigación policial sobre dispositivos y control judicial en la reforma de la justicia penal*, en: GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás (Dir.), *Legalidad y defensa: garantías constitucionales del derecho y la justicia penal*. Castillo de Luna, Madrid, 2015.

PALOP BELLOCH, Melania. “Las nuevas medidas de investigación tecnológica”. *Revista Justicia*. 2017, N°2.

PÉREZ CAPELLA, Miguel, *El principio de presunción de inocencia*, en: *Los principios del proceso penal*. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1992.

RAMOS MÉNDEZ, Francisco. *Enjuiciamiento Criminal: Duodécima lectura constitucional*. Atelier, Barcelona, 2016.

RICHARD GONZÁLEZ, Manuel. *Investigación y prueba mediante medidas de intervención de las comunicaciones, dispositivos electrónicos y grabación de imagen y sonido*. La Ley, Madrid, 2017.

RIFÁ SOLER, José María. *El proceso penal práctico* (con VALLS GOMBAU, José F. y RICHARD GONZÁLEZ, Manuel). La Ley, Madrid, 2009.

RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, Ana. *Intervención de las comunicaciones telefónicas y telemáticas y smartphones*, en: ASECIO MELLADO, José María (Dir.), *Justicia penal y nuevas formas de delincuencia*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

RODRÍGUEZ LAÍN, José Luis, *Sobre el concepto de alcance de la medida de injerencia tecnológica en la Ley Orgánica 13/2015*, en: DÍAZ MARTÍNEZ, Manuel, *La nueva reforma procesal penal*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

RODRÍGUEZ LAÍN, José Luis. “SITEL y principio de proporcionalidad en la intervención de comunicaciones electrónicas”. *Diario La Ley*. 2011, Nº 7689.

RODRÍGUEZ LAÍN, José Luis. “La interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas en el Anteproyecto de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 5 de diciembre de 2014”. *Diario La Ley*. 2015, Nº 8465.

ROMERO ARIAS, Esteban. *La presunción de inocencia*. Aranzadi, Pamplona, 1985.

SANCHÍS CRESPO, Carolina, *La prueba en soporte electrónico*, en: GAMERO CASADO, Eduardo, *Las Tecnologías de la Información y de la Comunicación en la Administración de Justicia. Análisis sistemático de la Ley 18/2011 de 5 julio*. Aranzadi, Pamplona, 2012.

SANTOS MARTÍNEZ, Alberto. *Medidas de investigación tecnológica en la instrucción penal*. Wolters Kluwer, Barcelona, 2017.

VALIÑO CES, Almudena, *La actuación del agente encubierto en los delitos informáticos tras la Ley Orgánica 13/2015*, en: FUENTES SORIANO, Olga, *El proceso penal, cuestiones fundamentales*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

VÁZQUEZ SOTELO, José Luis, *La presunción de inocencia*, en: *Los principios del proceso penal*. Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 1992.

VÁZQUEZ SOTELO, José Luis. *Presunción de inocencia del imputado e íntima convicción del tribunal*. Bosch, Barcelona, 1984.

VEGAS TORRES, Jaime, *Las medidas de investigación tecnológica*, en: CEDEÑO HERNÁN, Marina (Coord.), *Nuevas tecnologías y derechos fundamentales en el proceso*. Aranzadi, Madrid, 2017.

VEGAS TORRES, Jaime. *Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal*. La Ley, Madrid, 1993.

VELASCO NÚÑEZ, Eloy. *Delitos tecnológicos: definición, investigación y prueba en el proceso penal*. Sepin, Madrid, 2016.

ZOCO ZABALA, Cristina. *Nuevas tecnologías y control de las comunicaciones*. Aranzadi, Pamplona, 2015.

## 6 WEBGRAFÍA

BAHAMONDE BLANCO, Miriam. “Medidas de investigación tecnológica a la luz de los derechos fundamentales, una cuestión pendiente”. *Diario La Ley*. 2018, N° 9160. Recuperado de:

[https://www.smarteca.es/myreader/SMTA5972\\_00000000\\_20180316000091600000?fileName=content%2FDFT0000264628\\_20180306.HTML&location=pi51&anchor=I609TC0000038975&publicationDetailsItem=SystematicIndex](https://www.smarteca.es/myreader/SMTA5972_00000000_20180316000091600000?fileName=content%2FDFT0000264628_20180306.HTML&location=pi51&anchor=I609TC0000038975&publicationDetailsItem=SystematicIndex) a 16 de junio de 2020.

BUENO DE MATA, Federico. “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”. *Ars Iuris Salmanticensis crónica de legislación*. 2016, N°4. Recuperado de:

<https://revistas.usal.es/index.php/ais/article/view/14139/15453> a 17 de junio de 2020.

CASTILLEJO MANZANARES, Raquel. “Algunas de las cuestiones que plantean las diligencias de investigación tecnológica”. *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*. 2017, N° 45. Recuperado de:

[https://insignisaranzadidigitales.unileon.idm.oclc.org/maf/app/document?redirect=true&srguid=i0ad82d9b00000172a33ef6f1febcd55f&marginal=BIB\2017\789&docguid=I972dfc7003a511e7b68e01000000000&ds=ARZ\\_LEGIS\\_CS&infotype=arz\\_biblos;&spos=1&epos=1&td=0&predefinedRelationshipsType=documentRetrieval&fromTemplate=&suggestScreen=&&selectedNodeName=&selec\\_mod=false&displayName=](https://insignisaranzadidigitales.unileon.idm.oclc.org/maf/app/document?redirect=true&srguid=i0ad82d9b00000172a33ef6f1febcd55f&marginal=BIB\2017\789&docguid=I972dfc7003a511e7b68e01000000000&ds=ARZ_LEGIS_CS&infotype=arz_biblos;&spos=1&epos=1&td=0&predefinedRelationshipsType=documentRetrieval&fromTemplate=&suggestScreen=&&selectedNodeName=&selec_mod=false&displayName=) a 12 de junio de 2020.

GÓMEZ COLOMER, Juan Carlos, *Proceso penal moderno e investigación del crimen, el problema del aumento del intervencionismo público*, en: DE LUIS GARCÍA, Elena (Coord.), *Justicia: ¿Garantías versus eficiencia?* Tirant lo Blanch, Valencia, 2019. Recuperado de:

<https://bibliotecatirantcom.unileon.idm.oclc.org/cloudLibrary/ebook/show/9788413364759#ulNotainformativaTitle> a 16 de junio de 2020.

LÓPEZ-BARAJAS PEREA, Inmaculada. “Garantías constitucionales en la investigación tecnológica del delito: previsión legal y calidad de ley”. *Revista de Derecho Político*. 2017, N° 98. Recuperado de:

<http://revistas.uned.es/index.php/derechopolitico/article/view/18652/15648> a 16 de junio de 2020.

NIEVA FENOLL, Jordi. “La razón de ser de la presunción de inocencia.” *InDret Revista para el Análisis del Derecho*. 2016, N°1. Recuperado de:

<https://www.raco.cat/index.php/InDret/article/view/305701/395579> a 16 de junio de 2020.

PLANCHADELL GARGALLO, Andrea. “Investigación penal y derecho a la intimidad personal: legitimidad de la injerencia”. *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*. 2017, N°48. Recuperado de:

[https://insignisaranzadidigitales.unileon.idm.oclc.org/maf/app/document?redirect=true&srguid=i0ad6adc600000172a9b0f4e61f966303&marginal=BIB\2017\43148&docguid=Iae2c2930c5bd11e792cc01000000000&ds=ARZ\\_LEGIS\\_CS&infotype=arz\\_biblos;&spos=1&epos=1&td=0&predefinedRelationshipsType=documentRetrieval&fromTemplate=&suggestScreen=&&selectedNodeName=&selec\\_mod=false&displayName=#](https://insignisaranzadidigitales.unileon.idm.oclc.org/maf/app/document?redirect=true&srguid=i0ad6adc600000172a9b0f4e61f966303&marginal=BIB\2017\43148&docguid=Iae2c2930c5bd11e792cc01000000000&ds=ARZ_LEGIS_CS&infotype=arz_biblos;&spos=1&epos=1&td=0&predefinedRelationshipsType=documentRetrieval&fromTemplate=&suggestScreen=&&selectedNodeName=&selec_mod=false&displayName=#) a 12 de junio de 2020.

RAYÓN BALLESTEROS, María Concepción. “Medidas de investigación tecnológica en el proceso penal: la nueva redacción de la Ley de Enjuiciamiento Criminal operada por la Ley Orgánica 13/2015”. *Anuario Jurídico y Económico Escorialense*. 2019, N° 52. Recuperado de:

<http://www.rcumariacristina.net:8080/ojs/index.php/AJEE/article/view/367/pdf> a 16 de junio de 2020.

RICHARD GONZÁLEZ, Manuel. “Conductas susceptibles de ser intervenidas por medidas de investigación electrónica. Presupuestos para su autorización”. *Diario La Ley*. 2016, N° 8808. Recuperado de:

[https://www.smarteca.es/myreader/SMTA5972\\_00000000\\_20160721000088080000?fileName=content%2FDT0000236146\\_20160712.HTML&location=pi33&anchor=I86TC0000035273&publicationDetailsItem=SystematicIndex](https://www.smarteca.es/myreader/SMTA5972_00000000_20160721000088080000?fileName=content%2FDT0000236146_20160712.HTML&location=pi33&anchor=I86TC0000035273&publicationDetailsItem=SystematicIndex) a 16 de junio de 2010.

RODRÍGUEZ LAÍN, José Luis. “¿Podría un juez español obligar a Apple a facilitar una puerta trasera para poder analizar información almacenada en un iPhone 6?”. *Diario La Ley*. 2016, N° 8729. Recuperado de:

[https://www.smarteca.es/myreader/SMTA5972\\_00000000\\_20160328000087290000?fileName=content%2FDT0000231740\\_20160310.HTML&location=pi17&anchor=tBody&publicationDetailsItem=SystematicIndex](https://www.smarteca.es/myreader/SMTA5972_00000000_20160328000087290000?fileName=content%2FDT0000231740_20160310.HTML&location=pi17&anchor=tBody&publicationDetailsItem=SystematicIndex) a 16 de junio de 2020.

VIDAL MARÍN, Tomás y RUIZ DORADO, María. “Análisis de la constitucionalidad del SITEL. Breves consideraciones a partir de la Ley Orgánica 13/2015, de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal”. *Revista Aranzadi Doctrinal*. 2016, N° 9. Recuperado de:

[https://insignisaranzadidigitales.unileon.idm.oclc.org/maf/app/document?srguid=i0ad82d9a00000172a9ba91edb02e7882&marginal=BIB\2016\4915&docguid=I04d2e4808a9c11e6a4f7010000000000&ds=ARZ\\_LEGIS\\_CS&infotype=arz\\_biblos;&spos=1&epos=1&td=0&predefinedRelationshipsType=documentRetrieval&fromTemplate=&suggestScreen=&&selectedNodeName=&selec\\_mod=false&displayName=](https://insignisaranzadidigitales.unileon.idm.oclc.org/maf/app/document?srguid=i0ad82d9a00000172a9ba91edb02e7882&marginal=BIB\2016\4915&docguid=I04d2e4808a9c11e6a4f7010000000000&ds=ARZ_LEGIS_CS&infotype=arz_biblos;&spos=1&epos=1&td=0&predefinedRelationshipsType=documentRetrieval&fromTemplate=&suggestScreen=&&selectedNodeName=&selec_mod=false&displayName=) a 12 de junio de 2020.

## **7 ANEXO JURISPRUDENCIAL**

### **TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

- STC núm. 28/2020, de 24 febrero (RTC 2020\28)
- STC núm. 1/2020, de 14 enero (RTC 2020\1)
- STC núm. 133/2018, de 13 diciembre (RTC 2018\133)
- STC núm. 55/2015, de 16 marzo (RTC 2015\55)
- STC núm. 191/2014, de 17 noviembre (RTC 2014\191)
- STC núm. 145/2014, de 22 septiembre (RTC 2014\145)
- STC núm. 199/2013, de 5 diciembre (RTC 2013\199)
- STC núm. 195/2013, de 2 diciembre (RTC 2013\195)
- STC núm. 115/2013, de 9 mayo (RTC 2013\115)
- STC núm. 173/2011, de 7 noviembre (RTC 2011\173)
- STC núm. 25/2011, de 14 marzo (RTC 2011\25)
- STC núm. 197/2009, de 28 , de septiembre (RTC 2009\197)
- STC núm. 222/2007, de 8 octubre (RTC 2007\222)
- STC núm. 206/2007, de 24 septiembre (RTC 2007\206)
- STC núm. 220/2006, de 3 julio (RTC 2006\220)
- STC núm.150/2006, de 22 mayo (RTC 2006\150)
- STC núm. 25/2005, de 14 febrero (RTC 2005\25)
- STC núm. 184/2003, de 23 octubre (RJ 2003\184)
- STC núm. 43/2003, de 3 marzo (RTC 2003\43)
- STC núm. 123/2002, de 20 mayo (RTC 2002\123)
- STC núm. 70/2002, de 3 abril (RTC 2002\70)
- STC núm. 14/2001, de 29 enero (RTC 2001\14)

STC núm. 299/2000, de 11 diciembre (RTC 2000\299)

STC núm. 292/2000, de 30 noviembre (RTC 2000\292)

STC núm. 87/2000, de 27 marzo (RTC 2000\87)

STC núm. 33/2000, de 14 febrero (RTC 2000\33)

STC núm. 49/1999, de 5 abril (RTC 1999\49)

STC núm. 34/1996, de 11 marzo (RTC 1996\34)

STC núm. 181/1995, de 11 diciembre (RTC 1995\181)

STC núm. 36/1991, de 14 febrero (RTC 1991\36)

STC núm. 135/1989, de 19 julio (RTC 1989\135)

STC núm. 55/1987, de 13 mayo (RTC 1987\55)

STC núm. 108/1984, de 26 noviembre (RTC 1984\108)

STC núm. 31/1981, de 28 julio (RTC 1981\31)

### **TRIBUNAL SUPREMO:**

#### **➤ Sentencias:**

STS (Sala de lo Penal) núm. 167/2020, de 19 mayo (RJ 2020\1188)

STS (Sala de lo Penal) núm. 145/2020, de 14 mayo (RJ 2020\1020)

STS (Sala de lo Penal) núm. 649/2019, de 20 diciembre (2019\5492)

STS (Sala de lo Penal) núm. 626/2019, de 18 diciembre (RJ 2019\5423)

STS (Sala de lo Penal) núm. 541/2019, de 6 noviembre (RJ 2019\4934)

STS (Sala de lo Penal) núm. 515/2019, de 29 octubre (RJ 2019\4566)

STS (Sala de lo Penal) núm. 491/2019, de 16 octubre (RJ 2019\4907)

STS (Sala de lo Penal) núm. 462/2019, de 14 octubre (RJ 2019\4052)

STS (Sala de lo Penal) núm. 396/2019, de 24 julio (RJ 2019\3253)

STS (Sala de lo Penal) núm. 668/2019, de 14 enero (RJ 2020\7)

STS (Sala de lo Penal) núm. 740/2017, de 16 noviembre (RJ 2017\5060)

STS (Sala de lo Penal) núm. 684/2017, de 18 octubre (RJ 2017\4516)

STS (Sala de lo Penal) núm. 675/2017, de 16 octubre (RJ 2017\4620)

STS (Sala de lo Penal) núm. 636/2017, de 27 septiembre (RJ 2017\4412)

STS (Sala de lo Penal) núm. 373/2017, de 24 mayo (RJ 2017\3305)

STS (Sala de lo Penal) núm. 106/2017, de 21 febrero (RJ 2017\526)

STS (Sala de lo Penal) núm. 101/2017, de 20 febrero (RJ 2017\488)

STS (Sala de lo Penal) núm. 71/2017, de 8 febrero (RJ 2017\2362)

STS (Sala de lo Penal) núm. 689/2016, de 27 julio (RJ 2016\3927)

STS (Sala de lo Penal) núm. 404/2016, de 11 mayo (RJ 2016\20069)

STS (Sala de lo Penal) núm. 265/2016, de 4 abril (RJ 2016\1938)

STS (Sala de lo Penal) núm. 329/2016, de 20 abril (RJ 2016\1691)

STS (Sala de lo Penal) núm. 204/2016, de 10 marzo (RJ 2016\1114)

STS (Sala de lo Penal) núm. 993/2016, de 12 enero (RJ 2017\2104)

STS (Sala de lo Penal) núm. 982/2016, de 11 enero (RJ 2017\225)

STS (Sala de lo Penal) núm. 811/2015, de 9 diciembre (RJ 2015\5420)

STS (Sala de lo Penal) núm. 786/2015, de 4 diciembre (RJ 2015\5147)

STS (Sala de lo Penal) núm. 412/2015, de 30 junio (RJ 2015\3442)

STS (Sala de lo Penal) núm. 594/2014, de 16 julio (RJ 2014\4535)

STS (Sala de lo Penal) núm. 490/2014, de 17 junio (RJ 2014\4233)

STS (Sala de lo Penal) núm. 250/2014, de 14 marzo (RJ 2014\3836)

STS (Sala de lo Penal) núm. 938/2013, de 10 diciembre (RJ 2014\331)

STS (Sala de lo Penal) núm. 301/2013, de 18 abril (RJ 2013\5014)

STS (Sala de lo Penal) núm. 342/2013, de 17 abril (RJ 2013\3296)

STS (Sala de lo Penal) núm. 974/2012, de 5 diciembre (RJ 2013\217)

STS (Sala de lo Penal) núm. 777/2012, de 17 octubre (RJ 2012\10165)

STS (Sala de lo Penal) núm. 740/2012, de 10 octubre (RJ 2012\9473)

STS (Sala de lo Penal) núm. 393/2012, de 29 mayo (RJ 2012\6565)

STC (Sala de lo Penal) núm. 96/2012, de 7 mayo (RTC 2012\96)

STS (Sala de lo Penal) núm. 248/2012, de 12 abril (RJ 2012\8195)

STS (Sala de lo Penal) núm. 1093/2010, de 30 diciembre (RJ 2011\1436)

STS (Sala de lo Penal) núm. 1140/2010, de 29 diciembre (RJ 2011\135)

STS (Sala de lo Penal) núm. 250/2009, de 13 marzo (RJ 2009\2821)

STS (Sala de lo Penal) núm. 234/2001, de 3 mayo (RJ 2001\2943)

STS (Sala de lo Penal) núm. 1448/1997, de 24 noviembre (RJ 1997\8140)

➤ **Autos:**

ATS de 2 febrero 2017 (RJ 2017\61803)

ATS de 11 abril 2011 (JUR 2011\126236)

ATS de 26 noviembre 2001 (JUR 2001\319823)

ATS de 18 junio 1992 (RJ 1992\6102)

➤ **Acuerdos No Jurisdiccionales:**

Acuerdo del Pleno de la Sala Penal del Tribunal Supremo de 3 junio de 2015