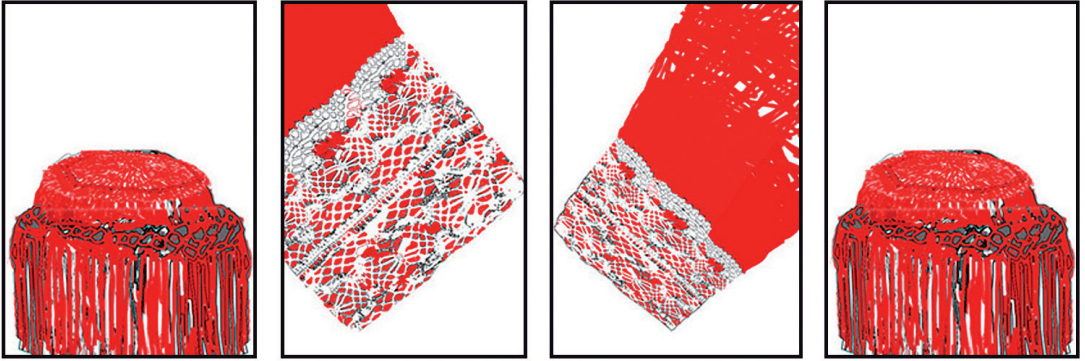


# DERECHO PROCESAL



## Exclusiones probatorias en el entorno de la investigación y prueba electrónica

Piedad González Granda

*Catedrática de Derecho Procesal  
Universidad de León*

Coordinadoras

**MARIA JESÚS ARIZA COLMENAREJO**

*Profesora Titular de Derecho Procesal  
Universidad Autónoma de Madrid*

**EVA ISABEL SANJURJO RÍOS**

*Profesora Contratada Doctora  
Universidad de León*



FUNDACIÓN PRIVADA  
**MANUEL  
SERRA  
DOMÍNGUEZ**

# COLECCIÓN DE DERECHO PROCESAL

## TÍTULOS PUBLICADOS

- Protección de los consumidores e inversores, arbitraje y proceso**, *M.<sup>a</sup> Jesús Ariza Colmenarejo y Candela Galán González (Directoras)* (2009).
- La asistencia judicial al arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de diciembre)**, *José Luis González-Montes Sánchez* (2009).
- El Derecho y su garantía jurisdiccional (Estudios y comentarios de Derecho Procesal)**, *Juan Damián Moreno* (2009).
- Régimen jurídico de protección de la discapacidad por enfermedad mental**, *Piedad González Granda* (2009).
- La imposición de costas en la primera instancia civil. Legalidad y discrecionalidad judicial**, *Pedro Álvarez Sánchez de Movellán* (2009).
- El procedimiento probatorio en el ámbito del juicio verbal**, *Eva Isabel Sanjurjo Ríos* (2010).
- Reflexiones para la reforma concursal**, *M.<sup>a</sup> Jesús Ariza Colmenarejo y Candela Galán González (Coordinadoras)* (2010).
- La prueba pericial civil. Procedimiento y valoración**, *Eva Isabel Sanjurjo Ríos* (2013).
- ¿Quo vadis, jurisdicción voluntaria? (La reestructuración parcial de la materia en la ley 15/2015, de 2 de julio, de jurisdicción voluntaria)**, *Piedad González Granda* (2015).
- El fiador personal en la ejecución hipotecaria**, *Cristina Carolina Pascual Brotóns* (2015).
- La reforma del sistema interno de la extensión y límites de la jurisdicción española en el orden civil (Ley 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial y Ley 29/2015, de 30 de julio, de Cooperación jurídica internacional en materia civil, entre otras)**, *Piedad González Granda* (2016).
- De la nulidad procesal a la anulación del Derecho procesal. Jueces legisladores y corrupción de legalidad**, *Ricardo Yáñez Velasco* (2019).
- Exclusiones probatorias en el entorno de la investigación y prueba electrónica**, *Piedad González Granda (Directora)* (2020).

**COLECCIÓN DE DERECHO PROCESAL**

Directora  
**PIEDAD GONZÁLEZ GRANDA**  
Catedrática de Derecho Procesal  
Universidad de León

# **EXCLUSIONES PROBATORIAS EN EL ENTORNO DE LA INVESTIGACIÓN Y PRUEBA ELECTRÓNICA**

**DIRECTORA:**  
**PIEDAD GONZÁLEZ GRANDA**  
*Catedrática de Derecho Procesal*  
*Universidad de León*

**COORDINADORAS:**  
**MARIA JESÚS ARIZA COLMENAREJO**  
*Profesora Titular de Derecho Procesal*  
*Universidad Autónoma de Madrid*

**EVA ISABEL SANJURJO RÍOS**  
*Profesora Contratada Doctora*  
*Universidad de León*



**REUS**  
EDITORIAL



FUNDACIÓN PRIVADA  
**MANUEL  
SERRA  
DOMÍNGUEZ**

Madrid, 2020

© Editorial Reus, S. A.  
C/ Rafael Calvo, 18, 2º C – 28010 Madrid  
Teléfonos: (34) 91 521 36 19 – (34) 91 522 30 54  
Fax: (34) 91 445 11 26  
reus@editorialreus.es  
www.editorialreus.es

1.ª edición REUS, S.A. (2020)  
ISBN: 978-84-290-2299-5  
Depósito Legal: M-11500-2020  
Diseño de portada: María Lapor  
Impreso en España  
Printed in Spain

Imprime: *Estilo Estugraf Impresores S.L.*

Ni Editorial Reus ni sus directores de colección responden del contenido de los textos impresos, cuya originalidad garantizan sus propios autores. Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra sólo puede ser realizada con la autorización expresa de Editorial Reus, salvo excepción prevista por la ley. Fotocopiar o reproducir ilegalmente la presente obra es un delito castigado con cárcel en el vigente Código penal español.

## **AUTORES**

**SUSANA ÁLVAREZ DE NEYRA KAPPLER**

Profesora Contratada Doctora de Derecho Procesal  
Universidad Autónoma de Madrid

**PEDRO ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN**

Profesor Titular de Derecho Procesal  
Universidad de León

**MARÍA JESÚS ARIZA COLMENAREJO**

Profesora Titular de Derecho Procesal  
Universidad Autónoma de Madrid

**RAMÓN BELTRÁN CALFURRAPA**

Profesor de Derecho Procesal  
Universidad de Atacama (Chile)

**ANDREA BETTETINI**

Catedrático de Derecho Canónico y Eclesiástico  
Universidad Católica de Milán

**JOSÉ FRANCISCO ETXEBERRÍA GURIDI**

Catedrático de Derecho Procesal  
Universidad del País Vasco

**PIEDAD GONZÁLEZ GRANDA**

Catedrática de Derecho Procesal  
Universidad de León

**MARÍA ELENA LARO GONZÁLEZ**

Investigadora contratada Predoctoral (Departamento de Derecho Procesal)  
Universidad de Sevilla

**CRISTINA LLAMAS BAO**

Profesora Asociada (Doctora) y Abogada del ICAL  
Universidad de León

**PILAR MARTÍN RÍOS**

Profesora Titular de Derecho Procesal  
Universidad de Sevilla

**RAÚL NÚÑEZ OJEDA**

Profesor de Derecho Procesal  
Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (Chile)

**FELIPE PÉREZ DEL VALLE**

Abogado ejerciente del ICAL y Profesor Asociado de Derecho Procesal  
Universidad de León

**EVA ISABEL SANJURJO RÍOS**

Profesora Contratada Doctora de Derecho Procesal  
Universidad de León

**NICOLÁS SANTANDER AKKRASS**

Investigador  
Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (Chile)

**MARGARITA SIMARRO PEDREIRA**

Investigadora y Doctora en Derecho (Universidad de León)  
Abogada del ICAL

## II. “PONDERACIONES” JUDICIALES EN MATERIA DE PRUEBA PROHIBIDA Y GARANTÍAS PARA LA NUEVA INVESTIGACIÓN EN EL PROCESO PENAL

PROF. DR. PEDRO ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN  
*Profesor Titular de Derecho Procesal*  
*Universidad de León*

**SUMARIO:** **1.** Proceso penal y prueba prohibida. *Status quaestionis*. **1.1.** Lo que se ha venido entendiendo por prueba ilícita. **1.2.** Cantos de sirena desde los Tribunales. Las excepciones jurisprudenciales a la exclusión de la prueba ilícita. **1.3.** ¿La ilicitud de la prueba bajo una jurisprudencia *contra legem*? **2.** Garantías de licitud probatoria en el régimen de los medios de investigación tecnológica. **2.1.** Planteamiento de la cuestión. **2.2.** Los principios rectores. **2.2.1.** Una aproximación a la función de los principios rectores. **2.2.2.** Hasta dónde llega la virtualidad de los principios rectores. **2.3.** Solicitud y resolución judicial que acuerde las medidas. **2.3.1.** La resolución judicial que acuerda la medida y el régimen de disposiciones comunes. **2.3.2.** Algunas cuestiones fundamentales de las muchas que suscita el auto que autoriza o deniega la medida de investigación. **2.4.** Apuntes sobre el régimen de la incorporación al proceso de los datos obrantes en archivos automatizados de los prestadores de servicios. **2.4.1.** Alegaciones de las partes sobre el contenido de las grabaciones de cara a su exclusión o incorporación a la causa. **2.4.2.** Resolución sobre la incorporación al proceso de los datos obrantes en archivos automatizados. **3.** Una reflexión final.

**RESUMEN:** Se parte de un breve análisis del *status quaestiones* de la prueba prohibida en el proceso penal. El art. 11.1 LOPJ y la primera jurisprudencia del Tribunal Constitucional fundamentan la ineficacia de la prueba como exigencia del derecho al proceso con todas las garantías y de la debida protección de los derechos y libertades fundamentales. La doctrina del Tribunal

Constitucional ha ido modulando aquella norma en base a excepciones a la disposición legal. La STC 97/2019 de 16 de julio da un decisivo giro en esta materia, en el sentido de desvincular la exclusión probatoria de la vulneración de derechos fundamentales.

Esta incertidumbre a la hora de aplicar el art. 11.1 LOPJ genera una enorme inseguridad jurídica si se analizan las posibilidades de investigación a través de medios tecnológicos. En aquella regulación las garantías de legalidad se basan en la virtualidad de los principios rectores, el régimen de la resolución judicial que adopta tales medidas y el régimen de la incorporación al proceso de los datos almacenados. Vista aquella doctrina del TC y esta regulación de las medidas limitativas de los derechos del art. 18 CE, la cuestión es si se está poniendo el proceso penal al servicio de los eventuales intereses de un Estado totalitario.

**PALABRAS CLAVE:** Prueba ilícita; prueba prohibida; exclusiones probatorias; investigación en el proceso penal; medios tecnológicos; derecho a la intimidad; principios rectores

**ABSTRACT:** It is based on a brief analysis of the *status quaestionis* of the prohibited evidence in the criminal process. The art. 11.1 LOPJ and the first jurisprudence of the Constitutional Court bases the inefficiency of the evidence as a requirement of the right to the process with all the guarantees and of the due protection of the fundamental rights and freedoms. The doctrine of the Constitutional Court has been modulating that norm based on exceptions to the legal provision. The STC 97/2019 of July 16 takes a decisive turn in this matter, in the sense of decoupling the evidentiary exclusion of the violation of fundamental rights.

It is uncertainty when applying art. 11.1 LOPJ generates enormous legal uncertainty if research possibilities are analyzed through technological means. In that regulation the guarantees of legality are based on the virtuality of the guiding principles, the regime of the judicial resolution that adopts such measures and the regime of the incorporation into the process of the stored data. Given that doctrine of the TC and this regulation of the limiting measures of the rights of art. 18 CE, the question is whether the criminal process is being put at the service of the eventual interests of a totalitarian State.

**KEYWORDS:** unlawful proof; prohibited test; probationary exclusions; investigation in criminal proceedings; technological means; Right to privacy; guiding principles.



## 1. PROCESO PENAL Y PRUEBA PROHIBIDA. *STATUS QUAESTIONIS*

### 1.1. Lo que se ha venido entendiendo por prueba ilícita

El art. 11.1. LOPJ llegó a nuestro ordenamiento como fruta madura disponiendo que “en todo tipo de procedimiento se respetarán las reglas de la buena fe. *No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales*”.

Antes de que la LOPJ declarase ineficaz la prueba que atente contra los derechos fundamentales, las herramientas con las que contábamos en el ordenamiento se ceñían a las previsiones generales contenidas en la LOPJ en materia de *nulidad de actos procesales* y con las normas básicas contenidas en el art. 6.3 CC que declara nulos los actos contrarios a las normas imperativas o prohibitivas<sup>1</sup>.

El artículo 11.1 de la LOPJ fue entendido por la primera doctrina constitucional (en la que hay que entender que se inspira) como una herramienta con una doble función. Por un lado, se constituye como norma reguladora de una de las garantías integrantes del derecho al proceso celebrado con todas las garantías<sup>2</sup>. Y, por otro lado, se trata de un instrumento creado por el legislador como garantía o protección de los derechos y libertades recogidos en el Título I Capítulo II Sección 1ª de la CE que han resultado violentados<sup>3</sup>. Todo ello sin perjuicio de las valoraciones que

---

<sup>1</sup> A este respecto la STC (Pleno) núm. 81/1998 de 2 abril, F.J. 2 (RTC 1998\81) afirmando que “aunque la prohibición de valorar en juicio pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales sustantivos no se halla proclamada en un precepto constitucional que explícitamente la imponga, ni tiene lugar inmediatamente en virtud del derecho sustantivo originariamente afectado, expresa una garantía objetiva e implícita en el sistema de los derechos fundamentales, cuya vigencia y posición preferente, en el Estado de Derecho que la Constitución instaura, exige que los actos que los vulneren carezcan de eficacia probatoria en el proceso (STC 114/1984, fundamentos jurídicos 2.º y 3.º)”.

<sup>2</sup> En este sentido se declara en la STC núm. 114/1984 de 29 noviembre, F.J. 5 (RTC 1984\114) que “el concepto de «medios de prueba pertinentes» que aparece en el mismo art. 24.2 de la Constitución pasa, así, a incorporar, sobre su contenido esencialmente técnico-procesal, un alcance también sustantivo, en mérito del cual nunca podrá considerarse «pertinente» un instrumento probatorio así obtenido” (en desprecio a los derechos fundamentales).

<sup>3</sup> Y así, la misma sentencia citada afirmaba que “la imposibilidad de estimación procesal puede existir en algunos casos, pero no en virtud de un derecho fundamental que pueda considerarse originalmente afectado, sino como expresión de una garantía objetiva

de aquella sentencia se han hecho<sup>4</sup>.

No puede utilizarse válidamente en el proceso penal un medio probatorio que se haya formado contraviniendo la ley. Y, no se puede buscar la verdad a cualquier precio, tampoco para lograr la sanción de los delitos, y desde luego los poderes públicos no pueden aprovechar una fuente de prueba que no se haya obtenido cumpliendo la ley<sup>5</sup>.

Quince años después se confirma y se puntualiza aquella disposición legal a través del art. 287 LEC, titulado “Ilicitud de la prueba”. Allí se dispuso lo siguiente:

*1. Cuando alguna de las partes entendiera que en la obtención u origen de alguna prueba admitida se han vulnerado derechos fundamentales habrá de alegarlo de inmediato, con traslado, en su caso, a las demás partes.*

*2. Sobre esta cuestión, que también podrá ser suscitada de oficio por el tribunal, se resolverá en el acto del juicio o, si se tratase de juicios verbales, al comienzo de la vista, antes de que dé comienzo la práctica de la prueba.”*

El término “prueba ilícita”, ha sido fundamentalmente una creación jurisprudencial, con el que se recurría a la realidad prevista en el art.11.1 LOPJ. Encuentra reflejo legal posteriormente en el art. 54.3 LOTJ al hablar de la ilicitud o nulidad de los medios probatorios<sup>6</sup>. Y posteriormente el art.

---

e implícita en el sistema de los derechos fundamentales, cuya vigencia y posición preferente en el ordenamiento puede requerir desestimar toda prueba obtenida con lesión de los mismos. Conviene por ello dejar en claro que la hipotética recepción de una prueba antijurídicamente lograda no implica necesariamente lesión de un derecho fundamental”. STC núm. 114/1984 de 29 noviembre, F.J. 2 (RTC 1984\114)

<sup>4</sup> Nos interesa subrayar aquí la conclusión de ASENSIO MELLADO en el comentario a la STC núm. 114/1984 de 29 noviembre. El citado autor afirma una vez analizada la motivación que, en definitiva, el fundamento de la prueba ilícita es doble o debería serlo, pues se pretende siempre la preservación de un derecho fundamental, no las garantías procesales, las cuales se entienden negadas por el simple hecho de introducir una prueba ilícita. La violación del derecho a un proceso con todas las garantías padece por sí mismo al admitirse una prueba ilícitamente obtenida. La igualdad, del mismo modo, por el aprovechamiento, normalmente estatal, de una preferencia basada en una actuación ilegal. ASENSIO MELLADO, J. M. “La STC 97/2019, de 16 de julio. Descanse en paz la prueba ilícita”. Diario La Ley, N.º 9499, Sección Tribuna, 16 de octubre de 2019, pág. 13.

<sup>5</sup> MORENO CATENA, V. *Derecho Procesal Penal* (con Valentín Cortés Domínguez). Tirant Lo Blanch, Valencia 2017, pág. 430.

<sup>6</sup> Se dispuso en el art. 54.3 LOTJ que “cuidará el Magistrado-Presidente de no hacer alusión alguna a su opinión sobre el resultado probatorio, pero sí sobre la necesidad de que no atiendan a aquellos medios probatorios cuya ilicitud o nulidad hubiese sido declarada por él. Asimismo informará que, si tras la deliberación no les hubiese sido posible resolver las dudas que tuvieran sobre la prueba, deberán decidir en el sentido más favorable al acusado”.

287 LEC (de aplicación supletoria en otros órdenes), nos permiten hablar del reconocimiento legal de la “prueba ilícita”, por lo que actualmente se podría entender como impropio acudir a otras expresiones anteriormente utilizadas como “prueba ilegal” o “prueba prohibida”<sup>7</sup>.

La característica propia de esta prueba ilícita, que viola un derecho fundamental, es, en palabras de MORENO CATENA<sup>8</sup>, la de tener una eficacia refleja o indirecta en el conjunto de la prueba penal, pues sus efectos se comunican a las fuentes probatorias que de ella se hubieran obtenido, según la doctrina de la Corte Suprema de los Estados Unidos llamada de “los frutos del árbol envenenado”. De este modo, por haberse obtenido indirectamente violentando derechos o libertades fundamentales (art. 11.1 LOPJ) quedan afectadas o contaminadas de la obtención de la prueba principal o anterior todo lo que de ella deriva, es decir, las pruebas que se hubieran practicado solo como consecuencia de la prueba prohibida y, de no ser por ella, no se hubieran llegado a aportar.

## **1.2. Cantos de sirena desde los Tribunales. Las excepciones jurisprudenciales a la exclusión de la prueba ilícita**

Dicho esto, y dando un salto de décadas hasta el presente, pensamos que el caballo de batalla en la actualidad se encuentra en la jurisprudencia, ordinaria y constitucional. Así lo ha manifestado el ya citado MORENO CATENA que pone de manifiesto como dicha jurisprudencia se inclina por modular esta eficacia refleja que invalidaría toda la prueba derivada de la prohibida<sup>9</sup>, en un ejercicio de prudencia más que discutible<sup>10</sup>.

---

<sup>7</sup> Este término utiliza por ejemplo MORENO CATENA para referirse a lo que la ley llama prueba ilícita. Y en cambio habla de prueba ilícita cuando se produce su ineficacia, pero no impide la utilización de otros medios indirectos o incluso subsanar el defecto con otras diligencias en la instrucción o en el plenario; de manera que está “nulidad por ilicitud en la obtención de la prueba” no iría acompañada del efecto reflejo que se asocia a la prueba que implica violación de derechos fundamentales. MORENO CATENA, V., op. cit., pág. 432.

<sup>8</sup> MORENO CATENA, V., op. cit., pág. 431.

<sup>9</sup> Ejemplo de esta “modulación” podría ser la STS (Sala de lo Penal) núm. 692/1997 de 7 noviembre, F.J. 13 (RJ 1997\8348). En ella se mantiene que “al encontrarnos únicamente ante una falta de garantía de autenticidad del resultado de las intervenciones, que anula su eficacia probatoria, pero no ante una violación del referido derecho constitucional, el vicio apreciado no afecta al resto de las pruebas practicadas ni determina la invalidez de las investigaciones realizadas sobre la base de los datos obtenidos a través de las referidas intervenciones, que aun cuando carezcan por sí mismas de eficacia probatoria sí pueden servir como base lícita de investigación al estar amparados por la correspondiente habilitación judicial”.

<sup>10</sup> MORENO CATENA, V., op. cit., pág. 431. Y ejemplifica esta afirmación con

Efectivamente, la práctica de los tribunales ha venido abrazando una proliferación de excepciones que de una u otra manera concluyen en que la prueba ilícita, obtenida en detrimento de los derechos y libertades fundamentales, sí puede tener eficacia en el proceso; evidentemente, en contra de los claros términos en que se expresa el art. 11.1. LOPJ.

Nos aporta al respecto LARO GONZÁLEZ<sup>11</sup> un estudio muy interesante sobre este abanico (tendente a “arsenal”) de excepciones jurisprudenciales a la ilicitud probatoria. Y así se refiere en primer lugar a la “excepción de prueba independiente”<sup>12</sup> y la “excepción del descubrimiento inevitable” que mantiene que con independencia de la práctica de actividades investigadoras con vulneración de derechos fundamentales se hubiera obtenido la misma prueba con otros métodos probatorios regulares<sup>13</sup>.

Dentro de esta política de excepciones juega un papel fundamental la llamada excepción de la “conexión de antijuridicidad”<sup>14</sup>. Viene a

---

prácticas como la declaración de los funcionarios que intervinieron en la prueba directamente afectada por la violación. Sobre este particular merece una mención el sugerente trabajo de ÁLVAREZ FERNÁNDEZ, Virginia titulado *Prueba ilícita en el proceso penal y su vacilante jurisprudencia*. Universidad de León, 2016. Repositorio Bulería.

<sup>11</sup> LARO GONZÁLEZ, M. E. “Orden europea de investigación y reglas de exclusión probatoria” en *Investigación y prueba en los procesos penales de España e Italia*. Aranzadi, Cizur Menor, 2019, págs. 447 y ss.

<sup>12</sup> A ella se refiere por ejemplo la STS núm. 423/2019 (Sala de lo Penal, Sección 1ª) de 19 septiembre, FJ 3 (JUR 2019\281074). Sostiene esta resolución que “el efecto expansivo prevenido en el art. 11.1 de la L.O.P.J. únicamente faculta para valorar pruebas independientes, es decir, que no tengan conexión causal con la ilícitamente practicada, debiéndose poner especial atención en no confundir «prueba diferente» (pero derivada), con «prueba independiente» (sin conexión causal)”.

<sup>13</sup> A esta excepción del descubrimiento inevitable también se refiere la STS núm. 423/2019 (Sala de lo Penal, Sección 1ª) de 19 septiembre, FJ 3 (JUR 2019\281074), recordando que “se ha dicho por esta Sala que la llamada doctrina del «fruit of the poisonous tree» (fruto del árbol envenenado) admite una corrección a través de otra teoría, la del «inevitable discovery» (descubrimiento inevitable). Es decir, cuando la experiencia indica que las circunstancias hubieran llevado necesariamente al mismo resultado, no es posible vincular causalmente la segunda prueba a la anterior”.

<sup>14</sup> La paternidad de esta doctrina se vincula a la STC (Pleno) núm. 81/1998 de 2 abril, FJ 4 (RTC 1998\81). Allí se reinterpreta la eficacia refleja o indirecta en el conjunto de la prueba penal. Y se concluye que “tales pruebas reflejas son, desde un punto de vista intrínseco, constitucionalmente legítimas. Por ello, para concluir que la prohibición de valoración se extiende también a ellas, habrá de precisarse que se hallan vinculadas a las que vulneraron el derecho fundamental sustantivo de modo directo, esto es, habrá que establecer un nexo entre unas y otras que permita afirmar que la ilegitimidad constitucional de las primeras se extiende también a las segundas (conexión de antijuridicidad). En la presencia o ausencia de esa conexión reside, pues, la ratio de la interdicción de

poner de manifiesto esta excepción que entre la prueba independiente y la ilícita además de una relación causal se dé una conexión de antijuridicidad<sup>15</sup>. Excepción ésta a la que algunos autores han acusado de hacer del sistema algo inseguro y discrecional<sup>16</sup>. Vinculada a esa excepción de antijuridicidad se entiende la excepción del hallazgo casual. En este caso surge la cuestión de si estamos ante una ruptura del principio de especialidad<sup>17</sup> como consecuencia de la ascensión del hallazgo casual. Efectivamente dicho principio de especialidad supone la conexión de la medida de investigación con un delito concreto, lo que impide investigaciones genéricas<sup>18</sup>.

---

valoración de las pruebas obtenidas a partir del conocimiento derivado de otras que vulneran el derecho al secreto de las comunicaciones”.

<sup>15</sup> Explica el concepto de “conexión de antijuridicidad” la citada STC (Pleno) núm. 81/1998 de 2 abril. Allí se razona que “para tratar de determinar si esa conexión de antijuridicidad existe o no, hemos de analizar, en primer término la índole y características de la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones materializadas en la prueba originaria, así como su resultado, con el fin de determinar si, desde un punto de vista interno, su inconstitucionalidad se transmite o no a la prueba obtenida por derivación de aquélla; pero, también hemos de considerar, desde una perspectiva que pudiéramos denominar externa, las necesidades esenciales de tutela que la realidad y efectividad del derecho al secreto de las comunidades exige. Estas dos perspectivas son complementarias, pues sólo si la prueba refleja resulta jurídicamente ajena a la vulneración del derecho y la prohibición de valorarla no viene exigida por las necesidades esenciales de tutela del mismo cabrá entender que su efectiva apreciación es constitucionalmente legítima, al no incidir negativamente sobre ninguno de los aspectos que configuran el contenido del derecho fundamental sustantivo”.

<sup>16</sup> Así se pronuncia ASENSIO MELLADO, afirmando que este instrumento, de escaso respaldo legal fuera de la motivación de la prueba, se plasmó en el poder de los tribunales de supeditar la inadmisión de las pruebas obtenidas con violación de derechos fundamentales a una ponderación caso a caso basada en una inconcreta ligazón de la violación con la aún más incierta necesidad de protección del derecho vulnerado, nunca concretada u objetivada tampoco. ASENSIO MELLADO, J.M., op. cit., pág. 2.

<sup>17</sup> En el art. 588.bis.a.2 se declara que “el principio de especialidad exige que una medida esté relacionada con la investigación de un delito concreto. No podrán autorizarse medidas de investigación tecnológica que tengan por objeto prevenir o descubrir delitos o despejar sospechas sin base objetiva.

<sup>18</sup> Se refiere (entre otras muchas) al hallazgo casual como excepción a la ineficacia de la prueba ilícita, la STS (Sala de lo Penal, Sección1ª) núm. 71/2017 de 8 febrero, FJ 3, (RJ 2017\2362). Declara el Tribunal que “la significación de la prohibición de valoración de las pruebas obtenidas indirectamente es más complicado, y ha de ser referido a las pruebas obtenidas mediante la utilización de fuentes de información procedentes de pruebas ilícitas, siempre que exista entre ellas una conexión de antijuridicidad, es decir

También operaría bajo el paraguas de la conexión de antijuridicidad la excepción de confesión voluntaria del inculpado que según el Tribunal Constitucional enerva la presunción de inocencia rompiendo la conexión de antijuridicidad con la prueba ilícita. La “excepción de buena fe”<sup>19</sup> viene a avalar la buena fe, por ejemplo de la autoridad judicial en una práctica investigadora que posteriormente será ilícita por ausencia de los requisitos establecidos en la legislación. A este respecto plantea con acierto LARO GONZÁLEZ que cabe cuestionarse qué debe entenderse por buena fe y si cualquier acto investigador practicado por un agente policial en el marco de la persecución delictiva puede considerarse ejercido de buena fe<sup>20</sup>.

Todo este elenco de excepciones no deja de ser un campo de minas que nuestra propia jurisprudencia ha sembrado, cercenando de manera evidente la eficacia del art. 11.1. LOPJ. O sea, la ineficacia de la prueba ilícita, como una consecuencia inmediata de la eficacia de los derechos y libertades fundamentales<sup>21</sup>.

Como conclusión del estudio de excepciones al art. 11.1. LOPJ y por

---

que no concurren supuestos de desconexión como el hallazgo casual, el descubrimiento inevitable o la flagrancia delictiva, entre otros”.

<sup>19</sup> Se refiere a la concurrencia de esa excepción de buena fe el voto particular de la STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 239/2014 de 1 abril. RJ 2014\2284, que trae razón de la colocación de cámaras de grabación en el despacho de trabajo del acusado. Concluye el referido voto particular después de los razonamientos expuestos que “estamos ante un caso cristalino en que la excepción de la buena fe (todavía más predicable de los particulares que de un agente de la autoridad supuesto en el que reconozco que pueda despertar lógicas suspicacias la admisión de esa excepción) debe suponer la suspensión *in casu* de la regla del art. 11 LOPJ. No ha habido, al menos en su componente subjetivo, una vulneración ni dolosa ni negligente de derechos fundamentales. La prueba puede ser valorada pues está ausente el fundamento de la regla de exclusión”.

<sup>20</sup> LARO GONZÁLEZ, M.E., op. cit., pág. 448.

<sup>21</sup> Aunque no es aquí objeto de estudio. La autora citada se refiere a otro hándicap que padece la eficacia del concepto de prueba ilícita. Se refiere al régimen de la Orden Europea de Investigación (OEI). Al respecto, la directiva 2014/41/UE del Parlamento Europeo y el Consejo, de 3 de abril que ha sido transpuesta a nuestro ordenamiento por el legislador mediante la Ley 3/2018 de 11 de junio por la que se modifica la Ley 23/2014 de 20 de noviembre de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea. Pues bien, en cuanto a la admisibilidad de aquellas resoluciones, hay que destacar el doble control de legalidad y proporcionalidad que rigen la obtención de pruebas en el marco de la OEI. Al respecto el Estado de ejecución tiene potestad para denegar la medida solicitada en virtud de los motivos de denegación establecidos, dotándose de esta manera, de una facultad de revisión de la orden emitida por la autoridad de emisión. Este doble principio de legalidad y proporcionalidad implica la inexistencia de un reconocimiento mutuo automático. LARO GONZÁLEZ, M.E., op. cit., pág. 451.

tanto a la regulación legal de la prueba ilícita, LARO GONZÁLEZ apuesta por una vuelta a la legalidad<sup>22</sup> (parece imposible que se haya llegado a lo contrario entre juristas). La legalidad que obliga a la aplicación de la norma contenida en el art. 11.1 LOPJ, consecuencia lógica y necesaria de la efectividad en nuestro ordenamiento y en el proceso judicial de nuestros derechos y libertades fundamentales. Y también legalidad a la hora de excepcionar aquella norma legal, si esto se viera oportuno. ¿Y acaso es allí hacia donde nos dirigimos?

### 1.3. ¿La ilicitud de la prueba bajo una jurisprudencia *contra legem*?

No se trata de hacer referencia a la última sentencia por el hecho de que sea la última sentencia. Lo cierto es que no son pocos los comentarios<sup>23</sup> que ha generado la STC 97/2019, de 16 de julio, sobre la denominada «Lista Falciani»<sup>24</sup>.

---

<sup>22</sup> Llega a afirmar, no sin razón, que, si continuamos en la senda de la “validez de la prueba”, a pesar de su obtención ilícita, en aras de salvar el proceso, nos encontraremos en la dirección contraria marcada por nuestro Estado de Derecho. En otros terminos, debemos lograr la regulación normativa de las causas que originarían la ilicitud de la prueba Op. cit., pág. 453.

<sup>23</sup> Entre otros, relativos a la sentencia del Tribunal Constitucional o a la Sentencia del Tribunal Supremo de la que traía razón, señalamos los siguientes. ASENCIO MELLADO, J.M., “La STC 97/2019, de 16 de julio. Descanse en paz la prueba ilícita”. *Diario La Ley*, N.º 9499, Sección Tribuna, 16 de octubre de 2019. RICHARD GONZÁLEZ, M. “Licitud y validez de la prueba obtenida por particulares en el proceso penal. Comentario a la STS 116/2017 de 23 de febrero que declara la validez de la «lista Falciani» para fundar una condena por delito fiscal”. *Diario La Ley*, N.º 8946, 2017. RODRÍGUEZ ACUÑA, I. “«Lista Falciani». Validez de la prueba de los documentos bancarios y ficheros contables obtenidos ilícitamente por el empleado de la institución financiera HSBC Private Bank Suiza”. *Revista de derecho y proceso penal*, N.º 46, 2017, págs. 167-181. BARCIELA PÉREZ, José Antonio. “La validez probatoria de la denominada «lista Falciani» a tenor de la reciente jurisprudencia”. *Quincena fiscal*, N.º 20, 2017, págs. 145-170. GARCÍA MORENO, V.A. “La Lista Falciani y la posibilidad de utilizar la prueba ilícitamente obtenida. El Tribunal Constitucional ha dicho la última palabra”. *Carta tributaria. Revista de opinión*, N.º 56, 2019. ORENA DOMÍNGUEZ, Aitor. “La «lista Falciani» como medio de prueba”. *Forum fiscal: la revista tributaria de Álava, Bizkaia y Gipuzkoa*, N.º 230, 2017.

<sup>24</sup> Los hechos de los que trae razón la referida sentencia son los enjuiciados en la SAP (Sección 23ª) núm. 280/2016, de 29 de abril, en la que se condena al acusado como autor de dos delitos contra la Hacienda Pública (defraudación fiscal por eludir el pago de tributos). Dicha condena declaró probado que, en los ejercicios fiscales de los años 2005 y 2006, el demandante de amparo no declaró ser titular de diversas cuentas bancarias y activos financieros de los que disponía en Suiza en la entidad bancaria “HSBC Private Bank Suisse”. Tal juicio fáctico se apoyó, de forma determinante, en la información

El ilícito probatorio en este caso consistía en la información económica, relativa a la persona que resultó finalmente condenada, de la que un trabajador de la entidad bancaria se había apoderado sin autorización. En base a esta prueba se fundamentó la prueba de la sentencia condenatoria del Tribunal de instancia. Sentencia que resultó confirmada por el Tribunal Supremo, que desestimó la casación; y finalmente por el Tribunal Constitucional al conocer del asunto en amparo.

¿Qué razones llevan a concluir que la apropiación y utilización ilícita de información económica por un profesional en el ejercicio de sus funciones no constituya una vulneración de derechos fundamentales? O, mejor dicho, ¿qué obstáculos puede haber para afirmar que nos hallamos ante un supuesto de exclusión probatoria? Pues vaya por delante que el Tribunal Constitucional encontró esas razones y estos obstáculos.

Lo cierto es que para cualquier sentencia de cualquier tribunal parece que el punto de partida obligado debe ser el art. 11.1. LOPJ, que entre sus virtudes tiene la brevedad y la claridad. “No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales”. Resulta evidente la consecuencia (la exclusión probatoria) y también se antoja evidente la causa: violentar los derechos y libertades fundamentales en la obtención de una prueba; y esto, ya sea de manera directa o indirecta<sup>25</sup>.

No ha apostado el Tribunal Constitucional por la interpretación literal de la norma. Y cargando la sentencia referida de argumentaciones y citas de aquí y allá, más fieles al texto que al contexto, concluye con que la norma dice lo que no dice<sup>26</sup>. No es otra la valoración que merece la

---

económica de la que un trabajador de la entidad bancaria se había apoderado sin autorización, la cual fue hallada en el registro de su domicilio francés realizado a instancias de la Fiscalía de Niza, y fue después entregada por las autoridades fiscales francesas, a petición de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, a la autoridad financiera española”.

<sup>25</sup> Parece que es de la misma opinión, entre tantos otros, GIMENO SENDRA, quien después de la cita del referido precepto afirma que “claramente se infiere, pues, que el ámbito de la prohibición de valoración no se extiende a cualquier supuesto de prueba ilícita, sino única y exclusivamente a la que haya infringido alguna norma constitucional y tuteladora de los derechos fundamentales. GIMENO SENDRA, V. *Derecho Procesal Penal*. Aranzadi. Cizur Menor, 2012, pág. 751. Y cabría añadir que, en consecuencia, cuando la infracción sea de esa entidad, la prueba sí resulta prohibida.

<sup>26</sup> Una extensa y fundamentada crítica en ASENCIO MELLADO, J.M., op. cit. Sintetiza su postura este autor afirmando que el Tribunal Constitucional incurre en dos errores graves desde un planteamiento estrictamente procesal. El primero el de considerar que la ley es interpretable reduciendo su amplitud protectora del derecho amparado, es decir, que la jurisprudencia puede, sin ser la ley inconstitucional, reducir sus efectos. Y



sentencia que hemos reseñado cuando defiende que “la violación de las garantías procesales del art. 24.2 CE ha de determinarse, en relación con la prueba ilícitamente obtenida, a través de un juicio ponderativo tendente a asegurar el equilibrio y la igualdad de las partes, esto es, la integridad del proceso en cuestión como proceso justo y equitativo”<sup>27</sup>. Y otro tanto podría decirse de la Sentencia del Supremo que precedió a la referida del Constitucional en la que se afirma que, “más allá de la vulneración de los Derechos Fundamentales, la regla de exclusión sólo adquiere sentido como elemento de prevención frente a los excesos del Estado en la investigación del delito”<sup>28</sup>.

Por tanto, la crítica que se hace de las conclusiones de la renombrada sentencia es primeramente la crítica que merece el planteamiento de una sentencia del Tribunal Constitucional que, en vez de hacer de garante de la Norma Fundamental, despliega funciones propias de órganos parlamentarios. Con acierto sentencia al respecto ASENSIO MELLADO apuntando que otra cosa hubiera sido que el legislador hubiera delimitado los casos concretos en los que, sin afectar al contenido esencial de los derechos en

---

el segundo de desconocimiento, entendido como desatención, a un concepto básico del Derecho procesal: el de la pretensión. Y es que los tribunales no crean derechos, simplemente reconocen los existentes, siendo así que su labor creadora únicamente alcanza a las pretensiones constitutivas o declarativas de nulidad, pero que tampoco crean derechos, sino que constituyen, modifican o extinguen situaciones jurídicas.

<sup>27</sup> STC núm. 97/2019 de 16 julio, FJ 2, (RTC 2019\97). Invoca en esta y otras afirmaciones la STC núm. 114/1984 de 29 noviembre, F.J. 2 (RTC 1984\114). Citas que se han criticado por aparecer descontextualizadas. Por ejemplo y en las palabras que hemos recogido de la STC97/2019, la referencia a las declaraciones de la STC 114/1984 se hacen para fundamentar que no existe un derecho constitucional a la desestimación de la prueba ilícita. Y esto para defender a continuación en el FJ 3 que “si la ilicitud en la obtención de la prueba fuese cierta y si fuese posible inferir de nuestro ordenamiento una regla que imponga su ineficacia procesal, habría que concluir que la decisión jurisdiccional basada en tal material probatorio pudo afectar a los derechos fundamentales del recurrente a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 de la Constitución) y, en relación con ello, al derecho a la igualdad de las partes en el proceso (art. 14 de la Constitución)”.

<sup>28</sup> Efectivamente, allí se razona que esta idea late en cuantas doctrinas han sido formuladas en las últimas décadas con el fin de restringir el automatismo de la regla de exclusión. Ya sea acudiendo a las excepciones de buena fe, de la fuente independiente o de la conexión atenuada, de lo que se trata es de huir de un entendimiento que, por su rigidez, aparte la regla de exclusión de su verdadero fundamento. La prohibición de valorar pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales cobra su genuino sentido como mecanismo de contención de los excesos policiales en la búsqueda de la verdad oculta en la comisión de cualquier delito”. STS (Sala de lo Penal, Sección1ª) núm. 116/2017, FJ 6 (RJ 2017\1908).

juego, la prueba obtenida en estas condiciones alcanzaría valor<sup>29</sup>. Urge y es tarea de una trascendencia que llega hasta la misma esencia de nuestro Estado de Derecho. No puede faltar ni voluntad ni medios para lograr la regulación normativa de las causas que originarían la ilicitud de la prueba<sup>30</sup>.

## **2. GARANTÍAS DE LICITUD PROBATORIA EN EL RÉGIMEN DE LOS MEDIOS DE INVESTIGACIÓN TECNOLÓGICA**

### **2.1. Planteamiento de la cuestión**

Llegamos ahora al punto de inflexión de nuestro trabajo. Queremos analizar cómo afrontó el legislador el nudo gordiano de compatibilizar la eficacia en la investigación penal y la persecución del delito con el respeto a los derechos fundamentales. Y esto último en un ámbito (los medios tecnológicos) en el que las posibilidades de abusos creo que no encuentran parangón en la historia del proceso judicial.

En una primera aproximación, y sin perjuicio de que haya otras maneras de entender la sistemática de la reforma legal, creo que hay tres referentes o tres mecanismos contenidos en la regulación de los medios de investigación tecnológicos que garantizan (de diversas maneras) la legalidad en la limitación de derechos: los principios rectores, la regulación de la resolución judicial y el régimen de la incorporación al proceso de los datos almacenados.

Antes de referirme a estas cuestiones creo que resulta oportuno tomar en consideración el comentario de MARCHENA GÓMEZ. Pone de relieve

---

<sup>29</sup> ASECIO MELLADO, J.M., op. cit., pág. 3. En este sentido critica y califica de preocupantes el citado autor los derroteros seguidos por las prácticas del Tribunal Constitucional, “generadoras de inseguridad jurídica y promotoras de un Poder Judicial gestor de «justicias», no de «legalidades»”.

<sup>30</sup> LARO GONZÁLEZ, M.E., op. cit., pág. 453. En términos muy elocuentes manifiesta esta autora la necesidad de acometer el referido trabajo. Y vaticina que si continuamos en la senda de la “validez de la prueba”, a pesar de su obtención ilícita, en aras de salvar el proceso y conseguir la condena del delincuente, nos encontraremos en la dirección contraria marcada por nuestro Estado de Derecho, y estaremos abocados a dar validez a cualquier actuación que permita la incriminación, sin entrar a valorar la posible injerencia de las autoridades en nuestros derechos y libertades fundamentales, pudiendo dar lugar a prácticas abusivas propias de otros regímenes no democráticos.

este autor que el legislador no se ocupa realmente de reglar los términos en los que aquellos contenidos interceptados durante la investigación pueden convertirse en actos de prueba en el plenario. Cobra, pues, pleno significado el cuerpo de jurisprudencia constitucional y del Tribunal Supremo elaborado con el fin de determinar los presupuestos y garantías de su valoración probatoria. Y dicho esto, el autor referido apunta la idea a la que anteriormente hemos aludido: que es preciso reconocer que, en esta materia, como en tantas otras, la jurisprudencia no ha seguido una corriente uniforme, hasta el punto de detectarse una evolución en la que las resoluciones más recientes -estás si con un alto grado de consolidación- nada tienen que ver con el nivel de exigencia de los primeros pronunciamientos<sup>31</sup>.

## 2.2. Los principios rectores<sup>32</sup>

### 2.2.1. Una aproximación a la función de los principios rectores

Entendemos que las pautas para entender el régimen de los medios de investigación tecnológicos se encuentran en el apartado de disposiciones comunes Y la clave (también la clave hermenéutica) de esas pautas se encuentra en el art. 588 bis a), relativo a los principios rectores. Así lo ha recordado la doctrina<sup>33</sup> señalando que al tratarse de medidas espe-

---

<sup>31</sup> MARCHENA GÓMEZ, M., “La reforma de las diligencias de investigación limitativas de los derechos reconocidos en el art. 18 de la CE. Proceso penal y nuevas tecnologías” en Manuel Marchena Gómez y Nicolás González-Cuellar Serrano, (Dir.), *La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en 2015*. Castillo de Luna Ediciones Jurídicas, Madrid, 2015, pág. 275. Ilustrando esta afirmación se mencionan diversas Sentencias del Tribunal Supremo, como la STS 191/2014, 3 de marzo, en relación con las conversaciones judicialmente interceptadas. Allí se declara que no precisa como presupuesto de legitimidad constitucional de un doble acto de audición. O la STS 209/2013, 6 de marzo, en relación con las formas de introducir las interceptaciones como medio de prueba en el juicio: audición directa, lectura en el juicio de las transcripciones o testimonio directo de los agentes encargados.

<sup>32</sup> Queremos hacer aquí una referencia a nuestro estudio titulado “Las nuevas medidas de investigación tecnológica y la enésima invocación al principio de proporcionalidad”. *Justicia: revista de derecho procesal*. 2018/1, págs. 85 - 136.

<sup>33</sup> MORENO CATENA, V., op. cit., pág. 261. Hace estas consideraciones el citado autor en el contexto de la exigencia de que las referidas medidas se adopten mediante resolución judicial motivada, como resolución que es limitativa de un derecho fundamental. Es evidente que el ser o no ser de los principios rectores del art. 588 bis a) LECrim, pasa necesariamente por el cumplimiento de esta exigencia formal.

cialmente invasivas las reguladas a lo largo de los arts. 588 bis LECrim, que afectan intensamente el derecho a la intimidad y el derecho al secreto de las comunicaciones, la nueva regulación exige expresamente que la resolución judicial que las acuerde se sujete a los principios de especialidad (que la medida esté relacionada con la investigación de un delito concreto), idoneidad (para definir el ámbito de la medida y su duración), excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad de la medida<sup>34</sup>. Esta última entendida en un sentido estricto<sup>35</sup>.

A todos estos principios dedica el art. 588 bis a) unas palabras en las que se conceptualiza cada uno de ellos<sup>36</sup>. Esta norma cuenta con sólidos precedentes en la jurisprudencia anterior a la reforma legal. El Tribunal Supremo ya venía trabajando con los mismos, y en el mismo sentido: la concurrencia de los mismos condiciona la validez de la resolución que autorice las medidas de investigación<sup>37</sup>.

Pero más allá del valor epistemológico, el referido artículo sienta las pautas y aporta al juzgador los criterios para la resolución judicial motivada sin la cual no es posible la medida de investigación tecnológica solicitada<sup>38</sup>.

---

<sup>34</sup> Parece evidente que nos estamos moviendo en uno de los ámbitos en los que la importancia del interés público inspira una regulación que, por este motivo, podríamos decir que es “puro proceso penal”. Sobre el muy interesante tema de la “privatización” de algunos aspectos del proceso penal, se puede consultar, entre otros a CACHÓN CADENAS, M., “Los modelos procesales civil y penal: perspectiva histórica”, en *La convergencia entre proceso civil y penal* (coordinado por Teresa Armenta Deu), Edit. Marcial Pons, Madrid, 2013, págs. 11 y ss.

<sup>35</sup> En este sentido se refiere DELGADO MARTÍN a la «ecuación de la proporcionalidad en sentido estricto»: cuanto mayor sea la limitación del derecho fundamental afectado, mayor ha de ser el interés tenido en cuenta para justificar la intervención estatal en el caso concreto DELGADO MARTÍN, J., *Investigación tecnológica y prueba digital en todas las jurisdicciones*. La Ley, Madrid, 2018, pág. 372.

<sup>36</sup> No se esconde la intención en el Preámbulo de la LO 13/2015 (Apartado IV), y se afirma que “se ha estimado oportuna la proclamación normativa de los principios que el Tribunal Constitucional ha definido como determinantes de la validez del acto de injerencia”.

<sup>37</sup> En este sentido, por ejemplo, la STS (Sala de lo Penal) núm. 692/1997 de 7 noviembre, F.J. 13 (RJ 1997\8348). Allí se declara que “en tanto la intervención telefónica haya sido acordada judicialmente por auto debidamente motivado dentro de una causa judicial y atendiendo a los requisitos de **proporcionalidad**, razonabilidad, necesidad y especialidad, puede decirse concurrente en el plano constitucional una **habilitación judicial válida legitimadora de la intervención**, impidiendo apreciar la infracción del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones con las consecuencias prevenidas en el artículo 11.1 de la LOPJ.

<sup>38</sup> Sin pretender ser exhaustivo o sistemático (sí lo es el art. 588 bis c), predica

Entendemos que esos criterios legales para entender cada uno de los principios rectores hacen que los mismos pasen a ser unos conceptos jurídicos “menos indeterminados” que si no hubiera tales menciones legales. Y que, evidentemente, la discrecionalidad judicial se encuentra más encauzada en materia tan delicada como ésta, lo que resulta sin duda plausible.

Por otro lado, los principios rectores están llamados a ser “lo permanente” en un régimen legal que, como el objeto de su regulación, está sujeto a constantes cambios y avances. Como agudamente se ha puesto de manifiesto por algún autor, la regulación de los medios de investigación tecnológica está sujeta a una “obsolescencia programada”<sup>39</sup>. Precisamente por esto y por los cambios normativos que vengán obligados por esta incesante revolución tecnológica, tanto el legislador como los tribunales de justicia requieren de una particular claridad conceptual respecto de los principios normativos sobre los que se reglamente en esta materia.

### 2.2.2. *Hasta dónde llega la virtualidad de los principios rectores*

La pregunta no se refiere a la respuesta obvia que se obtiene de la muy extensa titulación del Capítulo IV del Título VIII<sup>40</sup>, aunque esta solución legislativa ha sido objeto de alguna crítica<sup>41</sup>. Efectivamente no nos refe-

---

MORENO CATENA de aquella resolución judicial motivada, entre otras, la siguientes exigencias: que permita comprobar o descubrir hechos o circunstancias importantes para la investigación; que revista la forma de auto; que determine el hecho delictivo que se investiga sin que se pueda “extender” a hechos diferentes; que se defina el ámbito de la medida y su duración; que se expresen las razones por las que se considera la medida necesaria y justificada; que la medida se adopte en el marco de una investigación penal; y que se trata de un procedimiento por delito grave. MORENO CATENA, V., op. cit., págs. 260-262.

<sup>39</sup> Así se pronunciaba ORTIZ PRADILLO, celebrando el ansiado régimen legal, pero alertando de que “el peligro no ha cesado”. En un entorno tecnológicamente en constante desarrollo, la suficiente previsión legal de las medidas limitativas de los derechos fundamentales —esto es, tratar de cumplir el mandato de una *lex scripta*, *lex stricta* y *lex praevia*— corre el riesgo de caer en una “obsolescencia programada”. ORTIZ PRADILLO, Juan Carlos, “Desafíos legales de las diligencias de investigación tecnológica”, en Olga Fuentes Soriano, *El proceso penal. Cuestiones fundamentales*. Tirant Lo Blanch, Valencia 2017, pág. 307.

<sup>40</sup> Ciertamente, ya que en dicho texto se contienen todas las medidas que en los posteriores capítulos se regulan: “Disposiciones comunes a la interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas, la captación y grabación de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos, la utilización de dispositivos técnicos de seguimiento, localización y captación de la imagen, el registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información y los registros remotos sobre equipos informáticos”.

<sup>41</sup> Efectivamente así se indica en la Circular 1/2019 de la Fiscalía General del

rimos aquí a los diversos medios tecnológicos que pueden aprehender el contenido de las comunicaciones sino al alcance de esa aprehensión de contenidos. Sobre esta cuestión es importante subrayar cómo a lo largo de la nueva regulación se hace mención al concepto de los “datos asociados”. En concreto, en el art. 588 ter b), relativo al ámbito de la interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas, se hace mención en su apartado segundo a que “la intervención judicialmente acordada podrá autorizar el acceso al contenido de las comunicaciones y a los datos electrónicos de **tráfico o asociados** al proceso de comunicación, así como a los que se produzcan con independencia del establecimiento o no de una concreta comunicación, en los que participe el sujeto investigado, ya sea como emisor o como receptor, y podrá afectar a los terminales o los medios de comunicación de los que el investigado sea titular o usuario”. Sobre los referidos datos asociados se vuelve a hacer mención en el art. 588 ter d) d) en relación con el contenido que debe tener la solicitud de autorización judicial de la referida interceptación telefónica o telemática.

La doctrina ha querido reparar en la importante trascendencia de esta previsión. Y así lo ha denunciado MARCHENA GÓMEZ al referirse a la práctica habitual por la que las resoluciones dictadas por los jueces de instrucción acostumbran a autorizar la interceptación de las conversaciones telefónicas del investigado, con referencia a la duración, términos del control y garantías formales. Pero en general se omite toda mención al régimen jurídico de la cesión del resto de los datos electrónicos que, en no pocos casos, interesan tanto a la investigación como el contenido mismo de la conversación interceptada<sup>42</sup>.

Esta situación de indefinición legal se achacaba a la falta de un régi-

---

Estado, sobre disposiciones comunes y medidas de aseguramiento de las diligencias de investigación tecnológica en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, págs. 3 y 4. Así, la ubicación sistemática ha generado algunas críticas al considerarse más oportuno su inclusión como Capítulo I del Título VIII y, por lo tanto, con proyección sobre todas las medidas de investigación limitativas de los derechos reconocidos en el art. 18 CE y no solo sobre las medidas de investigación tecnológica. Bien es cierto que alguna de las previsiones resulta aplicable a todas las medidas de investigación que integran el Título VIII, pero no lo es menos que otras (como las prórrogas, respecto de las intervenciones telefónicas y telemáticas) únicamente son predicables respecto de alguna de las medidas de investigación tecnológica y no de todas.

<sup>42</sup> MARCHENA GÓMEZ, M., op. cit., pág. 202. Enfatiza este autor sobre la práctica habitual de que la solicitud policial de interceptación telefónica se limita a agregar una equívoca referencia a la cesión de los “datos asociados”. Se hace así posible la obtención por los agentes de todo un torrente de información añadida sobre cuya necesidad de sacrificio nada ha dicho el juez instructor.

men procesal penal como el ahora existente, por un lado, y por otro al art. 33 de la derogada Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones en el que se regulaba el “secreto de las comunicaciones”<sup>43</sup>. En aquel extenso artículo se partía de la obligación de garantizar el secreto de las comunicaciones y junto a esto de la obligación de realizar las interceptaciones de las mismas reguladas por la ley. Y en lo que a nuestro tema se refiere, por el art. 579 LECrim<sup>44</sup>. Pero a pesar del detalle de la regulación, ésta era ajena al concepto de datos asociados.

De esta manera, al incluir la reforma legal un régimen específico para las diligencias de investigación que restrinjan los derechos fundamentales del art. 18 CE, por un lado, y por otro al hacer mención ese régimen a la obtención de los repetidos “datos asociados” se explicita en el contexto de la instrucción del proceso penal que tales datos asociados están comprendidos en el ámbito de los derechos fundamentales afectados<sup>45</sup>. Por eso, el citado autor pone de manifiesto la importancia jurídica de un enunciado

---

<sup>43</sup> Aquella fue derogada por la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones. Y en ésta se dedica el Capítulo III del Título III (arts. 39 a 44) al “secreto de las comunicaciones y protección de los datos personales y derechos y obligaciones de carácter público vinculados con las redes y servicios de comunicaciones electrónicas”.

<sup>44</sup> En los dos primeros apartados de aquel art. 33 se contenían las siguientes disposiciones:

“1. Los operadores que exploten redes públicas de comunicaciones electrónicas o que presten servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público deberán garantizar el secreto de las comunicaciones de conformidad con los artículos 18.3 y 55.2 de la Constitución, *debiendo adoptar las medidas técnicas necesarias*.

2. Los operadores están obligados a realizar las interceptaciones que se autoricen de acuerdo con lo establecido en el artículo 579 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en la Ley Orgánica 2/2002, de 6 de mayo, *Reguladora del Control Judicial Previo del Centro Nacional de Inteligencia y en otras normas con rango de ley orgánica. Asimismo, deberán adoptar a su costa las medidas que se establecen en este artículo y en los reglamentos correspondientes*”.

<sup>45</sup> A este respecto, la STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 204/2016 de 10 marzo FJ 11 (RJ 2016\1114) celebra el tratamiento legal unitario de los datos contenidos en los ordenadores y teléfonos móviles, reveladores del perfil personal del investigado, configurando un derecho constitucional de nueva generación que es el “derecho a la protección del propio entorno virtual”. Se razona en aquella sentencia que la consideración de cada uno de estos datos de forma separada y con un régimen de protección diferenciado es insuficiente para garantizar una protección eficaz, pues resulta muy difícil asegurar que una vez permitido, por ejemplo, el acceso directo de los agentes policiales a estos instrumentos para investigar datos únicamente protegidos por el derecho a la intimidad (por ejemplo, los contactos incluidos en la agenda), no se pueda acceder o consultar también otros datos tutelados por el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones albergados en el mismo dispositivo.

en el que se aluda a la interceptación de las comunicaciones *telefónicas* y *telemáticas* y, sobre todo, de un precepto que recupere la sustantividad del concepto constitucional de comunicación, exigiendo una resolución judicial que actúe como presupuesto habilitante del acto de injerencia<sup>46</sup>.

### 2.3. Solicitud y resolución judicial que acuerde las medidas<sup>47</sup>

La articulación concreta de los principios rectores tiene lugar en la resolución judicial que acuerde las medidas y en la solicitud que le precede. Y hay que subrayar que también en la solicitud<sup>48</sup>. Por este motivo, el legislador se ha esmerado en la regulación de ambas<sup>49</sup>. Y es evidente que si una intervención de comunicaciones se ha realizado sin autorización judicial no podrá ser tenida en cuenta por el juzgador para dictar una sentencia de condena<sup>50</sup>.

En cambio, la falta de informe previo del Ministerio Fiscal refleja un déficit de control en la adopción de la decisión que, si va unido a otras circunstancias que también denoten falta de control, como sería, por ejemplo, la absoluta ausencia de intervención del Ministerio Fiscal

---

<sup>46</sup> MARCHENA GÓMEZ, M., op. cit., pág. 202. La conclusión a la que llega más adelante (y con satisfacción) el autor citado no es otra que la que se deduce de las exigencias del vigente texto legal, de manera que la investigación penal de hechos delictivos graves pueda imponer una invasión integral en todas las comunicaciones verificadas por el teléfono móvil. Pero en tales casos, esa necesidad ha de ser justificada por la policía o el fiscal, y validada, con la suficiente motivación, por el órgano jurisdiccional.

<sup>47</sup> Sobre esta cuestión y con mayor detalle, ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN, P. “La motivación de la resolución que acuerda la investigación tecnológica”. El nuevo proceso penal sin Código Procesal Penal. Atelier, Barcelona, 2019, págs. 297-308.

<sup>48</sup> Como afirma la Circular 1/2019 de Fiscalía General del Estado, cit., pág. 14, “la validez y el éxito de la medida van a depender, en gran parte, de la corrección de la solicitud inicial en que se funde”.

<sup>49</sup> Se motiva esa importancia de la solicitud inicial en la Circular 1/2019 haciendo referencia a los supuestos de motivación por remisión. “Sobre este particular señala la STS nº 745/2015, de 23 de noviembre: “La motivación por remisión no es una técnica jurisdiccional modélica, pues la autorización judicial debería ser autosuficiente (...) Pero la doctrina constitucional admite que la resolución judicial pueda considerarse suficientemente motivada si, integrada con la solicitud policial, a la que se remite, o con el informe o dictamen del Ministerio Fiscal en el que solicita la intervención (...) contiene todos los elementos necesarios para llevar a cabo el juicio de proporcionalidad” (en el mismo sentido, STS nº 86/2018, de 19 de febrero). En estos casos, por lo tanto, las carencias que pudiera tener la solicitud inicial pasarán directamente a la resolución judicial habilitante (en este sentido, STC nº 136/2006, de 8 de mayo)”. Circular 1/2019, de Fiscalía General del Estado, cit., pág. 14.

<sup>50</sup> MORENO CATENA, V., op. cit., pág. 431.



en la pieza separada de la medida de investigación tecnológica, podría llegar a alcanzar relevancia constitucional (vid. STC n° 197/2009, de 28 de septiembre). La omisión del informe previo, no obstante, por sí sola, no pasará de ser una irregularidad procesal. El informe previo, sin embargo, resulta innecesario en aquellos casos en los que el Ministerio Público insta la diligencia (STS n° 272/2017, de 18 de abril)<sup>51</sup>.

### *2.3.1. La resolución judicial que acuerda la medida y el régimen de disposiciones comunes*

#### 2.3.1.1. LA RESOLUCIÓN JUDICIAL COMO GARANTÍA DE LAS DISPOSICIONES COMUNES Y CONCRECIÓN DE LOS PRINCIPIOS RECTORES

En el contexto de este trabajo no podemos extendernos en consideraciones sobre el régimen de las disposiciones comunes<sup>52</sup>. Pero sí podemos apreciar una serie de disposiciones que guardan una particular relación entre sí. Nos estamos refiriendo a las relativas a la tramitación de la medida, que parte de la solicitud de autorización judicial, solicitud que dará lugar a la resolución judicial propiamente dicha, y continúa con un régimen de control de la misma, que hace presente la figura judicial y no otra<sup>53</sup> (con las garantías que ello supone) durante la ejecución de la medida (arts. 588 bis, b, c y g)<sup>54</sup>.

---

<sup>51</sup> Circular 1/2019, de Fiscalía General del Estado, cit., pág. 18.

<sup>52</sup> Ni podemos reproducir los once artículos que se contienen dentro del art. 588 bis. Baste recordar que las cuestiones objeto de regulación son : a) principios rectores; b) solicitud de autorización judicial; c) resolución judicial; d) secreto; e) duración ; f) solicitud de prórroga; g) control de la medida; h) afectación de terceras personas; i) utilización de la información obtenida en un procedimiento distinto y descubrimientos casuales; j) cese de la medida; k) destrucción de registros.

<sup>53</sup> No se trata de enfatizar. Con mucho acierto y altura de miras jurídica declaraba la STS (Sala de lo Penal, Sección1ª) núm. 342/2015 de 2 junio, FJ 10 (RJ 2015\3551) que “el principio de fundamentación de la medida, abarca no solo al acto inicial de la intervención, sino también a las sucesivas prórrogas, estando permitida en estos casos la fundamentación por remisión al oficio policial que solicita la prórroga, pero no por la integración del oficio policial en el auto judicial por estimar que tal integración constituye una forma de soslayar la habilitación constitucional del art. 18.2 CE que establece que solo al órgano judicial le corresponde la toma de decisión de la intervención, y además, de motivarla”.

<sup>54</sup> FUENTES SORIANO coincide en la identificación de estos elementos como la columna vertebral de estas medidas de investigación. Y así, en relación con el trámite a seguir para el caso de los hallazgos casuales, se refiere la obligación de deducir testimonio

Si bien no podemos decir que pueda sobrar ningún precepto dentro del régimen de disposiciones comunes, sí creemos que la previsión de la resolución judicial que acuerde la medida tiene un significado especial<sup>55</sup>. Así lo ha recordado la doctrina señalando que al tratarse de medidas especialmente invasivas las reguladas a lo largo de los arts. 588 bis LECrim, que afectan intensamente el derecho a la intimidad y el derecho al secreto de las comunicaciones, la nueva regulación exige expresamente que la resolución judicial que las acuerde se sujete a los principios rectores del art. 588 bis a)<sup>56</sup>, a todos los principios rectores. Así lo recuerda la Circular de la Fiscalía 1/2019, subrayando que “la necesidad de su concurrencia es taxativa. Deben cumplirse, por tanto, todos ellos, resultando inadmisibles cualquier medida que no observe alguno, aunque respete todos los demás”<sup>57</sup>.

Siendo muy acertada la afirmación, quizá podría rebajarse algo el tono categórico. Por ejemplo (y en el texto de la misma Circular) se afirma

---

de los particulares necesarios para justificar la legitimidad de la medida; y entre los que cabe entender como “particulares necesarios” habrá que considerar incluidos, al menos, la solicitud inicial para la adopción de la medida, la resolución judicial por la que se acuerda ésta y las peticiones y resoluciones acordando las sucesivas prórrogas que, en su caso, se hubieren decretado. FUENTES SORIANO, O., “Comunicaciones telemáticas: práctica y valoración de la prueba”, en Olga Fuentes Soriano, *El proceso penal. Cuestiones fundamentales*. Edit. Tirant Lo Blanch, Valencia 2017, p. 286.

<sup>55</sup> La idea pensamos que residía en la mente del legislador. Así se confiesa, de forma clara y concreta en el apartado IV del Preámbulo de la LO 13/2015 de 5 de octubre (BOE 6 de octubre), declarando expresamente que “*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 de 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*”.

<sup>56</sup> MORENO CATENA, V., op. cit., pág., 261. Hace estas consideraciones el citado autor en el contexto de la exigencia de que las referidas medidas se adopten mediante resolución judicial motivada, como resolución que es limitativa de un derecho fundamental. Es evidente que el ser o no ser de los principios rectores del art. 588 bis a) LECrim, pasa necesariamente por el cumplimiento de esta exigencia formal.

<sup>57</sup> Circular 1/2019, de Fiscalía General del Estado, sobre disposiciones comunes y medidas de aseguramiento de las diligencias de investigación tecnológica en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, pág. 5. Y la misma Circular da un paso más en este sentido afirmando que “en lo que concierne a *la motivación relativa al cumplimiento de los principios rectores establecidos en el artículo 588 bis a*, la concurrencia de cada uno de estos principios vendrá determinada por el cumplimiento de los diversos requisitos que, para la validez de la resolución judicial habilitante, se exigen en la Ley.

que “el apartado f) del art. 588 bis c.3 exige que la resolución judicial concrete *la forma y la periodicidad con la que el solicitante informará al juez sobre los resultados (...)*. La simple omisión no necesariamente afecta a la validez de la medida si ha existido efectivo control judicial; si no se lleva a efecto -a pesar de expresarse en la resolución la forma y periodicidad de la dación de cuenta-, podría resultar nula”<sup>58</sup>.

No parece descabellado decir que la resolución judicial se convierte así en la piedra angular del régimen de medidas de investigación tecnológica y de su sistema de garantías. Como con gran acierto ha señalado la doctrina<sup>59</sup>, es evidente que la sucesión de apartados que integra el art. 588 bis c) sólo adquiere significado si su alcance se filtra por los principios a que se refiere el art. 588 bis a). Cualquier automatismo o respuesta inmotivada puede acarrear consecuencias negativas desde la perspectiva de la validez constitucional de la medida. La falta de motivación suficiente, en suma, el silencio del juez respecto de las razones que justifican la injerencia, a la luz de los principios de proporcionalidad, necesidad y especialidad, puede proyectar sobre la diligencia acordada el efecto de ilicitud al que se refiere el art. 11 de la LOPJ.

### 2.3.1.2. SOBRE LA VALORACIÓN DE LAS RAZONES QUE JUSTIFICAN LA RESOLUCIÓN

Junto a esto es importante tener en cuenta que la valoración de los presupuestos que justifiquen una medida de investigación tecnológica deberá hacerse siempre *ex ante*, con los datos de los que se disponga en el momento de su adopción. En este sentido, señala la STS nº 974/2012, de 5 de diciembre que “en los autos que restringen derechos fundamentales, el tipo de juicio requerido (...) ha de operar con rigor intelectual con una perspectiva *ex ante*, o lo que es lo mismo, *prescindiendo metódicamente del resultado realmente obtenido* como consecuencia de la actuación policial (...) Lo contrario, es decir, la justificación *ex post*, sólo por el resultado, de cualquier medio o forma de actuación policial o judicial, equivaldría a la pura y simple derogación del art. 11.1 LOPJ”<sup>60</sup>.

La justificación *ex ante* enlaza con la prueba indiciaria: la resolución judicial deberá, también, exteriorizar *los indicios racionales en los que funde la medida*. Efectivamente, tal y como afirma ZOCO ZABALA, la motivación sobre la existencia de indicios racionales de la presunta

<sup>58</sup> Circular 1/2019, de Fiscalía General del Estado, cit., pág. 30.

<sup>59</sup> MARCHENA GÓMEZ, M., op. cit., pág., 256.

<sup>60</sup> Circular 1/2019, de Fiscalía General del Estado, cit., pág. 20.

comisión de un delito constituye el fundamento de la intervención de las comunicaciones, por constituir la razón que impide convertir al Estado de Derecho en uno policial, usurpador de los derechos y libertades de los ciudadanos; constituyen el fundamento de la racionalidad de la medida de intervención del secreto de las comunicaciones, su criterio de proporcionalidad desde el momento constituyente<sup>61</sup>.

Existe un amplio y consolidado cuerpo jurisprudencial acerca del concepto, naturaleza y alcance de los indicios necesarios para acordar medidas de intervención telefónica que, al tener el mismo fundamento que el resto de medidas de investigación tecnológica, es perfectamente predicable respecto de estas últimas<sup>62</sup>.

No es preciso que los indicios que recoja la resolución judicial resulten probados, señalando la STS nº 203/2015, de 23 de marzo, que los indicios deberán ser considerados en su conjunto y no individualmente. La STS nº 658/2012, de 13 de julio exige que los indicios de actividad delictiva deberán reflejarse en la resolución judicial. Por otro lado, la jurisprudencia, no obstante censurar la práctica de las denominadas motivaciones por remisión, en la práctica la ha venido admitiendo, (en este sentido STS nº 745/2015, de 23 de noviembre)<sup>63</sup>.

---

<sup>61</sup> ZOCO ZABALA, C., *Nuevas tecnologías y control de las comunicaciones*. Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pág. 208. No en vano, el art. 588 bis c, 3 a) recoge como primer elemento que debe estar presente en la resolución que acuerda las medidas “el hecho punible objeto de investigación y su calificación jurídica, *con expresión de los indicios racionales* en los que funde la medida” (la cursiva es nuestra).

<sup>62</sup> Circular 1/2019, de Fiscalía General del Estado, cit., pág. 21. Y al respecto añade: “No basta una intuición policial; ni una sospecha más o menos vaga; ni deducciones basadas en confidencias (STS nº 658/2012, de 13 de julio). Los indicios que se exigen son algo más que simples sospechas, pero también algo menos que los indicios racionales que se exigen para el procesamiento (STC nº 26/2010, de 27 de abril, STS nº 1592/2003, de 25 de noviembre). Esto es, sospechas fundadas en alguna clase de datos objetivos, (...) que han de proporcionar una base real de la que pueda inferirse que se ha cometido o que se va a cometer el delito, sin que puedan consistir en valoraciones acerca de la persona (SSTC nº 26/2010, de 27 de abril, 5/2010, de 7 de abril, 197/2009, de 28 de septiembre y 253/2006, de 11 de septiembre). Los indicios han de contar con cierto fundamento de investigación identificable y susceptible de ulterior contrastación, que es lo que los distingue de las «meras hipótesis subjetivas» (STS nº 926/2007, de 13 de noviembre).

<sup>63</sup> Circular 1/2019, de Fiscalía General del Estado, cit., págs. 21 a 23. Algunos indicios que han sido valorados por la jurisprudencia como aptos: la aprehensión de droga unida a la declaración de un detenido (STS nº 291/2010, de 24 de marzo); la existencia de informaciones confidenciales comprobadas en alguno de sus extremos (STS nº 203/2015, de 23 de marzo); antecedentes penales por delitos de la misma naturaleza (STS nº 178/2005, de 15 de febrero); el cambio frecuente de teléfonos móviles (STS nº

La adopción de una medida de investigación tecnológica sin que existan indicios de actividad delictiva o sin que se exterioricen tales indicios en la resolución judicial o sin que alcancen el grado de exigencia fijado jurisprudencialmente, convertirá en nula la resolución judicial habilitante, con los efectos, tanto directos como indirectos, que derivan de la misma conforme al art. 11 LOPJ. No obstante, puede tener distinto alcance según la gravedad de la irregularidad sufrida, incluso no producirse la nulidad indirecta en los supuestos menos graves<sup>64</sup>.

### 2.3.2. Algunas cuestiones fundamentales de las muchas que suscita el auto que autoriza o deniega la medida de investigación

#### 2.3.2.1. POR QUÉ TIENE QUE SER UN AUTO

En los arts. 294 y 298 del Borrador de Código Procesal Penal (BCPP) implícita y expresamente se dispuso ya que la resolución que acordase la medida fuese un auto<sup>65</sup>, a diferencia de lo que hacía el entonces vigente art. 579 LECrim que hacía una referencia genérica a una “resolución motivada”<sup>66</sup>. Sin duda no estaba pensando en una resolución cualquiera<sup>67</sup>.

---

9/2010, de 22 de enero); el contacto con personas relacionadas con el tráfico de drogas, en la investigación de esta clase de delitos (ATS nº 2323/2006, de 23 de noviembre); el contraste de un alto nivel de vida con la ausencia de actividad laboral conocida (STS nº 537/2008, de 12 de septiembre); la adopción de medidas de contravigilancia y seguridad por parte del investigado (STS nº 31/2008, de 8 de enero). No existe un catálogo cerrado, sino que cualquier circunstancia objetiva que pueda tener una significación relevante desde el punto de vista de la investigación, puede ser valorada como indicio.

<sup>64</sup> Circular 1/2019, de Fiscalía General del Estado, cit., pág. 23.

<sup>65</sup> A este respecto, CASANOVA MARTÍ comentaba que dicho auto, aunque el art. 294 BCPP no lo diga, deberá ser suficientemente motivado por su propia naturaleza legal. CASANOVA MARTÍ, Roser. “Valoración crítica de las intervenciones telefónicas en el borrador de Código Procesal Penal” en Víctor Moreno Catena (Dir.) *Reflexiones sobre el nuevo proceso penal*. Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pág. 549.

<sup>66</sup> Aunque ya entonces exponían los autores que tal mención llevaba categóricamente a descartar la providencia, y dado que las sentencias son resoluciones judiciales que se utilizan para decidir definitivamente sobre una cuestión, el auto se configuraba como la resolución judicial más indicada para decretar la intervención. Así MUÑOZ DE MORALES ROMERO, Marta, “Las intervenciones judiciales de las comunicaciones”, en Nicolás González-Cuellar Serrano, *Investigación y prueba en el proceso penal*, Edit. COLEX, Madrid, 2006, pág. 164.

<sup>67</sup> Un buen ejemplo de aquellos “juicios provisionales de culpabilidad” a los que se refiere CASTILLEJO MANZANARES, R., en *El juicio de faltas*, Edit. Comares, Granada, 2002, pág. 60.

Lo cierto es que la jurisprudencia<sup>68</sup> no podía permanecer callada ante tanto silencio del legislador y fue andamiando la construcción que a éste le esperaba. El art. 294.5 BCPP fue mucho más explícito al exigir para la resolución judicial que autorice la injerencia “el juicio de ponderación” entre interés público e interés del encausado<sup>69</sup>, ponderación y razonamiento que no se puede imaginar fuera de un auto. Junto a esto, el art. 299 BCPP hacía indicación del contenido que debía tener la resolución judicial que autorice la interceptación, en la línea de nuestro art. 588 bis c 3.,<sup>70</sup> aunque éste último sea más prolijo al respecto<sup>71</sup>.

El recorrido legal y constitucional que hay desde la aprobación de la Constitución Española hasta la reforma de la LO 13/2015 es mucho más que importante. Aun partiendo de la base de que estas diligencias de investigación suponen una limitación de los derechos fundamentales, la articulación del régimen legal y el nivel de detalle al que éste descende

---

<sup>68</sup> Buen ejemplo de esto sería, entre otras, la ya citada STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 342/2015 de 2 junio, FJ 10 (RJ 2015\3551). Allí se declara que “al ser medida de exclusiva concesión judicial, esta debe ser fundada en el doble sentido de adoptar la forma de auto y tener suficiente motivación o justificación de la medida, ello exige de la Policía solicitante la expresión de la noticia racional del hecho delictivo a comprobar y la probabilidad de su existencia, así como de la implicación posible de la persona cuyo teléfono es el objeto de la intervención”.

<sup>69</sup> Literalmente exigía que la resolución que autorice la injerencia exprese “el juicio de ponderación realizado entre el interés público de persecución penal del hecho punible y el interés del encausado en preservar su derecho al secreto de sus comunicaciones”. Entiende ORTIZ PRADILLO que la reforma de 2015 reforzó notablemente el deber de motivación de las distintas medidas tecnológicas de investigación (a ello nos referiremos), lo cual obligará al juez a plasmar el juicio de ponderación entre el derecho fundamental afectado y el interés constitucionalmente protegido y perseguido. ORTIZ PRADILLO, J.C., op. cit., pág., 312.

<sup>70</sup> El valor de aquella propuesta normativa era importante, ya que es evidente que el hecho de bajar a tal detalle para las exigencias del auto refuerza notablemente las garantías. Al respecto ponía el acento NOYA FERREIRO de forma particular en la obligación de indicar el procedimiento y periodicidad en que se informará al Tribunal de garantías sobre el resultado de la medida, puesto que en función de esta información deberá decidirse sobre la continuación, el alzamiento o en su caso la prórroga de la intervención. NOYA FERREIRO, M.L., “La interceptación de las comunicaciones en el borrador del Código Procesal Penal: algunas cuestiones críticas” en Víctor Moreno Catena (Dir.) *Reflexiones sobre el nuevo proceso penal*. Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pág. 672.

<sup>71</sup> En concreto, en el vigente 588 bis C.3. se añaden como menciones al contenido del auto las contenidas en los apartados g y h del número 3, relativas a: (...) g) La finalidad perseguida con la medida. h) El sujeto obligado que llevará a cabo la medida, en caso de conocerse, con expresa mención del deber de colaboración y de guardar secreto, cuando proceda, bajo apercibimiento de incurrir en un delito de desobediencia.

sería inimaginable hace cuarenta años. Baste recordar las palabras de GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO<sup>72</sup> cuando en relación con el alcance del deber de motivación de la resolución judicial que autoriza la injerencia hace referencia a la doctrina del Tribunal Constitucional. Ésta, si bien de entrada exige que la motivación debe ser especialmente estricta, lo cierto es que descendiendo a lo concreto en un principio trabajó con criterios particularmente flexibles, aceptando mínima e incluso nula motivación si el derecho de defensa no fuese vulnerado en el caso concreto.

Seguimos la plausible opinión de MARCHENA en el sentido de hacer una “lectura constitucional” de esta reforma. Como dice el citado autor este tipo de artículos -588 bis b) y bis c)- han de interpretarse como algo más que un simple modelo formulario. De lo que se trata, al regular casuísticamente el contenido de esa resolución, es de imponer una estructura sistemática que sirva de recordatorio al Juez instructor del alcance de la medida que esté utilizando. Y que al mismo tiempo no queden aspectos esenciales para la validez del acto de injerencia al albur de las originalidades sistemáticas de cada órgano instructor<sup>73</sup>.

#### 2.3.2.2. SOBRE EL MOMENTO DE LA SOLICITUD

En cuanto al procedimiento, aunque pudiera interpretarse que la solicitud debe hacerse en el seno de uno ya iniciado, nada se opone a que sea tal petición la que le dé comienzo. Lo que no admite discusión es que la medida deberá ser adoptada en procedimiento judicial, si se atiende a la referencia expresa que se hace en el art. 588 bis a.1: “durante la instrucción de las causas”. El desarrollo de medidas de investigación limitativas de derechos fundamentales -como las intervenciones telefónicas- en el marco de las denominadas diligencias indeterminadas ha sido censurado por la jurisprudencia, como en el caso de la STS nº 301/2013, de 18 de abril<sup>74</sup>.

#### 2.3.2.3. SOBRE LA MOTIVACIÓN JUDICIAL DE LA DEBIDA PROPORCIONALIDAD

Hay que estar con RAMOS MÉNDEZ que rotundamente afirma que la ley se ha empeñado en que la resolución sea especialmente motivada,

---

<sup>72</sup> GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, N. *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, edit. COLEX, Madrid, 1990, pág. 147.

<sup>73</sup> MARCHENA GÓMEZ, M., op. cit., pág. 255-256.

<sup>74</sup> Circular 1/2019, de Fiscalía General del Estado, cit., pág. 16.

para reforzar los principios operativos<sup>75</sup>. Esta intencionalidad de la reforma legal y la necesidad de una motivación detallada en el auto que acuerda la injerencia aparecen confesadas en el Preámbulo de la LO 13/2015. Allí se afirma que “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 de ulteriores resoluciones judiciales que adolecen de un laconismo argumental susceptible de vulnerar el deber constitucional de motivación”<sup>76</sup>. Y esta misma experiencia es la que justifica que “el momento más importante para la protección del derecho fundamental afectado será el de la adopción inicial de la medida. De ahí que el legislador haya querido prestar especial atención a todos los extremos que van a rodearlo”<sup>77</sup>.

El principio de proporcionalidad y la motivación judicial que resuelve sobre la medida solicitada son prácticamente dos maneras de hablar de lo mismo. Por eso, a pesar de que no es así como se escribe en la Ley, no le falta razón a VELASCO NUÑEZ cuando incluye entre los principios rectores de las medidas de investigación tecnológicas la autorización judicial, pues así lo exige el art. 588 bis a) LECrim. Esto se deduce del carácter eminentemente público del proceso penal y la afección a importantes derechos fundamentales del investigado, regulados en el art. 18 de la CE<sup>78</sup>.

Pensamos que con particular precisión GONZÁLEZ CUELLAR-SERRANO habla de la motivación como del *requisito extrínseco formal* del principio de proporcionalidad<sup>79</sup>. Por eso todo aquello que guarde relación con la motivación del auto sobre medidas de investigación tecnológica nunca deberá analizarse como un asunto formal sino como la encarnación del respeto a los principios rectores del régimen de estas medidas. Y en concreto, del principio rector que de alguna forma está presente en todos los demás<sup>80</sup>.

---

<sup>75</sup> RAMOS MÉNDEZ, F. *Enjuiciamiento Criminal. Duodécima Lectura Constitucional*, Editorial Atelier Libros Jurídicos, Barcelona, 2016, pág. 261.

<sup>76</sup> Preámbulo (Apartado IV, párrafo V) de 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.

<sup>77</sup> Circular 1/2019, de Fiscalía General del Estado, cit., pág. 12.

<sup>78</sup> VELASCO NUÑEZ, E. *Delitos tecnológicos: definición, investigación y prueba en el proceso penal*. Editorial Jurídica Sepín. Madrid, 2016, p. 68.

<sup>79</sup> GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, N., op. cit., pág. 147.

<sup>80</sup> Este planteamiento pensamos que se refleja en la STC núm. 145/2014 de 22 septiembre, FJ 2, recordando que, en relación con el derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas, “nuestra doctrina ha venido reiterando que las exigencias de motivación de



#### 2.3.2.4. LA ADOPCIÓN DE MEDIDAS SIN RESOLUCIÓN JUDICIAL

Dicho todo lo cual, ahora hay que añadir que, como tan frecuentemente pasa en Derecho, la regla tiene su excepción. Efectivamente, en el ámbito del registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información el art. 588 sexies c regula la autorización judicial. Y en el apartado cuarto de este artículo se contempla la posibilidad de tal registro sin autorización judicial cuando esto resulte imprescindible, exigiendo una inmediata puesta en conocimiento del juez competente que dictará posteriormente la resolución motivada que decidirá la suerte de dicha diligencia<sup>81</sup>.

La lectura rápida del precepto parece poner en solfa los comentarios que hasta aquí hemos hecho<sup>82</sup>. Una primera reflexión nos permite relativizar esa impresión ya que en el ámbito del proceso penal no es extraña esa “judicialización en un segundo momento”. Sin ir más lejos eso ocurre con la detención que en atención a la eficaz persecución del delito puede llevarse a cabo incluso por particulares. La doctrina del Tribunal Supremo venía contemplando esta posibilidad, también con carácter excepcional y por razones de urgencia y necesidad<sup>83</sup>, de manera que el precepto que estamos comentando no deja de formar parte de la excepción que confirma la regla; con arreglo al régimen espacial allí descrito.

El respeto a la Norma Fundamental por parte de esta práctica también estaba avalado por el Tribunal Constitucional admitiendo esos registros

---

las resoluciones judiciales que autorizan la intervención o su prórroga forman parte del contenido esencial del art. 18.3 CE”.

<sup>81</sup> Dispone expresamente el art. 588 sexies c. 4 que “en los casos de urgencia en que se aprecie un interés constitucional legítimo que haga imprescindible la medida prevista en los apartados anteriores de este artículo, la Policía Judicial podrá llevar a cabo el examen directo de los datos contenidos en el dispositivo incautado...”.

<sup>82</sup> En ese sentido parece pronunciarse ORTIZ PRADILLO recordando que esta excepción no figuraba expresamente en la propuesta del año 2011 y sólo se indicaba para el examen de dispositivos incautados fuera del domicilio y previa decisión del Ministerio Fiscal en la propuesta del año 2013, con lo que este amplio grado de excepcionalidad del nuevo régimen legal de 2015 con respecto al acceso policial a dispositivos informáticos puede orillar los avances jurisprudenciales en el reconocimiento de ese “derecho a la protección del entorno digital”. ORTIZ PRADILLO, J.C., op. cit., pág., 312.

<sup>83</sup> Sobre esta posibilidad, recuerda la STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 204/2016 de 10 marzo, FJ 13 (RJ 2016\1114) “que, si bien nuestra doctrina admite el examen directo de la agenda de un teléfono móvil por los agentes de la policía judicial, por estimar que no afecta al derecho al secreto de las comunicaciones sino al derecho a la intimidad, esta doctrina no exime de la concurrencia de los requisitos constitucionales propios de la afectación a este derecho fundamental”.

policiales, pero poniendo el acento en la posterior y necesaria autorización judicial. En concreto, declarando que “la valoración de la urgencia y necesidad de la intervención policial ha de realizarse *ex ante* y es susceptible de control judicial *ex post*, al igual que el respeto al principio de proporcionalidad. La constatación *ex post* de la falta del presupuesto habilitante o del respeto al principio de proporcionalidad implicaría la vulneración del derecho fundamental y tendría efectos procesales en cuanto a la ilicitud de la prueba en su caso obtenida, por haberlo sido con vulneración de derechos fundamentales”<sup>84</sup>.

### 2.3.2.5. ¿HASTA DÓNDE LA MOTIVACIÓN?

Ya hemos referido y alabado el detalle del art. 588 bis c. Como era de prever, tanta virtud no iba a ser suficiente para que la norma no plantease cuestión alguna. Nos limitamos aquí a un breve apunte sobre preguntas que puede suscitar una primera aproximación.

La definición del hecho punible es básica en la resolución que se adopte. Afirma MARCHENA en una comprensión sistemática de la norma que el hecho punible cuyo esclarecimiento se persigue mediante la adopción de esta medida ha de ser definido con unos contornos suficientemente nítidos, excluyentes de toda idea de prospección indefinida<sup>85</sup>. La exigencia es clara por parte de la doctrina del Tribunal constitucional; así, la STC núm. 145/2014 de 22 septiembre, FJ 2, exige que “el órgano judicial debe exteriorizar los datos o hechos objetivos que pueden considerarse indicios de la existencia del delito y de la conexión de la persona o personas investigadas con el mismo; indicios que han de ser algo más que simples sospechas”<sup>86</sup>.

---

<sup>84</sup> En este sentido la STC núm. 70/2002 de 3 abril, FJ 10, en la que se parte de que “la regla general es que el ámbito de lo íntimo sigue preservado en el momento de la detención y que sólo pueden llevarse a cabo injerencias en el mismo mediante la preceptiva autorización judicial motivada conforme a criterios de proporcionalidad. De no existir ésta, los efectos intervenidos que puedan pertenecer al ámbito de lo íntimo han de ponerse a disposición judicial, para que sea el juez quien los examine. Esa regla general se excepciona en los supuestos en que existan razones de necesidad de intervención policial inmediata, para la prevención y averiguación del delito, el descubrimiento de los delincuentes y la obtención de pruebas incriminatorias. En esos casos estará justificada la intervención policial sin autorización judicial, siempre que la misma se realice también desde el respeto al principio de proporcionalidad”.

<sup>85</sup> MARCHENA GÓMEZ, M., op. cit., pág. 256.

<sup>86</sup> La jurisprudencia aporta cordura práctica al tema. Y así, la STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª), núm. 841/2014 de 9 diciembre, FJ 5 (RJ 2015\2067) declara que “no

Sobre el alcance objetivo de la resolución: Bastará -para distinguirla de una investigación prospectiva- con una individualización suficiente y que se haya alcanzado un mínimo de precisión objetiva de los hechos a investigar<sup>87</sup>.

Las circulares de la Fiscalía dan criterios prácticos al respecto razonando en torno al principio de proporcionalidad. Y así, “la resolución judicial que acuerde la medida debe exteriorizar los criterios seguidos y la ponderación de los intereses realizada (...) La *intensidad de los indicios existentes* será un importante parámetro para fundamentar la proporcionalidad de la medida. La consistencia de los indicios permitirá calibrar el nivel de desarrollo de la conducta delictiva y la participación del investigado, posibilitando así un análisis más ponderado sobre el grado de injerencia en el derecho fundamental de que se trate<sup>88</sup>.”

Respecto de los hallazgos casuales, la exigencia de una renovada motivación que justifique que, para la investigación del delito inesperado, también existen razones que justifican, a la luz de sus principios legitimadores, una medida de restricción del derecho al secreto de las comunicaciones<sup>89</sup>. Esta situación, con regulación propia en el art. 588 bis i., se equipara por alguna sentencia al delito flagrante, y pasa necesariamente por un nuevo auto y nueva motivación<sup>90</sup>.

La vigente regulación da un importante paso adelante, que venía siendo exigido por la jurisprudencia y la doctrina científica: la diferenciación entre el soporte físico o el contenido de información digital. Afirma ORTIZ PRADILLO que el legislador ha venido a reconocer, por fin, que los dispositivos de almacenamiento masivo de información en formato digital no son, en absoluto, algo equiparable a una simple mochila, cartera o cualquier otro continente corpóreo de información, sino que son

---

resulta exigible una justificación fáctica exhaustiva, pues se trata de una medida, adoptada, precisamente, para profundizar en una investigación no acabada, por lo que únicamente pueden conocerse unos elementos indiciarios”.

<sup>87</sup> Circular 1/2019, de Fiscalía General del Estado, cit., pág. 20.

<sup>88</sup> Circular 1/2019, de Fiscalía General del Estado, cit., *Añade esta misma circular que es necesaria la indicación del hecho y la calificación jurídica del mismo. Y el incumplimiento de alguna de estas dos previsiones podrá afectar a la validez de la resolución judicial en la medida en que resulten comprometidos los principios rectores.*

<sup>89</sup> MARCHENA GÓMEZ, M., op. cit., pág., 258.

<sup>90</sup> Habla de esa posibilidad de considerar el hallazgo como un delito flagrante la STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 400/2017 de 1 junio (RJ 2017\3872) de manera que los hallazgos casuales deducidos de intervenciones telefónicas justifican la necesidad de ampliar las escuchas, y por el principio de especialidad, exigen de un nuevo auto que legitime la aparición casual y su investigación.

una prolongación más de nuestra vida (nuestra vida digital, habría que especificar) a tenor de la enorme cantidad y calidad de la información que generamos a través de los mismos<sup>91</sup>. El art. 588 sexies a) resuelve expresamente esta exigencia de un razonamiento específico referido a la necesidad de acceder a los contenidos de dichos dispositivos<sup>92</sup>

Consecuencia de lo dicho será la necesidad de concretar la extensión de la medida en la interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas. Sobre este particular el art. 588 ter d) 2) dispone que “para determinar la extensión de la medida, la solicitud de autorización judicial podrá tener por objeto alguno de los siguientes extremos” que posteriormente pormenoriza. Una lectura acertada hace MARCHENA sentenciando que para la historia han de quedar las motivaciones implícitas, en las que *lo uno conlleva lo otro*. El legislador no quiere zonas de penumbra en la explicación jurisdiccional de las razones el sacrificio del derecho al secreto<sup>93</sup>.

Merece una atención especial la figura del agente encubierto informático. La previsión del art. 282 bis.6 LECrim se traduce en que será el Juez quien controlará, previamente y en todo caso, en base a determinados criterios, como la existencia de indicios suficientes, la idoneidad de la medida y su necesidad o la gravedad de la conducta investigada y su motivación. En definitiva, si la infiltración de un agente restringe derechos fundamentales, debe tener en todo caso autorización del Juez de Instrucción competente y valorar, con especial atención, la necesidad y proporcionalidad de los medios de investigación utilizados.<sup>94</sup> Enlaza este control judicial con la disposición del art. 588 bis a) 2 ya que el principio de especialidad exige que una medida esté relacionada con la investigación de un delito concreto, de manera que no podrán autorizarse medidas

---

<sup>91</sup> ORTIZ PRADILLO, J.C., op. cit., pág. 315.

<sup>92</sup> Efectivamente, dicho artículo para el registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información, exige que “el juez de instrucción habrá de extender su razonamiento a la justificación, en su caso, de las razones que legitiman el acceso de los agentes facultados a la información contenida en tales dispositivos”.

<sup>93</sup> MARCHENA GÓMEZ, M., op. cit., pág., 262. Se extiende este autor sobre el texto del art. 588 ter d) 2), referido a la solicitud del Fiscal o de los agentes facultados pero de carácter decisivo para conocer el alcance de la resolución judicial habilitante, lo que dejará atrás situaciones en las que el contenido de la injerencia es idéntico para todos aquellos casos en los que se autoriza una interceptación telefónica.

<sup>94</sup> VALIÑO CES, A., “La actuación del agente encubierto en los delitos informáticos tras la ley Orgánica 13/2015”, en Olga Fuentes Soriano, *El proceso penal. Cuestiones fundamentales*. Tirant Lo Blanch, Valencia 2017, pág. 315.

de investigación tecnológica que tengan por objeto prevenir o descubrir delitos o despejar sospechas sin base objetiva.

Por último, hay que tener en cuenta que las medidas de aseguramiento no requieren una motivación especial para su validez, al margen de justificar sucintamente la necesidad de acordar la conservación para posibilitar la eficacia de una ulterior medida que se solicite<sup>95</sup>.

## **2.4. Apuntes sobre el régimen de la incorporación al proceso de los datos obrantes en archivos automatizados de los prestadores de servicios**

Sin embargo, la incorporación de datos personales a un proceso jurisdiccional está sometida a un régimen jurídico singular porque la protección de datos ha de convivir con otros derechos fundamentales y principios constitucionales: el derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho de defensa (art. 24 de la CE), así como la libertad de información (art. 20.3 CE) y la publicidad de actuaciones (art. 120.3 CE)<sup>96</sup>.

A fin de hacer una exposición sistemática sobre la incorporación al proceso de la información obtenida el autor parte de la STS (Sala de lo Penal) núm. 1215/2012, de 30 de diciembre, con voto particular suscrito por los magistrados Marchena Gómez y Maza Martín. Se basa resumidamente aquella sentencia en la validez y fiabilidad de la autenticidad de los CDs aportados con base en las excelencias del software y la confianza institucional en el trabajo de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado. Y así la sentencia pormenoriza las garantías que reporta el sistema SITEL para la grabación de la intervención de comunicaciones<sup>97</sup>.

La polémica suscitada por el procedimiento de facilitación al juez de la información obtenida a través de SITEL y de las garantías de su integridad se halla íntimamente relacionada con otra cuestión que ha generado

---

<sup>95</sup> Circular 1/2019, de Fiscalía General del Estado, cit., pág. 51. La razón de ser de esta disposición legal no es otra que la orden de conservación, en sí misma, no limita derecho fundamental alguno, ya que su único efecto es la “congelación” de los datos ya almacenados, sin que permita el acceso a los mismos cuando se trate de datos íntimos o restringidos, de ahí que pueda ser emitida por la Policía Judicial y por el Ministerio Fiscal sin necesidad de intervención judicial.

<sup>96</sup> DELGADO MARTÍN, J., op. cit., pág. 134.

<sup>97</sup> GONZÁLEZ LÓPEZ, J.J. “Intervención de comunicaciones. Nuevos desafíos, nuevos límites”, en *El proceso penal en la sociedad de la información* (coordinador Julio Pérez Gil). La Ley, Madrid, 2012, págs. 162-164.

un interés limitado: el control judicial de la medida<sup>98</sup>.

Es cierto que la alegación sobre vulneración de derechos fundamentales no puede ser encorsetada con exigencias derivadas de un erróneo entendimiento del principio de preclusión. Este solo tiene una finalidad ordenadora de los actos del proceso. Su contenido y significado no deben ser exasperados hasta el punto de desplazar la vigencia de otros principios de mayor rango axiológico<sup>99</sup>.

#### *2.4.1. Alegaciones de las partes sobre el contenido de las grabaciones de cara a su exclusión o incorporación a la causa*

No podemos cerrar estos breves apuntes sin referirnos al trámite previsto en el art. 588 ter i, que regula el acceso de las partes a las grabaciones. En el apartado segundo del referido artículo se dispone que “una vez examinadas las grabaciones y en el plazo fijado por el juez, en atención al volumen de la información contenida en los soportes, cualquiera de las partes podrá solicitar la inclusión en las copias de aquellas comunicaciones que entienda relevantes y hayan sido excluidas. El juez de instrucción, oídas o examinadas por sí esas comunicaciones, decidirá sobre su exclusión o incorporación a la causa”.

Entendemos que de esta manera se hace presente la contradicción entre las partes con carácter previo a la resolución que acuerde la incorporación al proceso de los datos obrantes. Disposición esta con, al menos, una doble virtud. Por un lado y para las partes, la posibilidad de alegar lo que tengan por conveniente al respecto. Y, por otro lado, para el proceso, disponer de un trámite que contribuya a la validez de estas actuaciones, que se habrá de traducir en la validez de la prueba en el proceso penal.

Con gran acierto valora MARCHENA GÓMEZ que basta la lectura de los artículos 588 bis g) y 588 ter i) para apreciar el deseo de la reforma de que durante la fase de investigación se despejen cualquiera duda acerca del origen o manipulación de aquellos soportes<sup>100</sup>. Todo apunta, pues, a que el debate sobre la autenticidad de los soportes y la selección de contenidos encuentra su momento idóneo durante la fase de instrucción. Y parece evidente que el legislador así lo ha querido, a través de este trámite que pueda ser de utilidad para la eventual necesidad de sanación del pro-

---

<sup>98</sup> GONZÁLEZ LÓPEZ, J. J., op. cit., págs. 156.

<sup>99</sup> MARCHENA GÓMEZ, M. op. cit., pág. 275.

<sup>100</sup> Idem., pág. 274.

ceso<sup>101</sup>. De ahí que (continúa el mismo autor) una estrategia de defensa que desplaza la impugnación de la autenticidad y de los contenidos de lo comunicado al momento del juicio oral, puede tocar con el obstáculo derivado de haber desaprovechado el incidente que dibuja el artículo 588 ter j) del nuevo texto<sup>102</sup>.

Atendidas estas alegaciones solo el juez puede (debe) resolver sobre esa incorporación de datos al proceso. Entendemos que resulta de gran utilidad la “regla de juicio” que propone PICO I JUNOY al respecto. De manera que, en el caso de que la ilicitud sea clara y evidente, el juez instructor debería eliminar el elemento de investigación de la actuación sumarial y, por el contrario, en caso de duda sobre dicha ilicitud debería no valorar este hecho para evitar frustrar una posible actividad probatoria válida ante el juez sentenciador -el único competente para valorar las pruebas-<sup>103</sup>.

#### *2.4.2. Resolución sobre la incorporación al proceso de los datos obrantes en archivos automatizados*

La incorporación al proceso penal de los datos de tráfico de las comunicaciones es cuestión distinta de la conservación o almacenamiento de dichos datos que se prevé en el Capítulo X del Título VIII<sup>104</sup>. Aquí se

---

<sup>101</sup> Esta misma lógica, que responde el principio de conservación de los actos procesales, entendemos que fue la novedad introducida por el art. 287.2 LEC en relación con la prueba ilícita. Allí se dispone que, sobre la ilicitud de la prueba, “que también podrá ser suscitada de oficio por el tribunal, se resolverá en el acto del juicio o, si se tratase de juicios verbales, al comienzo de la vista, antes de que dé comienzo la práctica de la prueba”. De esta manera, antes de dictar sentencia pueden haber quedado resueltas las cuestiones que pudieran poner en duda la validez de la prueba.

<sup>102</sup> MARCHENA GÓMEZ, M. op. cit., pág. 275. A continuación, expone su opinión (que compartimos) respecto de la imposibilidad de aplicar la lógica de la preclusión como consecuencia de no haber aprovechado este trámite del art. 588 ter i, ya que la efectividad de los derechos fundamentales entendemos que se debe imponer a la virtualidad de la preclusión. Pero, en cualquier caso, sí que puede aligerar el acto del juicio de cuestiones previas sobre la validez de las investigaciones llevadas a cabo con medios de investigación tecnológica.

<sup>103</sup> PICÓ Y JUNOI, J., “La denuncia de la prueba ilícita en el proceso penal” en *El nuevo proceso penal tras las reformas de 2015* (director, Jaume Alonso-Cuevillas Sayrol). Atelier, Barcelona, 2017, pág. 295. El citado autor califica la solución referida bajo el título de *in medio virtus*.

<sup>104</sup> Esta misma diferencia se puede apreciar en el articulado del Convenio de Budapest sobre la Ciberdelincuencia, de 23 de noviembre de 2001. Allí se diferencia en los arts. 16 a 18 la regulación que corresponde, respectivamente, a las siguientes medidas: a) la

trata de determinar los requisitos y garantías exigibles para que la información que puede comprometer el derecho a la intimidad y al secreto de las comunicaciones sea utilizada en el proceso. Es decir, cuándo y cómo puede ser cedida por quiénes la tienen a su disposición con el objetivo de incorporarse, como medio de prueba, en un expediente judicial<sup>105</sup>.

De la redacción dada al art. 588 ter J LECrim entendemos que el requisito esencial, determinante de la validez de esa incorporación no es otro que la autorización judicial exigida<sup>106</sup>. Parece que no exige mucha justificación la medida, que no podía ser de otra manera. Y por tratarse de datos vinculados a procesos de comunicación obviamente esta autorización judicial se encuentra sujeta a las condiciones y requisitos establecidos en los artículos 588 bis a y ss. de la LECrim y, en particular, a los principios de especialidad, idoneidad, excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad de la medida, así como a las exigencias de precisión y motivación a qué se refiere el artículo 588 bis c del citado texto legal<sup>107</sup>.

Nuevamente la garantía jurisdiccional se constituye en pilar imprescindible para dotar de validez a las actuaciones, de cara a su eventual configuración como medio de prueba. Así, será el juez de instrucción quién habrá de valorar, en definitiva, la proporcionalidad de la medida teniendo en cuenta la importancia de esa información a efectos de la concreción de los hechos y la determinación de sus autores y la injerencia que su conocimiento puede suponer en los derechos fundamentales a la intimidad, al secreto de las comunicaciones o a la protección de datos del afectado<sup>108</sup>.

---

conservación rápida de datos informáticos almacenados; b) la conservación y revelación parcial rápidas de datos sobre el tráfico; y c) la orden de presentación.

<sup>105</sup> TEJADA DE LA FUENTE, E. “La conservación de datos informáticos con fines de investigación criminal; requisitos y condiciones para su incorporación al proceso”, en *Investigación Tecnológica y Derechos Fundamentales. Comentarios a las modificaciones introducidas por la Ley 13/2015 (Coordinador Javier Ignacio Zaragoza Tejada)*. Aranzadi, Cizur Menor, 2017, pág. 112-113.

<sup>106</sup> Y entendemos que la redacción es clara y categórica cuando dispone sobre los datos obrantes en archivos automatizados de los prestadores de servicios que “los datos electrónicos conservados por los prestadores de servicios o personas que faciliten la comunicación en cumplimiento de la legislación sobre retención de datos relativos a las comunicaciones electrónicas o por propia iniciativa por motivos comerciales o de otra índole y que se encuentren vinculados a procesos de comunicación, solo podrán ser cedidos para su incorporación al proceso con autorización judicial”.

<sup>107</sup> TEJADA DE LA FUENTE, E., op., cit., pág. 116.

<sup>108</sup> Idem, pág. 116.



### 3. UNA REFLEXIÓN FINAL

En estas páginas nos hemos referido pues a dos cuestiones, que sucintamente podrían resumirse en: 1) La ilicitud de la prueba en el proceso penal: su promulgación legal y su desdibujada actualidad como consecuencia de la jurisprudencia. Desdibujada hasta el punto en que, lo que con arreglo a ley sería nulo, por virtud de la jurisprudencia, deviene válido. 2) Las garantías de licitud probatoria en el régimen de los medios de investigación tecnológica; régimen que hemos querido cifrar a estos efectos en tres puntos: la eficacia de los principios rectores, la resolución judicial que acuerda las medidas de investigación tecnológicas y el régimen de la incorporación al proceso de los datos obrantes.

Dicho esto, podríamos concluir con RICHARD GONZÁLEZ (en un primer momento y resumidamente) que en materia de intervención de comunicaciones serán nulas de pleno derecho las pruebas obtenidas mediante intervenciones realizadas con infracción del derecho fundamental a la intimidad y/o al secreto de las comunicaciones. Lo cual acaecerá por el incumplimiento de las normas de legalidad constitucional a ese fin: falta de autorización judicial; falta de motivación de la necesidad y proporcionalidad de la medida o falta de control efectivo del resultado de la investigación<sup>109</sup>. Pero vistas las últimas tendencias jurisprudenciales parece que estas afirmaciones deben atemperarse. No se puede descartar una medida limitativa del derecho a la intimidad que infrinja el régimen jurídico de los medios de investigación tecnológica y que finalmente pueda soportar una prueba que debiendo ser ilícita resultar válida, en pro de un “proceso justo y equitativo”.

Las posibilidades que ofrecen las medidas de investigación tecnológicas, son potentísimas y de un alcance difícilmente imaginable. Cualquier “fuga” en el sistema de investigación podría llevarnos a un “Chernóbil” sobre la garantía del derecho a la intimidad. La regulación contenida en los artículos 588 bis y siguientes abre las puertas al conocimiento de la intimidad de cualquier persona más allá del conocimiento que esa persona pueda tener de sí misma. Esta posibilidad es legal, pero ¿no es inquietante su mera existencia? ¿Quién custodiará al custodio?

---

<sup>109</sup> RICHARD GONZÁLEZ, M.. *Investigación y prueba mediante medidas de intervención de las comunicaciones, dispositivos electrónicos y grabación de imagen y sonido*. La Ley, Madrid, 2017, págs. 365-366. Puntualiza después el autor (nosotros no queremos detenernos aquí) que en cualquier caso, debemos tener en cuenta que la actividad de investigación de la policía está amparada por el principio básico de la legitimidad de sus actos, que solo puede ceder frente a la alegación de evidencias acreditadas en sentido contrario.

Ponemos fin a estas líneas haciéndonos eco de lo que empieza a ser una preocupación razonable, una inquietud que hay que tener si queremos evitar lo que podría llegar a ser una catástrofe en el Estado de Derecho. Así se recogía en la prensa: “¿Caminamos mansamente hacia una sociedad de vigilancia masiva en la que se manipula la información para tener a la gente controlada, tal y como refleja la novela? (...) Salvo excepciones, el omnipresente Estado policial, todopoderoso y fiscalizador que Orwell fabuló... no existe. Pero los monopolios todopoderosos de la tecnología, con su control de la verdad y su avidez vampírica de información, pueden ser un sustituto plausible de aquel Estado ficticio. En este sentido, también en la realidad El Gran Hermano te vigila y te espía — eso sí, con una *interface agradable y con la aquiescencia y entusiasta cooperación de la masa— a través de las pantallas, del móvil que cada uno lleva en el bolsillo, del imborrable rastro digital que deja cada usuario*”<sup>110</sup>.

---

<sup>110</sup> “El Gran Hermano de Orwell vive” IGNACIO VIDAL-FOLCH. El País, 9 JUN 2019. [https://elpais.com/elpais/2019/06/07/ideas/1559917321\\_955905.html](https://elpais.com/elpais/2019/06/07/ideas/1559917321_955905.html)

# ÍNDICE

<b>PRESENTACIÓN</b> .....	7
---------------------------	---

## **CAPÍTULO 1 LAS EXCLUSIONES PROBATORIAS EN DOS MANIFESTACIONES CONCRETAS DEL DERECHO COMPARADO**

<b>I. LOS HALLAZGOS CASUALES EN LAS DILIGENCIAS DE INCAUTACIÓN E INTERVENCIÓN DE LAS COMUNICACIONES DIGITALES EN CHILE. ALGUNOS PROBLEMAS</b> .....	13
PROF. DR. RAÚL NÚÑEZ OJEDA PROF. DR. RAMÓN BELTRÁN CALFURRAPA D. NICOLÁS SANTANDER AKKRASS, INVESTIGADOR CONTRATADO	
1. PLANTEAMIENTO GENERAL DEL TEMA.....	15
2. LA PRUEBA ILÍCITA EN EL DERECHO PROCESAL PENAL CHILENO .....	18
2.1. No valoración del material recopilado .....	19
3. LOS HALLAZGOS CASUALES: NOCIONES CONCEPTUALES Y MANIFESTACIONES EN EL DERECHO COMPARADO .....	22
3.1. Los hallazgos casuales en Chile y sus manifestaciones jurisprudenciales .....	31
4. LOS HALLAZGOS CASUALES DE LAS COMUNICACIONES DIGITALES EN CHILE: PROBLEMAS QUE PLANTEAN Y POSIBLES FORMAS DE SOLUCIÓN.....	40
4.1. La diligencia de retención e incautación de correspondencia .	40
4.2. Las autorizaciones voluntarias en Derecho Procesal Penal .....	43
5. CONCLUSIONES .....	47

<b>II. LA EXCLUSIÓN DE LA PRUEBA EN EL PROCESO CANÓNICO Y SU PROYECCIÓN EN EL DERECHO CIVIL ITALIANO</b> .....	51
PROF. DR. ANDREA BETTETINI	
1. LAS PRUEBAS EN EL PROCESO CANÓNICO .....	52
2. LA CERTEZA MORAL NECESARIA PARA EMITIR LA SENTENCIA.....	55
3. EL PRINCIPIO DISPOSITIVO ENTRE LA AUTONOMÍA DE LAS PARTES Y LA PROTECCIÓN DEL <i>BONUM PUBLICUM</i> .....	57
4. DISCRECIONALIDAD Y RESPONSABILIDAD DEL JUEZ EN LA EVALUACIÓN DE LA PRUEBA .....	58
5. LA CARGA DE LA PRUEBA Y LA SENTENCIA SOBRE LA RELEVANCIA Y LA ADMISIBILIDAD DE UN INSTRUMENTO PROBATORIO.....	59
6. LA EXCLUSIÓN DE LA PRUEBA CANÓNICA Y SU PROYECCIÓN EN EL DERECHO CIVIL ITALIANO .....	63
7. CONCLUSIONES .....	66

## CAPÍTULO 2

### LAS EXCLUSIONES PROBATORIAS EN EL ENTORNO DE LA INVESTIGACIÓN ELECTRÓNICA DEL PROCESO PENAL

<b>I. LA OBTENCIÓN DE PERFILES DE ADN MEDIANTE LA ORDEN EUROPEA DE INVESTIGACIÓN (OEI): LAS DOS CARAS DE LA MISMA MONEDA</b> .....	71
PROF. DR. JOSÉ FRANCISCO ETXEBERRIA GURIDI	
1. INTRODUCCIÓN .....	72
2. OBTENCIÓN DE PERFILES DE ADN QUE REQUIEREN UNA INTERVENCIÓN CORPORAL PREVIA .....	76
2.1. Punto de partida: intervenciones corporales y su carácter limitativo de derechos fundamentales .....	78
2.2. La relevancia de las condiciones previstas para la diligencia de investigación en el ordenamiento interno.....	80
2.3. El caso interno similar condicionante de la denegación del reconocimiento .....	83
2.4. El carácter condicionante de la naturaleza restrictiva o no de derechos fundamentales.....	84
2.5. Incidencia en la determinación de la autoridad competente para la emisión y ejecución.....	86
2.6. Las intervenciones corporales en el ordenamiento español con la mirada puesta en la OEI.....	88

3. OBTENCIÓN DE PERFILES DE ADN INCORPORADOS A UNA BASE DE DATOS (Y QUE NO REQUIEREN UNA INTERVENCIÓN CORPORAL PREVIA) .....	94
3.1. La autoridad competente para la emisión y reconocimiento de la OEI en estos casos.....	95
3.2. La previsión “para un caso interno similar” y la necesaria incorporación de la medida en el ordenamiento interno .....	97
3.3. Limitación de las causas de denegación del reconocimiento y ejecución.....	98
3.4. La desvinculación de un listado o categoría de delitos .....	100
4. CONCLUSIONES .....	102
<b>II. “PONDERACIONES” JUDICIALES EN MATERIA DE PRUEBA PROHIBIDA Y GARANTÍAS PARA LA NUEVA INVESTIGACIÓN EN EL PROCESO PENAL .....</b>	<b>105</b>
PROF. DR. PEDRO ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN	
1. PROCESO PENAL Y PRUEBA PROHIBIDA. STATUS QUAESTIONIS .....	107
1.1. Lo que se ha venido entendiendo por prueba ilícita.....	107
1.2. Cantos de sirena desde los Tribunales. Las excepciones jurisprudenciales a la exclusión de la prueba ilícita .....	109
1.3. ¿La ilicitud de la prueba bajo una jurisprudencia <i>contra legem</i> ? .....	113
2. GARANTÍAS DE LICITUD PROBATORIA EN EL RÉGIMEN DE LOS MEDIOS DE INVESTIGACIÓN TECNOLÓGICA.....	116
2.1. Planteamiento de la cuestión.....	116
2.2. Los principios rectores .....	117
2.2.1. <i>Una aproximación a la función de los principios rectores</i> .....	117
2.2.2. <i>Hasta dónde llega la virtualidad de los principios rectores</i> .....	119
2.3. Solicitud y resolución judicial que acuerde las medidas.....	122
2.3.1. <i>La resolución judicial que acuerda la medida y el régimen de disposiciones comunes</i> .....	123
2.3.1.1. <i>La resolución judicial como garantía de las disposiciones comunes y concreción de los principios rectores</i> .....	123
2.3.1.2. <i>Sobre la valoración de las razones que justifican la resolución</i> .....	125
2.3.2. <i>Algunas cuestiones fundamentales de las muchas que suscita el auto que autoriza o deniega la medida de investigación</i> .....	127
2.3.2.1. <i>Por qué tiene que ser un auto</i> .....	127
2.3.2.2. <i>Sobre el momento de la solicitud</i> .....	129

2.3.2.3. <i>Sobre la motivación judicial de la debida proporcionalidad</i> .....	129
2.3.2.4. <i>La adopción de medidas sin resolución judicial</i> .....	131
2.3.2.5. <i>¿Hasta dónde la motivación?</i> .....	132
2.4. Apuntes sobre el régimen de la incorporación al proceso de los datos obrantes en archivos automatizados de los prestadores de servicios .....	135
2.4.1. <i>Alegaciones de las partes sobre el contenido de las grabaciones de cara a su exclusión o incorporación a la causa</i> .....	136
2.4.2. <i>Resolución sobre la incorporación al proceso de los datos obrantes en archivos automatizados</i> .....	137
3. UNA REFLEXIÓN FINAL.....	139
<b>III. LA IDENTIFICACIÓN FENOTÍPICA DEL AUTOR DEL DELITO Y SU VALORACIÓN EN EL PROCESO PENAL</b> .....	141
PROF <sup>a</sup> DRA. SUSANA ÁLVAREZ DE NEYRA KAPPLER	
1. INTRODUCCIÓN .....	143
2. LA IDENTIFICACIÓN DEL DELINCUENTE POR MARCADORES GENÉTICOS.....	144
3. CONTRASTE DE PERFILES GENÉTICOS OBTENIDOS Y LA INTERPRETACIÓN DE SUS RESULTADOS.....	145
4. LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA POR MARCADORES GENÉTICOS .....	146
5. AVANCES EN IDENTIFICACIÓN GENÉTICA Y SU VALOR A EFECTOS DEL PROCESO PENAL. DEL ADN FORENSE AL FENOTIPADO FORENSE COMO HERRAMIENTAS EN LA INVESTIGACIÓN DE LOS DELITOS.....	150
5.1. Introducción.....	150
5.2. Naturaleza.....	153
5.3. Valoración y afectación de derechos.....	154
5.4. Límites a su utilización. Exclusiones.....	155
6. CONCLUSIONES .....	157
<b>IV. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN LA OBTENCIÓN, CESIÓN Y TRATAMIENTO DE DATOS PERSONALES EN MATERIA PENAL</b> .....	161
DÑA. MARÍA ELENA LARO GONZÁLEZ, INVESTIGADORA CONTRATADA PREDOCTORAL	
1. CONSIDERACIONES GENERALES .....	162
2. DOCTRINA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA SOBRE EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD.....	164
3. PRINCIPIOS RECTORES DE LA DIRECTIVA (UE) 2016/680.....	170

<b>V. EXCLUSIONES PROBATORIAS A INSTANCIA DE LA PERSONA JURÍDICA</b> .....	175
D. FELIPE PÉREZ DEL VALLE, ABOGADO	
1. INTRODUCCIÓN .....	176
2. RESPONSABILIDAD PENAL DE LA PERSONA JURÍDICA .....	177
3. DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA PERSONA JURÍDICA ....	180
4. PRUEBA ILÍCITA EN PERSONAS JURÍDICAS .....	183
5. DERECHO A LA DEFENSA DE LA PERSONA JURÍDICA SOBRE LA PRUEBA ILÍCITA .....	185
6. REQUISITOS DE LICITUD DE LA PRUEBA ELECTRÓNICA EN RELACIÓN CON LOS DELITOS DE LA PERSONA JURÍDICA .....	189
7. CONCLUSIONES .....	192
<b>VI. PROCESO PENAL Y VOLATILIDAD/MUTABILIDAD DE LAS FUENTES DE PRUEBAS ELECTRÓNICAS: SOBRE LA CONVENIENCIA Y EL MODO DE ASEGURARLAS EFICAZMENTE</b> .....	195
PROF <sup>a</sup> . DRA. EVA ISABEL SANJURJO RÍOS	
1. DE LAS FUENTES Y MEDIOS DE PRUEBA PENAL EN GENERAL A LA PRUEBA ELECTRÓNICA EN PARTICULAR .....	196
2. LA RELEVANCIA DE LAS FUENTES ELECTRÓNICAS EN EL PROCESO PENAL Y LA NECESIDAD DE SU ASEGURAMIENTO .....	197
2.1. El impacto de la información digital en el proceso penal y consecuencias derivadas .....	197
2.2. En la búsqueda de “preservar” la fuente electrónica de relevancia procesal penal.....	200
2.2.1. <i>La instrucción judicial como momento culmen para         la aportación de las fuentes de prueba electrónicas</i> .....	200
2.2.2. <i>Fórmulas de aseguramiento de las fuentes electrónicas         en la instrucción judicial</i> .....	202
2.2.2.1. <i>A través de la actividad de las propias partes             procesales</i> .....	203
2.2.2.2. <i>Mediante la intervención de la autoridad judicial</i> ..	208
2.2.3. <i>Medidas de aseguramiento a expensas de autorización         judicial para la cesión de datos o informaciones         incluidas en un sistema informático</i> .....	215
2.2.4. <i>La adaptación europea de los mecanismos de         cooperación procesal internacional a la era digital:         hacia la Orden Europea de Conservación de pruebas         electrónicas a efectos de enjuiciamiento penal</i> .....	218
3. A MODO DE REFLEXIONES FINALES.....	221

<b>VII. LA CADENA DE CUSTODIA EN LA PRUEBA DIGITAL: ESPAÑA VS. EEUU</b> .....	225
DRA. MARGARITA SIMARRO PEDREIRA, INVESTIGADORA ABOGADA	
1. INTRODUCCIÓN .....	226
2. LA FALTA DE REGULACIÓN DE LA CADENA DE CUSTODIA EN ESPAÑA.....	227
3. LA CADENA DE CUSTODIA EN EEUU .....	232
4. ASPECTOS DIFERENCIALES.....	235

**CAPÍTULO 3**  
**LAS EXCLUSIONES PROBATORIAS EN EL ENTORNO DE LA  
PRUEBA DIGITAL EN EL ORDEN JURISDICCIONAL CIVIL**

<b>I. PROBLEMAS ESPECÍFICOS DEL ACCESO A LAS FUENTES DE PRUEBA DIGITAL EN EL ORDEN JURISDICCIONAL CIVIL</b> .....	241
---	-----

PROF<sup>a</sup> DRA. PIEDAD GONZÁLEZ GRANDA

1. EL ACCESO DE LAS PARTES A LAS FUENTES DE PRUEBA DIGITAL SIN VULNERACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL ORDEN JURISDICCIONAL CIVIL .....	243
1.1. Introducción y planteamiento.....	243
1.2. El entorno específico de la prueba digital y los poderes del juez y las partes .....	245
1.3. La prueba digital prohibida .....	248
1.4. El alcance de las exclusiones probatorias fuera del proceso penal y en concreto en el proceso civil.....	250
1.5. ¿Podemos plantearnos la posible repercusión de la <i>doctrina Falciani</i> en su aplicación a la obtención de fuentes de prueba por particulares en el proceso civil?.....	255
2. OTRO ENFOQUE DE LA CUESTIÓN DEL JUEGO DE PODERES DEL JUEZ Y LAS PARTES EN EL ACCESO A LAS FUENTES DE PRUEBA DIGITAL: A PROPÓSITO DE DOS RECIENTES DICTÁMENES DE LA COMISIÓN ÉTICA JUDICIAL DEL CGPJ.....	258
2.1. A propósito de dos recientes dictámenes de la <i>Comisión Ética Judicial</i> del CGPJ .....	258
2.2. Algunas conclusiones .....	262
3. ¿ESTAMOS AVANZANDO HACIA EL MODELO DEL <i>DISCOVERY</i> EN CONCRETO DEL <i>E-DISCOVERY</i> DEL SISTEMA DEL <i>COMMON LAW</i> ? .....	266
3.1. Breve noción conceptual .....	266



3.2. Razones para una respuesta afirmativa: de la inoperancia de los instrumentos clásicos “paralelos” propios de nuestro sistema a la valoración de los factores que potencian y refuerzan el acceso por las partes a las fuentes de prueba .....	270
3.2.1. <i>La superación del proceso civil adversarial a ultranza tanto en los países del civil law como del common law</i> .....	275
3.2.2. <i>En particular la política legislativa de la UE</i> .....	277
3.2.3. <i>La incidencia de la globalización en la petición de discovery a los tribunales de EEUU desde países del civil law</i> .....	281
3.3. A modo de corolario.....	283
<b>II. TRATAMIENTO DE LOS DATOS CONTENIDOS EN LA PRUEBA DIGITAL INCORPORADA AL PROCESO</b> .....	285
PROF. <sup>a</sup> DRA. MARÍA JESÚS ARIZA COLMENAREJO	
1. HACIA LA PROTECCIÓN DE DATOS TAMBIÉN EN EL PROCESO.....	286
2. FICHERO JURISDICCIONAL, EXPEDIENTE JUDICIAL ELECTRÓNICO Y PRUEBA DIGITAL.....	289
3. OBTENCIÓN DE LA PRUEBA: CONSENTIMIENTO .....	294
4. TIPOS DE DATOS: PERSONALES Y NO PERSONALES .....	297
5. PUBLICIDAD PROCESAL Y PROTECCIÓN DE DATOS .....	301
6. RESPONSABLE DEL TRATAMIENTO DE DATOS: LETRADO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA .....	305
<b>III. LA EXPOSICIÓN DE LOS HIJOS MENORES EN REDES SOCIALES COMO PRUEBA PARA LA PRIVACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD</b> .....	309
DRA. CRISTINA LLAMAS BAO	
1. INTRODUCCIÓN .....	310
2. BREVE ANÁLISIS DEL CONCEPTO, EJERCICIO Y PRIVACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD.....	312
3. ¿PUEDEN UTILIZARSE LAS REDES SOCIALES COMO PRUEBA EN UN PROCESO DE FAMILIA?.....	317
4. CONCLUSIONES .....	324

<b>IV. EL VALOR PROBATORIO DE INFORMACIÓN OBTENIDA DE UN ORDENADOR DE USO COMPARTIDO: A PROPÓSITO DE LA STS 287/2017</b> .....	327
PROF <sup>a</sup> . DRA. PILAR MARTÍN RÍOS	
1. LA PROTECCIÓN DEL “DOMICILIO INFORMÁTICO” Y EL DERECHO AL PROPIO ENTORNO VIRTUAL: LA NECESARIA VALORACIÓN <i>EX ANTE</i> DE LA LEGITIMIDAD DE LA INMISIÓN .....	328
2. EL ACCESO POR PARTE DE TERCEROS NO AUTORIZADOS A DISPOSITIVOS DE ALMACENAMIENTO MASIVO DE INFORMACIÓN DIGITAL: REQUISITOS PARA LA LICITUD PROBATORIA .....	331
3. EL CASO DE LOS DISPOSITIVOS DE USO COMPARTIDO: STS 287/2017, DE 19 DE ABRIL .....	334
4. BREVE REFERENCIA A LA PROTECCIÓN DE LA INTIMIDAD DEL DOMICILIO FÍSICO. EL CASO DEL DOMICILIO COMPARTIDO .....	335
5. CONSIDERACIONES FINALES .....	336
<b>BIBLIOGRAFÍA</b> .....	339
<b>WEBGRAFÍA</b> .....	357

La presente obra colectiva –dirigida por la Catedrática de Derecho Procesal de la Universidad de León, la Dra. Piedad González Granda– pone su empeño en contribuir a desentrañar una de las temáticas más complejas en la actualidad, dada la confluencia en su ámbito de tres parámetros a su vez en constante construcción y evolución. En primer lugar, el alcance de las exclusiones probatorias, es decir, de los efectos de la llamada Prueba Prohibida; en segundo lugar, el entorno digital, es decir, el entorno de la Prueba digital como especialidad –en sentido amplio– de la prueba; y en tercer y último lugar, el ámbito de los poderes del Juez y de las parte en los actos probatorios, en constante búsqueda de equilibrio, con determinados cuestionamientos concretos en el entorno digital en unos y otros órdenes jurisdiccionales.

Desde enfoques y perspectivas diversas, y aunando armoniosamente su carácter teórico y práctico, el trabajo realizado contribuye sin duda a propiciar y difundir la disertación conjunta en torno al tema general que da título al libro: Exclusiones probatorias en el entorno de la investigación y prueba electrónica

El resultado presentado trae causa de la celebración del Congreso Internacional de Derecho Procesal que, con el mismo título que el presente libro, tuvo lugar en la Facultad de Derecho de la Universidad de León los días 3 y 4 de octubre de 2019, recogiendo la mayor parte de las Ponencias presentadas, así como de las Comunicaciones seleccionadas. Ello ha permitido reunir a prestigiosos profesores de diversas Universidades españolas y también procedentes de otros países- tanto del continente europeo como del continente americano-, así como a determinados expertos de otros ámbitos del mundo jurídico.

Estructurado en tres Capítulos, analiza la obra en primer lugar algunas particularidades de las exclusiones probatorias en dos manifestaciones concretas del Derecho Comparado (Chile e Italia respectivamente); en segundo lugar, las exclusiones probatorias en el entorno de la investigación electrónica del proceso penal español; y el tercer Capítulo contempla las exclusiones probatorias en el entorno de la prueba digital en el orden jurisdiccional civil.

Una extensa y cuidada bibliografía contenida en el apartado correspondiente brinda a la obra una herramienta añadida de suma utilidad para invitar a la profundización en la materia, ayudando decididamente a ahondar con su ayuda en la tarea propia encomendada a la doctrina y a la práctica del Derecho Procesal.