



**Programa de doctorado en Ciencias Sociales y Jurídicas**

**UNIVERSIDAD MIGUEL HERNÁNDEZ**

**TRATAMIENTO PROCESAL DE LA PRUEBA TECNOLÓGICA**

**Paloma Arrabal Platero**

**DIRECTORA: Profa. Dra. Olga Fuentes Soriano**

**2019**



Esta Tesis Doctoral se presenta con los siguientes indicios de calidad:

- I. Capítulo de libro ARRABAL PLATERO, P., “El Whatsapp como fuente de prueba”, en *El proceso penal. Reflexiones* (Coord.: FUENTES SORIANO, O.), Tirant lo Blanch, 2017, pp. 351-362.
  - Publicado en la editorial Tirant Lo Blanch, la editorial jurídica mejor valorada en la clasificación SPI (Scholarly Publishers Indicators) que realiza el grupo ILÍA del Consejo Superior de Investigaciones Científicas (CSIC). Consúltese [http://ilia.cchs.csic.es/SPI/prestigio\\_sectores\\_2014\\_2.php?materia=Derecho&tabla\\_espi=spi\\_editoriales\\_derecho\\_2014&tabla\\_extr=spi\\_editoriales\\_derecho\\_2014\\_extr](http://ilia.cchs.csic.es/SPI/prestigio_sectores_2014_2.php?materia=Derecho&tabla_espi=spi_editoriales_derecho_2014&tabla_extr=spi_editoriales_derecho_2014_extr)
  - Citado en FUENTES SORIANO, O., “Los procesos por violencia de género. Problemas probatorios tradicionales y derivados del uso de las nuevas tecnologías”, *Revista General de Derecho Procesal*, nº 44, Iustel, enero 2018
  - Citado en SANJURJO RÍOS, E.I., “Las conversaciones de WhatsApp como objeto de investigación y prueba en el proceso penal”, *JUSTICIA. Revista de Derecho Procesal*, 2017, nº 1, pp. 503-528
  - Citado en ARMENTA DEU, T., “Regulación legal y valoración probatoria de fuentes de prueba digital (correos electrónicos, Whatsapp, redes sociales): entre la insuficiencia y la incertidumbre”, *IDP. Revista de Internet, Derecho y Política*, nº 27, septiembre 2018, pp. 67-79
  - Citado en FUENTES SORIANO, O., “La impugnación de la prueba digital”, en *Processulus*, en prensa
- II. Artículo de revista en coautoría con la directora de la tesis doctoral, la profesora FUENTES SORIANO: ARRABAL PLATERO, P.; FUENTES SORIANO, O., “Impugnación de la prueba tecnológica: práctica de prueba instrumental y exigencia de un “principio de prueba. A propósito de la STS 375/2018, de 19 de julio”, *Revista General de Derecho Procesal*, nº 47, enero 2019.
  - Indicio de calidad: Revista electrónica con 33 criterios Latindex.

Fdo. Paloma Arrabal.





OLGA FUENTES SORIANO, catedrática de derecho procesal del Departamento de Ciencia Jurídica de la Universidad Miguel Hernández

#### CERTIFICA

Que el trabajo de investigación desarrollado bajo mi dirección por D<sup>a</sup> Paloma Arrabal Platero con el título “**TRATAMIENTO PROCESAL DE LA PRUEBA TECNOLÓGICA**”, reúne las condiciones para ser defendido como Tesis Doctoral con el fin de optar al Grado de Doctora.

Para que así coste a los efectos oportunos, firmo el presente en Elche, a 29 de octubre de 2018.

Fdo. Olga Fuentes Soriano





JOSÉ ANTONIO PÉREZ JUAN, catedrático de Historia del derecho de la Universidad Miguel Hernández y coordinador del Programa de doctorado en Ciencias Sociales y Jurídicas

**AUTORIZA**

La presentación del trabajo de investigación desarrollado por D<sup>a</sup> Paloma Arrabal Platero con el título “**TRATAMIENTO PROCESAL DE LA PRUEBA TECNOLÓGICA**” y su defensa ante el Tribunal correspondiente.

Y para que surta los efectos oportunos allí donde corresponda firmo el presente en Elche, a 29 de octubre de 2018.

Fdo. José Antonio Pérez Juan







Esta Tesis Doctoral se ha realizado con el mecenazgo de la Fundación Privada Manuel Serra Domínguez, que, en fecha en julio de 2016, me concedió una ayuda para la realización de una tesis doctoral.

Agradezco al Patronato de la Fundación Privada Manuel Serra Domínguez la concesión de esta ayuda.

Fdo. Paloma Arrabal.



ABREVIATURAS .....	15
RESUMEN .....	19
SOMMARIO .....	21
INTRODUCCIÓN .....	23
INTRODUZIONE .....	29
CAPÍTULO I. LA PRUEBA TECNOLÓGICA: CONCEPTO Y CARACTERES .....	35
1. CONSIDERACIONES GENERALES DE LA PRUEBA .....	35
2. CONCEPTO Y CARACTERES DE LA PRUEBA TECNOLÓGICA .....	38
2.1. Concepto de prueba tecnológica .....	41
2.2. Caracteres de la prueba tecnológica .....	45
2.2.1. Heterogeneidad .....	46
2.2.2. Fácil manipulación .....	47
2.2.3. Huella digital .....	49
2.2.4. Ubicuidad .....	51
2.2.5. Media electrónica .....	54
2.2.6. Publicidad .....	55
3. LA ILICITUD PROBATORIA .....	56
3.1. El fundamento de la ilicitud probatoria .....	57
3.1.1. El efecto disuasorio .....	58
3.1.2. La supremacía de los derechos fundamentales .....	59
3.2. Requisitos para limitar los derechos fundamentales .....	63
3.3. Prueba irregular, prueba prohibida y prueba ilícita .....	69
3.4. Efectos de la prueba ilícitamente obtenida .....	71
3.4.1. Teoría directa .....	71
3.4.2. Teoría indirecta o refleja .....	73
3.4.3. Tendencias que excepcionan la eficacia refleja .....	75
3.4.3.1. Prueba jurídica independiente .....	75
3.4.3.2. Conexión de antijuridicidad .....	77
3.4.3.3. Descubrimiento inevitable .....	83
3.4.3.4. Hallazgo casual .....	86
3.4.3.5. Buena fe .....	87
3.5. Procedimiento para decretar la ilicitud probatoria .....	91
CAPÍTULO II. FUENTES DE PRUEBA TECNOLÓGICA .....	103
1. DERECHOS FUNDAMENTALES AFECTADOS POR LA OBTENCIÓN DE PRUEBAS TECNOLÓGICAS .....	103
1.1. Derecho fundamental al honor .....	103
1.2. Derecho fundamental a la intimidad personal y familiar .....	105
1.3. Derecho fundamental a la propia imagen .....	110
1.4. Derecho fundamental a la inviolabilidad domiciliaria .....	112
1.5. Derecho fundamental al secreto de las comunicaciones .....	120
1.6. Derecho fundamental a la protección de datos .....	132
1.7. Derecho fundamental (en construcción) al propio entorno virtual .....	137
2. OBTENCIÓN DE LA PRUEBA TECNOLÓGICA .....	140
2.1. Obtención de la prueba por la policía mediante diligencias de investigación	140

2.1.1. Obtención directa de la prueba tecnológica.....	150
2.1.1.1. Captación y grabación de las comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos técnicos.....	151
2.1.1.2. Captación de la imagen en lugares y espacios públicos mediante la utilización de dispositivos técnicos.....	154
2.1.1.3. Registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información	155
2.1.1.4. Agente encubierto .....	160
2.1.2. Obtención remota de la prueba tecnológica .....	162
2.1.2.1. Acceso al contenido público en la red.....	162
2.1.2.2. Interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas.....	164
2.1.2.3. Identificación de usuarios, terminales y dispositivos de conectividad	173
2.1.2.4. Control remoto de seguimiento y localización.....	175
2.1.2.5. Acceso a la información remota desde un sistema accesible de forma física	180
2.1.2.6. Registro remoto o hacking judicial .....	182
2.1.2.7. Agente encubierto informático.....	188
2.1.3. Hallazgos casuales.....	192
2.2. Obtención de la prueba por las partes o por un tercero .....	199
2.3. Obtención de la prueba en otro proceso .....	202
2.4. Obtención de la prueba en Estados miembros de la UE .....	204
<b>CAPÍTULO III. MEDIOS DE PRUEBA TECNOLÓGICA.</b> .....	209
1. LOS MEDIOS DE PRUEBA: CONCEPTO Y REQUISITOS .....	209
2. LA PRUEBA ANTICIPADA Y PRECONSTITUCIÓN DE PRUEBA.....	216
3. LA PRÁCTICA DE LA PRUEBA TECNOLÓGICA .....	222
3.1. La declaración del acusado .....	226
3.2. La prueba testifical .....	229
3.3. La prueba pericial.....	232
3.3.1. Pericial informática.....	238
3.4. La prueba documental .....	239
3.4.1. El documento electrónico .....	245
3.5. El reconocimiento judicial .....	249
3.6. La prueba de reproducción de palabras, sonidos e imágenes y de los instrumentos que permiten archivar y conocer datos .....	251
3.7. La prueba indiciaria.....	252
<b>CAPÍTULO IV. IMPUGNACIÓN Y VALORACIÓN DE LA PRUEBA TECNOLÓGICA.</b> .....	255
1. IMPUGNACIÓN DE LA PRUEBA TECNOLÓGICA.....	255
1.1. Admisibilidad y requisito de la impugnación: principio de prueba .....	259
1.2. Consecuencias de la impugnación.....	267
1.2.1. Desplazamiento de la carga de la prueba.....	267
1.2.2. Necesidad de practicar prueba instrumental.....	270
1.3. Procedimiento de impugnación de la prueba tecnológica.....	277
2. VALORACIÓN DE LA PRUEBA TECNOLÓGICA.....	288
2.1. Sistemas de valoración probatoria.....	296
2.1.1. Prueba tasada .....	298
2.1.2. Libre valoración de la prueba .....	307
2.1.3. Valoración conjunta de la prueba .....	314

2.2. La carga de la prueba .....	319
CONCLUSIONES.....	329
CONCLUSIONI.....	339
BIBLIOGRAFÍA .....	349
RECURSOS WEB.....	377
ANEXO: INDICIOS DE CALIDAD. NORMATIVA DE DOCTORADO UMH.....	381





## ABREVIATURAS

AN	Audiencia Nacional
BTS	<i>Base Transceiver Station</i> o estación base transceptora que sirve como punto de acceso a una red de comunicación fija
CE	Constitución Española
CEDH	Convenio Europeo de Derechos Humanos
CP	Código Penal
DDFF	Derechos Fundamentales
DF	Derechos Fundamentales
Directiva 2014/41/CE	<i>Directiva 2014/41/CE, de 3 de abril, relativa a la orden europea de investigación en materia penal</i>
EOI	Orden Europea de Investigación
Estatuto de la Víctima	<i>Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del delito</i>
FFCCSS	Fuerzas y Cuerpos de Seguridad
FJ	Fundamento Jurídico
GPS	<i>Global Positioning System</i> o Sistema de Posicionamiento Global
IMS	<i>Mobile Subscriber Identity</i>
IMSI	<i>International Mobile Subscriber Identity</i>
IP	<i>Internet Protocol</i>
LAJ	Letrado de la Administración de Justicia
LECrim	Ley de Enjuiciamiento Criminal
Ley 25/2007	<i>Ley 25/2007, de 18 de octubre, de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones</i>
Ley 3/2018	<i>Ley 3/2018, de 11 de junio, por la que se modifica la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de</i>

*resoluciones penales en la Unión Europea, para regular la  
Orden Europea de Investigación*

LFE	<i>Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica</i>
LO 1/82	<i>Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen</i>
LO 13/2015	<i>L.O. 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</i>
LO	<i>Ley Orgánica</i>
LOPD	<i>Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal</i>
LOPDGDD	<i>Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales</i>
LOPJ	<i>Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial</i>
LOTJ	<i>Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado</i>
MSISDN	<i>Mobile Station Integrated Services Digital Network</i>
SAP	<i>Sentencia de la Audiencia Provincial</i>
STC	<i>Sentencia del Tribunal Constitucional</i>
StPO	<i>Strafprozeßordnung</i>
STS	<i>Sentencia del Tribunal Supremo</i>
STSJ	<i>Sentencia del Tribunal Superior de Justicia</i>
TC	<i>Tribunal Constitucional</i>
TEDH	<i>Tribunal Europeo de Derechos Humanos</i>
TICs	<i>Tecnologías de la información y comunicación</i>
TS	<i>Tribunal Supremo</i>







## **RESUMEN**

La presente Tesis Doctoral tiene por objeto el análisis doctrinal y jurisprudencial de la prueba tecnológica desde un punto de vista procesal. Y ello porque debido al auge de las nuevas tecnologías y al uso generalizado que la sociedad hace de ellas, es habitual que constituyan fuente de prueba en aquellos conflictos en los que medie su utilización. En este sentido, resulta necesario un estudio completo de las pruebas tecnológicas en el proceso, desde su obtención hasta su valoración.

Este trabajo analiza las características y los requisitos de admisibilidad de la prueba en general y de la tecnológica, en particular. A modo de ejemplo, entre las muchas cuestiones abordadas en la obra, es posible observar como la jurisprudencia ha ido admitiendo excepciones a la eficacia refleja de la prueba ilícita, que afecta directamente a la concepción de la regla de exclusión prevista en el artículo 11.1 LOPJ. Igualmente, aparecen nuevas interpretaciones a los derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos, derivadas, principalmente, del reconocimiento social a la protección que debe brindarse a los ciudadanos frente al uso (y abuso) de las nuevas tecnologías. Ampliar la tutela de la intimidad personal y familiar a la información publicada en Internet, enmarcar las comunicaciones telemáticas en la garantía del derecho del 18.3 CE o reconocer la protección de datos son ejemplos de la adaptación de los derechos fundamentales a la nueva realidad tecnológica.

Con el mismo fundamento, resulta necesario el estudio de las diligencias de investigación para la obtención de estas pruebas tecnológicas, que, tras una de las reformas de la LECrim operada en 2015, incluye también los actos tecnológicos para la investigación de delitos.

También son objeto de análisis los medios de prueba legalmente previstos y su idoneidad para incorporar al proceso fuentes de prueba tecnológica. Además, el trabajo estudia la posible impugnación de la prueba tecnológica y las consecuencias, cuales son el desplazamiento de la carga de probar su autenticidad y la necesidad de practicar prueba instrumental. Finalmente, se reflexiona sobre la valoración judicial de la prueba tecnológica.

En resumen, esta Tesis Doctoral constituye un trabajo de investigación sobre la obtención, aportación, práctica y valoración de elementos tecnológicos como pruebas de un proceso con el fin de que exista una mayor seguridad jurídica en los procesos participados de esta nueva realidad tecnológica ya imperante.



## SOMMARIO

L'obiettivo di questa tesi di dottorato è l'analisi dottrinale e giurisprudenziale dell'evidenza tecnologica da un punto di vista procedurale. E questo perché, a causa della diffusione delle nuove tecnologie e dell'uso generalizzato che la società fa di esse, è frequente che esse costituiscano una fonte di prova in quei conflitti in cui si utilizzano. In questo senso, è necessario uno studio completo delle evidenze tecnologiche nel processo, dalla loro acquisizione fino alla loro valutazione.

Questo documento analizza le caratteristiche e i requisiti di ammissibilità della prova in generale e della prova tecnologica in particolare. Ad esempio, tra le tante questioni affrontate nel saggio, è possibile osservare come la giurisprudenza abbia ammesso eccezioni alla prova ottenuta con mezzi illegali, ciò incide direttamente sulla concezione della regola di esclusione ai sensi dell'articolo 11,1 dalla LOPJ (la Legge Organica del Potere Giudiziario nell'ordinamento spagnolo). Allo stesso modo, nuove interpretazioni di diritti fondamentali costituzionalmente riconosciuti, appaiono derivate principalmente dal riconoscimento sociale alla protezione che deve essere fornita ai cittadini contro l'uso (e l'abuso) delle nuove tecnologie. Estendere la tutela della privacy personale e familiare alle informazioni pubblicate su Internet, che includono le comunicazioni telematiche garantite dal diritto di 18,3 CE o di riconoscere la protezione dei dati sono esempi di adattamento dei diritti fondamentali alla nuova realtà tecnologica.

In base agli stessi principi, è necessario studiare accuratamente le pratiche utilizzate per acquisire le prove tecnologiche, che, dopo una delle riforme della LECrim (il Codice di procedura penale spagnolo) effettuata nel 2015, include anche atti tecnologici d'indagine per l'investigazione dei crimini.

Vengono analizzati anche i mezzi di prova legalmente previsti e la loro idoneità a inserire le fonti di test tecnologiche nel processo. Inoltre, il lavoro studia la possibilità di impugnare l'evidenza tecnologica e le conseguenze, che sono lo spostamento dell'onere di dimostrare la sua autenticità e la necessità di praticare test strumentali. Infine, si riflette sulla valutazione giudiziaria dell'evidenza tecnologica.

In sintesi, questa tesi è una ricerca sulla raccolta, l'acquisizione, la fornitura e la valutazione degli elementi tecnologici come prova nel processo affinché ci sia una maggiore certezza giuridica nei processi supportati da questa nuova realtà tecnologica oggi imperante.



## INTRODUCCIÓN

Es un hecho innegable que la irrupción de las nuevas tecnologías durante la última década ha tenido un impacto muy significativo en todos los ámbitos de la sociedad actual.

En este sentido, el fenómeno de la digitalización ha modificado por completo las relaciones sociales, profesionales y comerciales<sup>1</sup>. En cualquiera de estos ámbitos, el correo electrónico y otros mecanismos de comunicación instantánea –piénsese en *WhatsApp*, *Line*, *Facebook Messenger*-, incluso otras aplicaciones informáticas de diversas funcionalidades –*Instagram*, *Twitter*, *Spotify*, *Amazon*...- y dispositivos tecnológicos están plenamente presentes en el día a día de los ciudadanos<sup>2</sup>. A este respecto y con independencia de que la persona tenga la consideración de nativo o inmigrante digital<sup>3</sup>, es una circunstancia obvia que la interacción entre unos y otros cada vez se realiza en mayor medida por intermediación de la tecnología<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> El informe “Mobile en España y en el Mundo 2017”, realizado por Ditrendia, señala que los españoles usamos el móvil durante todo el día y que esto “nos hace confundir los límites entre lo laboral y lo personal”, ya que “un 39% de los españoles utiliza el móvil para temas personales durante el trabajo mientras que un 30% lo utiliza para trabajar cuando está fuera de la jornada laboral”, en [https://mktefa.ditrendia.es/hubfs/Ditrendia-Informe%20Mobile%202018.pdf?t=1532079210754&utm\\_campaign=Informe%20Mobile%202018&utm\\_source=hs\\_automation&utm\\_medium=email&utm\\_content=64334773&\\_hsenc=p2ANqtz--cx3JSF8KsY23QL5n\\_hdEfxpA53INssRdwpW2vGb0GDM4dsTbTy](https://mktefa.ditrendia.es/hubfs/Ditrendia-Informe%20Mobile%202018.pdf?t=1532079210754&utm_campaign=Informe%20Mobile%202018&utm_source=hs_automation&utm_medium=email&utm_content=64334773&_hsenc=p2ANqtz--cx3JSF8KsY23QL5n_hdEfxpA53INssRdwpW2vGb0GDM4dsTbTy) (última visita: 18 de octubre de 2018). Resulta llamativo como el 78,9 % de los encuestados en el barómetro del CIS de febrero de 2016 (estudio nº 3128) señalan que el uso de las nuevas tecnologías (Internet, teléfono móvil) ha hecho que en las familias haya disminuido la protección de la intimidad. En el mismo sentido, el estudio considera que las relaciones por Internet, frente a las relaciones cara a cara implican menos intimidad (43,6 %) y menos seguridad (46,4 %).

<sup>2</sup> El barómetro del CIS de noviembre 2017 (estudio nº 3195) señala que el 72,4 % de los encuestados ha participado en redes sociales (Facebook, Twitter, Instagram, etc.) o en chats o sistemas de mensajería instantánea (Messenger, WhatsApp, Line, etc.) 93,4 últimos tres meses. Similares datos nos ofrece el barómetro del CIS de febrero de 2016 (estudio nº 3128), que señala que el 90,8 % de los ciudadanos encuestados, habían utilizado el teléfono móvil en los últimos 6 meses; el 55,7% de ellos el correo electrónico (e-mail); el 70,1% el WhatsApp u otra aplicación (Line, Telegram, Snapchat); y un 46,3 %, Redes sociales virtuales (Facebook, Twitter, LinkedIn, etc.). Este mismo estudio señala que quienes han utilizado WhatsApp u otra aplicación similar en los últimos 6 meses consultan sus mensajes continuamente (42,3 %) o varias veces al día (47,5 %), si bien la aplicación más utilizada es WhatsApp en un 98,2% de los encuestados.

<sup>3</sup> A este respecto, resulta de interés la lectura de PRENSKY, M., “Digital Natives, Digital Immigrants”, *On the Horizon*, MCB University Press, Vol. 9, nº5, October 2001, que puede consultarse en <http://www.marcprensky.com/writing/Prensky%20-%20Digital%20Natives,%20Digital%20Immigrants%20-%20Part1.pdf>

<sup>4</sup> De acuerdo con el último informe “Mobile en España y en el Mundo 2017”, realizado por Ditrendia, los españoles destinamos el 74% del total de minutos digitales a acceder a las redes sociales y la mensajería instantánea, un 60% del tiempo a realizar compras en Internet y un 59% para informarnos de las noticias, vid. [https://mktefa.ditrendia.es/hubfs/Ditrendia-Informe%20Mobile%202018.pdf?t=1532079210754&utm\\_campaign=Informe%20Mobile%202018&utm\\_source=hs\\_automation&utm\\_medium=email&utm\\_content=64334773&\\_hsenc=p2ANqtz--cx3JSF8KsY23QL5n\\_hdEfxpA53INssRdwpW2vGb0GDM4dsTbTy](https://mktefa.ditrendia.es/hubfs/Ditrendia-Informe%20Mobile%202018.pdf?t=1532079210754&utm_campaign=Informe%20Mobile%202018&utm_source=hs_automation&utm_medium=email&utm_content=64334773&_hsenc=p2ANqtz--cx3JSF8KsY23QL5n_hdEfxpA53INssRdwpW2vGb0GDM4dsTbTy) (última visita: 18 de octubre de 2018). Este estudio aporta otros datos interesantes, como que el 95% de los usuarios de smartphone en España tenía contratada una tarifa de conexión a internet en el año 2017; que el 49% de los jóvenes entre

De igual manera, Internet ha transformado industrias tradicionales como la prensa –con el auge de los diarios digitales- o las plataformas de entretenimiento. Así, por ejemplo, la informática ha sido clave para la creación de la llamada “economía colaborativa” en las que las plataformas “*peer to peer*” permiten a los usuarios de transporte o de alojamiento vacacional desplazarse u hospedarse a un coste muy inferior al habitual sin la necesaria intervención de un empresario, en vehículos y viviendas de particulares –los casos “*bla bla car*” y “*airbnb*”-. Tales, son claros ejemplos del cambio en los negocios del modelo analógico al digital, presente también en otros sectores estratégicos como la banca o los seguros –piénsese en la evolución de las operaciones bancarias que anteriormente debían realizarse en una sucursal y que actualmente pueden llevarse a cabo por vía telemática-.

En este contexto, la tecnología está también, inevitablemente, presente en los conflictos derivados de la convivencia social, toda vez que los dispositivos electrónicos y la información enviada a través de ellos, son indispensables en la era de la comunicación. Por consiguiente, cuando es tal la naturaleza de la disputa que requiere de una solución judicial, la tecnología ocupa total o parcialmente el eje del sistema probatorio. A modo de ejemplo, mientras en el pasado la comisión de un delito de amenazas o de injurias tenía lugar oralmente, por correo postal o por pintadas en el mobiliario particular o urbano, a día de hoy, son las redes sociales o los correos electrónicos enviados desde el anonimato el modo habitual de la materialización de dichos tipo delictivos. Lo mismo sucede con los fraudes, ahora también cometidos a través de Internet por medio de correos electrónicos engañosos o de falsas páginas web.

Pero el reflejo de la tecnología en el ámbito judicial no está, ni mucho menos, circunscrito únicamente a la aportación *ex parte* de pruebas derivadas de conflictos propios de la convivencia, sino que también, debido a las múltiples ventajas que ofrece, ha sido paulatinamente incorporada a cuestiones tales como la tramitación procesal –piénsese en la sede judicial electrónica o *Lexnet*- o, por lo que aquí especialmente interesa habida

---

18 y 24 años hace un uso intensivo del smartphone que supera las 4 horas diarias; que las transacciones europeas realizadas desde el móvil crecieron un 28% entre el primer y el tercer trimestre de 2017. En la misma línea, el 74,8 % de los encuestados en el barómetro del CIS de mayo de 2018 (estudio nº 3213) afirma haber utilizado Internet en los últimos tres meses, de los cuales el 81,8 % se conecta diariamente a través del teléfono móvil (un 92,8 %); del ordenador portátil (51,8%); del ordenador de sobremesa (43,3 %), o de la Tablet (34%). Estos usuarios utilizan Internet, principalmente, para buscar información o documentación (90,7% de los usuarios); participar en redes sociales tales como Facebook, Twitter, Instagram, LinkedIn, MySpace, etc. (67,9%); participar en foros, chats, sistemas de mensajería instantánea del tipo Messenger, WhatsApp, Line, etc. (67,7%); escuchar o descargar música (51,7%); ver o descargar vídeos, películas, series (48,7); realizar gestiones bancarias (49,2%); comprar algún producto o servicio (45,6%); o leer o descargar libros, periódicos, revistas (42,2%).



cuenta del objeto de este estudio, en las diligencias de investigación policial. Así, por ejemplo, el control remoto de seguimiento y localización, las evidencias obtenidas por el agente encubierto informático o el registro remoto o *hacking judicial*, son tres medios de obtención de pruebas que han surgido de forma paralela a los avances tecnológicos. Y sobre ellos, de igual manera que ocurría con los métodos de investigación no tecnológica –escuchas telefónicas, entrada y registro de vivienda, etc.- cabe plantearse cuáles son sus límites -temporales, materiales o espaciales-, requisitos –autorización judicial- y cuál es su incidencia en los derechos del investigado.

Desde un punto de vista procesal, resulta especialmente necesario analizar la participación de la tecnología en la investigación de hechos delictivos y su posible intromisión en la esfera de los derechos fundamentales de los ciudadanos. El estudio de la limitación de los mencionados derechos constitucionales obliga a una revisión doctrinal del estado de la cuestión. Y ello especialmente por el deficiente marco jurídico normativo existente que ha propiciado la aparición de polémicas excepciones jurisprudenciales a la utilización de medios de prueba indirectamente obtenidos con vulneración de derechos fundamentales.

Es igualmente relevante en el ámbito de la prueba tecnológica la valoración judicial y el procedimiento para su acreditación tras la -posible- impugnación de la misma. Y ello porque la particular naturaleza de estas pruebas y su reciente aparición produce dudas respecto a su admisión y autenticidad, tanto en el juzgador, cuanto en las partes.

Todas y cada una de las citadas cuestiones son objeto de estudio en el presente e, circunscrito a la investigación de la institución de la prueba, especialmente por lo que a la irrupción de las nuevas tecnologías hace referencia.

Con respecto a la estructura aquí seguida, el estudio queda dividido en cuatro capítulos, el primero dedicado al análisis de las características de la prueba tecnológica y a la exigencia de su licitud para la admisión de pruebas en el proceso; el segundo atiende a las fuentes de prueba tecnológicas en función de a qué derechos afecta y de qué forma pueden obtenerse; el tercero está dedicado exclusivamente a los medios de prueba que permiten aportar al proceso evidencias tecnológicas; y, finalmente, el cuarto capítulo examina la posible impugnación de la prueba tecnológica, el proceso de su adverbación y la valoración judicial de la misma.

El primer capítulo comienza con un análisis global de la institución de la prueba, sigue con la conceptualización de la prueba tecnológica a través de la definición de sus principales características y termina con el estudio de la ilicitud probatoria como motivo de inadmisión. En este sentido, aquí se realiza un estudio general sobre la prueba y se determina cuáles de ellas pueden considerarse tecnológicas para, a partir de ello, examinar el fundamento y la situación actual de la regla de exclusión. En la actualidad, la jurisprudencia ha comenzado a incorporar excepciones a la eficacia refleja de la ilicitud probatoria provenientes del sistema estadounidense con la grave consecuencia de la legitimación de pruebas indirectamente obtenidas con vulneración de derechos fundamentales. Como se verá, la trasposición de la teoría del efecto disuasorio como fundamento de la ilicitud probatoria a nuestro sistema jurídico conlleva la admisión de pruebas que provienen de otras obtenidas con vulneración de derechos fundamentales, contradiciendo lo dispuesto en el artículo 11.1 LOPJ.

El segundo capítulo trata, de forma paralela, los derechos fundamentales afectados en la obtención de la prueba tecnológica y las diligencias policiales previstas para la adquisición de este tipo de pruebas. Con respecto a la afectación de derechos fundamentales, se analiza cómo de las disposiciones constitucionales nacen recientes interpretaciones al ejercicio de estos derechos en el uso de las nuevas tecnologías. Tanto es así, que la jurisprudencia ha reconocido la existencia de otros dos derechos fundamentales, el de la protección de datos y el del propio entorno virtual. A este estudio se suma el de las diligencias tecnológicas de investigación de delitos, introducidas en la LECRIM tras la reforma operada por 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*. Estas medidas de investigación tecnológica son comúnmente usadas por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad para la obtención de pruebas tecnológicas.

El tercer capítulo hace alusión a los distintos medios de prueba previstos en el ordenamiento. La conveniencia de profundizar estos aspectos trae causa de la afirmación de que la única forma de aportar una prueba tecnológica al proceso es por medio de la prueba pericial, cuando, tal y como se tratará de demostrar en este capítulo, es posible introducirla a través de cualquiera de los medios previstos en el artículo 299 de la LEC (ya que la previsión de la LECrim con respecto a los medios de prueba es escueta e

incompleta). En cualquier caso, el medio de prueba por el que la parte aporte la evidencia tecnológica al proceso determinará su práctica y su eficacia probatoria.

El cuarto y último capítulo tiene por objeto el estudio de la posible impugnación de parte de la prueba tecnológica y la posterior valoración judicial de la misma. Como se verá, la impugnación de la autenticidad de la prueba tecnológica se ha vuelto un trámite habitual y casi automático en aquellos procesos en los que se incorporan y ello conlleva un importante desplazamiento de la carga de probar su autenticidad hacia la parte que quiera hacerla valer. En este trabajo se propone que la impugnación de una prueba tecnológica se refuerce con un principio de prueba (que no verdadera prueba) que justifique el desplazamiento de la importante carga para acreditar su autenticidad que recae sobre la parte que ha aportado la prueba, con los correspondientes efectos para el proceso. También aborda el presente trabajo el impacto que la conocida STS 300/2015, de 19 de mayo ha tenido sobre la impugnación y valoración de la prueba tecnológica. Igualmente, el mencionado capítulo muestra el debate existente en torno a si los jueces y magistrados requieren de una formación especial o conocimientos técnicos para la valoración de esta clase de pruebas. Finalmente, el estudio se centra en el proceso de valoración seguido por parte del juez para la valoración de prueba tecnológica.

En definitiva, este trabajo realiza una aproximación a la aportación de las, cada vez más frecuentes, fuentes de prueba tecnológica. Y, para ello, se analiza la prueba tecnológica desde su concepción como evidencia, hasta su práctica y valoración en el proceso como medio de prueba. La dependencia de las personas de las nuevas tecnologías obliga necesariamente a un estudio de las mismas desde un punto de vista procesal que analice su admisión, práctica y valoración.



## INTRODUZIONE

È un fatto innegabile che l'irruzione delle nuove tecnologie nell'ultimo decennio abbia avuto un impatto molto significativo in tutte le aree della società moderna.

In questo senso, il fenomeno della digitalizzazione ha completamente modificato le relazioni sociali, professionali e commerciali<sup>5</sup>. In ognuno di questi campi, l'e-mail e altri meccanismi di comunicazione istantanea -consideriamo ad esempio *WhatsApp*, *Line*, *Facebook Messenger*-, comprese altre applicazioni di diverse funzionalità -*Instagram*, *Twitter*, *Spotify*, *Amazon*...- e dispositivi tecnologici sono quotidianamente presenti nella vita dei cittadini<sup>6</sup>. A questo proposito, indipendentemente dal fatto che la persona sia considerata un nativo o un immigrato digitale<sup>7</sup>, è una ovvia circostanza che l'interazione tra loro è effettuata sempre maggiormente attraverso l'intermediazione tecnologica<sup>8</sup>.

---

<sup>5</sup> Il rapporto "Mobile en España y en el Mundo 2017", tenuto da Ditrendia rileva che gli spagnoli utilizzano il cellulare tutto il giorno e che questo "ci fa confondere i confini tra lavoro e vita privata", perché "il 39% degli spagnoli utilizzano il cellulare per questioni personali sul posto di lavoro mentre il 30% lo usa per lavorare quando è conclusa la giornata lavorativa" in [https://mktefa.ditrendia.es/hubfs/Ditrendia-Informe%20Mobile%202018.pdf?t=1532079210754&utm\\_campaign=Informe%20Mobile%202018&utm\\_source=hs\\_automation&utm\\_medium=email&utm\\_content=64334773&\\_hsenc=p2ANqtz--cx3JSF8KsY23QL5n\\_hdEfexpA53INssRdwpW2vGb0GDM4dsTbTy0](https://mktefa.ditrendia.es/hubfs/Ditrendia-Informe%20Mobile%202018.pdf?t=1532079210754&utm_campaign=Informe%20Mobile%202018&utm_source=hs_automation&utm_medium=email&utm_content=64334773&_hsenc=p2ANqtz--cx3JSF8KsY23QL5n_hdEfexpA53INssRdwpW2vGb0GDM4dsTbTy0) (visitato il 18 ott 2018). È sorprendente come il 78,9% degli intervistati nel sondaggio "barometro" condotto dal Centro di ricerca sociologica nel febbraio 2016 (studio n. 3128) indica che l'uso delle nuove tecnologie (Internet, telefonia mobile) ha determinato nelle famiglie la diminuzione della protezione della privacy. Nella stessa ottica, il rapporto ritiene che le relazioni im Internet, rispetto alle relazioni faccia a faccia hanno un minor livello di privacy (43,6%) e di sicurezza (46,4%).

<sup>6</sup> Il sondaggio "barometro" condotto dal Centro di ricerca sociologica di novembre 2017 (studio n. 3195) indica che nei ultimi tre mesi il 72,4% degli intervistati ha eseguito almeno un accesso a social network (*Facebook*, *Twitter*, *Instagram*, ecc.) e il 93,4% in chat room o sistemi in messaggistica istantanea (*Messenger*, *WhatsApp*, *Line*, ecc.). Dati simili sono offerti dal sondaggio "barometro" condotto dal Centro di ricerca sociológica da di febbraio 2016 (studio n. 3128), che indica che il 90,8% dei cittadini intervistati aveva utilizzato il telefono cellulare negli ultimi 6 mesi; il 55,7% invia e-mail; 70,1% utilizza *WhatsApp* o un'altra applicazione (*Line*, *Telegram*, *Snapchat*); e il 46,3%, i social network virtuali (*Facebook*, *Twitter*, *LinkedIn*, ecc.). Questo stesso studio indica che chi ha utilizzato *WhatsApp* o un'altra applicazione simile negli ultimi 6 mesi consulta i propri messaggi continuamente (42,3%) o più volte al giorno (47,5%), anche se l'applicazione più utilizzata è *WhatsApp* per il 98,2% degli intervistati.

<sup>7</sup> A questo proposito, è interessante leggere PRENSKY, M., "Digital Natives, Digital Immigrants", *On the Horizon*, MCB University Press, Vol. 9, n°5, October 2001, que puede consultarse en <http://www.marcprensky.com/writing/Prensky%20-%20Digital%20Natives,%20Digital%20Immigrants%20-%20Part1.pdf>

<sup>8</sup> Secondo l'ultimo rapporto "Mobile en España y en el Mundo 2017", prodotto da Ditrendia, gli spagnoli utilizzano il 74% del totale dei minuti digitali per accedere ai social network e alla messaggistica istantanea, il 60% per effettuare acquisti su Internet e il 59% per informarsi delle notizie, *vid.* [https://mktefa.ditrendia.es/hubfs/Ditrendia-Informe%20Mobile%202018.pdf?t=1532079210754&utm\\_campaign=Informe%20Mobile%202018&utm\\_source=hs\\_automation&utm\\_medium=email&utm\\_content=64334773&\\_hsenc=p2ANqtz--cx3JSF8KsY23QL5n\\_hdEfexpA53INssRdwpW2vGb0GDM4dsTbTy0](https://mktefa.ditrendia.es/hubfs/Ditrendia-Informe%20Mobile%202018.pdf?t=1532079210754&utm_campaign=Informe%20Mobile%202018&utm_source=hs_automation&utm_medium=email&utm_content=64334773&_hsenc=p2ANqtz--cx3JSF8KsY23QL5n_hdEfexpA53INssRdwpW2vGb0GDM4dsTbTy0) (visitato il 18 ott 2018). Questo studio fornisce altri dati interessanti, come ad esempio che il 95% degli utenti di smartphone in Spagna aveva una tariffa di connessione internet nel 2017; che il 49% dei giovani tra i 18 ei 24 anni fa uso intensivo dello smartphone oltre le 4 ore al giorno; che le transazioni europee effettuate dal cellulare sono cresciute del 28% tra il primo e il terzo trimestre del 2017. Nella stessa ottica, il 74,8% degli intervistati nel barometro CIS del maggio 2018 (studio n. 3213) afferma di aver utilizzato Internet negli ultimi tre mesi, di cui l'81,8%

Allo stesso modo, Internet ha trasformato le industrie tradizionali come i media -con l'aumento dei giornali digitali- o gruppi di intrattenimento. Così, ad esempio, l'informatica è stata la chiave per la creazione della cosiddetta "economia collaborativa" in cui le piattaforme "peer to peer" consentono agli utenti di prenotare trasporto o l'alloggio per le vacanze e di spostarsi o soggiornare a un costo molto più basso del solito in veicoli e case di privati -i casi "bla bla car" e "airbnb"- . Questi sono chiari esempi di cambiamento passaggio dal modello commerciale analogico a quello digitale, presente anche in altri settori strategici quali quello bancario, assicurativo -da considerare l'evoluzione delle operazioni bancarie che attualmente possono avvenire per via telematica-.

In tale contesto, la tecnologia è anche, inevitabilmente, presente nei conflitti derivati dalla convivenza sociale, dal momento che i dispositivi elettronici e le informazioni inviate attraverso di essi sono indispensabili nell'era della comunicazione. Pertanto, quando tale è la natura della controversia che richiede una soluzione giudiziaria, la tecnologia occupa totalmente o parzialmente l'asse del sistema probatorio. Ad esempio, mentre in passato la commissione di un reato di minacce o di insulti si verificava oralmente, per posta o con graffiti su mobili privati o urbani, fino ad oggi, sono i social network o le e-mail anonime la tipica via di materializzazione di detto tipo criminale. Lo stesso accade con le frodi, ora commesse anche attraverso Internet tramite e-mail ingannevoli o false pagine web.

Ma il riflesso della tecnologia nelle questioni giudiziarie non è limitato esclusivamente alle prove che ciascuna controparte apporta, ma è stato anche progressivamente incorporato, a causa dei numerosi vantaggi che offre, a questioni come l'elaborazione procedurale -si pensi all'ufficio giudiziario elettronico o *Lexnet* (il sistema di gestione delle notifiche telematiche utilizzato nell'Amministrazione della giustizia spagnola)- oppure, specialmente alla luce dell'oggetto di questo studio, nei procedimenti investigativi della polizia. Così, ad esempio, il monitoraggio e il monitoraggio a distanza, le indagini ottenute dall'agente informatico sotto copertura o il registro remoto o *l'hacking* giudiziario, sono tre mezzi per ottenere prove che sono sorte in parallelo ai progressi tecnologici. E oltre ad essi, così come i metodi non tecnologici, vale la pena considerare

---

si collega quotidianamente tramite il telefono cellulare (92,8%); dal laptop (51,8%); dal desktop (43,3%) o dal Tablet (34%). Questi utenti utilizzano principalmente Internet per cercare informazioni o documenti (90,7% degli utenti); partecipare a social network come Facebook, Twitter, Instagram, LinkedIn, MySpace, ecc. (67,9%); partecipare a forum, chat, utilizzare sistemi di messaggistica istantanea come Messenger, WhatsApp, Line, ecc. (67,7%); ascoltare o scaricare musica (51,7%); visualizzare o scaricare video, film, serie (48,7); effettuare procedure bancarie (49,2%); acquistare un prodotto o un servizio (45,6%); oppure leggere o scaricare libri, giornali, riviste (42,2%).

quali sono i loro limiti -temporali, materiali o spaziali-, i requisiti - come l'autorizzazione giudiziaria- e qual è la sua incidenza sui diritti degli indagati.

Da un punto di vista procedurale, è particolarmente necessario analizzare la l'utilizzo della tecnologia nelle indagini sugli atti criminali e la loro possibile interferenza nella sfera dei diritti fondamentali dei cittadini. Lo studio della limitazione dei summenzionati diritti costituzionali richiede una revisione dottrinale dello stato della questione. Ciò è dovuto in particolare all'insufficiente quadro normativo che ha portato all'emergere di controverse eccezioni giurisprudenziali nell'uso delle prove ottenute indirettamente con violazioni dei diritti fondamentali.

È ugualmente rilevante nel campo delle prove tecnologiche la valutazione giudiziaria e la procedura per il suo accreditamento dopo -l'eventuale- impugnazione della stessa. E questo perché la particolare natura di queste prove e la sua recente apparizione produce dubbi sulla ammissione e sulla veridicità, sia da parte dei giudici, sia nelle parti.

Ciascuno dei problemi di cui sopra è oggetto di analisi in questo studio, circoscritto all'investigazione dell'istituto della prova, in particolare per quanto riguarda l'irruzione delle nuove tecnologie a cui si è fatto riferimento.

Per quanto riguarda la struttura qui seguita, il saggio è suddiviso in quattro capitoli, il primo dedicato all'analisi delle caratteristiche delle prove informatiche e il requisito della sua legalità per l'ammissione delle prove nel processo; il secondo riguarda le fonti di prova informatiche in base a quale diritto esso colpisce e in che modo possono essere ottenuti; il terzo è dedicato esclusivamente ai mezzi di prova che consentono di fornire nel processo le evidenze tecnologiche; e, infine, il quarto capitolo esamina la possibile impugnazione della prova informatica, la procedura per il loro accreditamento e la loro valutazione giudiziaria.

Il primo capitolo inizia con un'analisi globale dell'istituzione della prova, continua con la concettualizzazione della prova informatica attraverso la definizione delle sue caratteristiche principali e si conclude con lo studio dell'illiceità probatoria come motivo di inammissibilità. In questo senso, qui viene condotto uno studio generale sulla prova e viene determinato quali di esse possono essere considerate digitali, di modo che, venga esaminata la base e la situazione attuale dell'illiceità probatoria. Attualmente, la giurisprudenza ha iniziato a incorporare eccezioni all'efficacia riflessiva dell'illegittimità delle prove dal sistema statunitense, con la seria conseguenza della legittimazione delle

prove ottenute indirettamente con violazione dei diritti fondamentali. Come si vedrà, la trasposizione dal effetto deterrente come base per l'illiceità delle prove nel nostro ordinamento prevede l'ammissione delle prove derivate da quelle ottenute in violazione dei diritti fondamentali, in contrasto con l'articolo 11,1 dalla LOPJ (la Legge Organica del Potere Giudiziario nell'ordinamento spagnolo).

Il secondo capitolo si occupa, in parallelo, dei diritti fondamentali colpiti nell'ottenere le prove informatiche e le procedure di polizia previste per l'acquisizione di questo tipo di prove. Per quanto riguarda l'incidenza dei diritti fondamentali, viene analizzato come nascono nuove interpretazioni nelle disposizioni costituzionali dall'esercizio di questi diritti nell'uso delle nuove tecnologie. Tanto che la giurisprudenza ha riconosciuto l'esistenza di altri due diritti fondamentali, quello della protezione dei dati personali e il diritto al proprio "ambiente virtuale". A questo studio si aggiunge l'indagine degli atti tecnologici dei reati, espressamente regolata dal 2015. Queste misure di indagine tecnologica sono comunemente utilizzate dalle forze di sicurezza per ottenere prove tecnologiche.

Il terzo capitolo si riferisce ai diversi mezzi di prova forniti nell'ordinamento. L'inclusione di questo capitolo è giustificata perché è stato affermato che l'unico modo per fornire una prova tecnologica al processo è quello dell'esperto IT, quando, in effetti, è possibile introdurlo nel processo attraverso uno qualsiasi dei mezzi previsti dall'articolo 299 della LEC (poiché la previsione della LECrim rispetto ai mezzi di prova è concisa e incompleta). In ogni caso, i mezzi di prova con cui la parte fornisce le prove informatiche al processo determineranno la sua pratica e la sua efficacia probatoria.

Il quarto e ultimo capitolo ha come oggetto lo studio della possibile impugnazione dalla parte alla prova informatica e la successiva valutazione giudiziaria di esso. Come si vedrà, l'impugnazione dell'autenticità della prova tecnologica è diventata regolare e quasi automatica in quei processi in cui sono incorporati e questo comporta un cambiamento significativo nell'onere di dimostrare la sua autenticità alla parte che vuole usarla. A questa tesi si propone di rinforzare l'impugnazione di una prova informatica con l'onere della prova (non con vera prova) per giustificare il grande spostamento dell'onere che ricade sulla parte che fornisce la prova per accreditare la sua autenticità, con effetti corrispondenti per il processo. Anche, il presente saggio affronta l'impatto che la sentenza della Corte suprema (spagnola) 300/2015, del 19 maggio ha avuto sull'impugnazione e sulla valutazione della prova informatica. Allo stesso modo, questo capitolo mostra il



dibattito che esista ovvero se giudici e magistrati richiedono una formazione specifica o conoscenze tecniche per la valutazione di questo tipo di prove. Infine, lo studio si concentra sul processo di valutazione seguito dal giudice per la valutazione delle prove informatiche.

In breve, questa tesi cerca un approccio alle prove informatiche. E, per questo, viene analizzato dal concepimento della prova, fino alla sua pratica e alla sua valutazione nel processo come mezzo di prova. La dipendenza delle persone dalle nuove tecnologie richiede necessariamente un loro studio da un punto di vista processuale per analizzare l'ammissione, la pratica e la valutazione di questo tipo di prove.





## CAPÍTULO I. LA PRUEBA TECNOLÓGICA: CONCEPTO Y CARACTERES

### 1. Consideraciones generales de la prueba

La prueba es el elemento determinante de los procesos judiciales en el ordenamiento jurídico español, en tanto en cuanto de su práctica dependerá que el Juez obtenga la evidencia de los hechos controvertidos afirmados por las partes, que condicionan la aplicación de la norma cuya consecuencia jurídica las partes invocan<sup>9</sup>. Así, la prueba es la actividad que compara la afirmación sobre unos hechos y la realidad de los mismos con la finalidad de convencer al juez<sup>10</sup>.

La prueba es, por tanto, la actividad procesal clave de la que depende que el juez logre su convencimiento acerca de los hechos litigiosos y, con base en las normas jurídicas aplicables, estime o desestime las pretensiones formuladas por las partes<sup>11</sup>. Con la aportación de la prueba, las partes delimitan el objeto de la pretensión<sup>12</sup> y se presentan en igualdad de armas en un juicio guiado por los principios de publicidad y contradicción<sup>13</sup>.

Del breve bosquejo realizado, se advierte que existe una diferencia sustancial entre los hechos y la prueba como actividad de un proceso judicial, tendente a demostrar su veracidad. En este orden de ideas, TARUFFO interpreta la prueba desde una concepción epistémica, esto es, orientada a la búsqueda y comprobación de la verdad de los hechos. Como acertadamente observa, “la prueba es el instrumento que le proporciona al Juez la

---

<sup>9</sup> GIMENO SENDRA, V., *Derecho Procesal Civil I: El Proceso De Declaración. Parte General*, Ediciones Jurídicas Castillo de Luna, Madrid, 2015, p. 495 y ASENCIO MELLADO, J.M., *Derecho Procesal Civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 227. En el mismo sentido, ORTELLS RAMOS define la prueba como “una actividad para convencer al Juez del ajuste a la realidad de las afirmaciones de las partes o para fijarlas formalmente a los efectos de la resolución sobre el objeto del proceso”, en ORTELLS RAMOS, M., *Derecho Procesal civil*, Thomson Aranzadi, Madrid, p. 338. En el mismo sentido, afirma CARNELUTTI que “no hay juicio alguno que pueda realizarse sin pruebas”, en CARNELUTTI, F., *Teoría General del Derecho* (traducido por OSSET), Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955, pp. 484-485.

<sup>10</sup> SERRA DOMÍNGUEZ, M., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales* (Dir. ALBALADEJO), segunda edición, Tomo XVI, volumen II, Madrid, 1991, p. 12.

<sup>11</sup> PICÓ I JUNOY, J., *Nociones preliminares de Derecho Procesal Civil* (Coord. NIEVA FENOLL, J. y BUJOSA VADELL, L.), Atelier, Barcelona, 2015, pp. 71-72. Como señala TARUFFO, “evidence is the only means by which the trier of fact may reconstruct what happened in the reality. Private knowledge of such facts is not admissible as a basis of the decision. In a very general sense, evidence is any kind of information that is relevant (i.e.: useful) for the knowledge of any fact in issue”, en TARUFFO, M., “Inferences in judicial decisions about facts”, *Revista Ítalo-Española de Derecho Procesal*, Vol. 1, 2018, p. 2.

<sup>12</sup> PARDO IRANZO advierte que, aunque la prueba es principalmente una actividad de parte, también puede serlo, en función del proceso en cuestión, del órgano jurisdiccional, en PARDO IRANZO, V., *La prueba documental en el proceso penal*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008, p. 25.

<sup>13</sup> GIMENO SENDRA, V., *Introducción al Derecho Procesal*, Ediciones Jurídicas Castillo de Luna, Madrid, 2015, p. 332.

información que necesita para establecer si los enunciados sobre los hechos se fundan en bases cognoscitivas suficientes y adecuadas para ser considerados verdaderos”<sup>14</sup>.

El objeto de la prueba está constituido por el conjunto de las alegaciones fácticas y jurídicas que sirven de fundamento a la pretensión<sup>15</sup>. Sin embargo, no todos los hechos sirven a tal fin, sino sólo aquellos que guarden relación con el objeto litigioso, -la prueba pertinente- y los que contribuyan a esclarecer el objeto del proceso -esto es, la prueba útil-. Por ejemplo, no es necesario probar la realidad de los hechos notorios (por todos conocidos), ni tampoco las normas jurídicas, siempre que no se trate de derecho estatutario local, provincial, autonómico o extranjero<sup>16</sup>. En el proceso civil, tampoco es pertinente la prueba de los hechos admitidos por las partes, en tanto en cuanto, su reconocimiento por ellas implica que son ciertos y, por ende, exentos de prueba<sup>17</sup>, salvo que se trate de una materia no disponible para las partes, afecten a terceros o al interés general.

Es igualmente importante la diferenciación básica entre fuente y medio de prueba<sup>18</sup>. La fuente de prueba, de un lado, comprende todos aquellos elementos que existen en la realidad al margen del proceso y convencen sobre datos de hecho<sup>19</sup>. El medio de prueba, de otro, es el conjunto de procedimientos legales que disciplinan la incorporación y práctica de los elementos personales o materiales al proceso -las fuentes de prueba-<sup>20</sup>. Además, dichos medios son limitados y se regulan por una ordenación legal estricta<sup>21</sup>.

---

<sup>14</sup> TARUFFO, M., “Consideraciones sobre prueba y motivación”, en TARUFFO, M., ANDRÉS IBÁÑEZ, P., CANDAU PÉREZ, A., *Consideraciones sobre la prueba judicial*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2010, pp. 26-35.

<sup>15</sup> MORENO CATENA y CORTÉS DOMÍNGUEZ definen el objeto de la prueba como las afirmaciones sobre los hechos que las partes procesales han presentado en sus escritos de calificaciones, en MORENO CATENA, V., CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *Derecho procesal penal*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017, p. 417. Sobre la función y naturaleza de la prueba consúltese TARUFFO, M., “Ermeneutica, prova e decisione”, *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Vol. 4, nº 1, 2018, pp. 129-148.

<sup>16</sup> El principio “iura novit curia”, que significa que “el Tribunal conoce el Derecho”, se refiere, únicamente, al derecho escrito incorporado a nuestro ordenamiento por medio de su publicación en el Boletín Oficial del Estado.

<sup>17</sup> En ese sentido lo establece el artículo 281.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

<sup>18</sup> Sobre la diferencia entre fuente y medio de prueba es de obligada consulta la obra CARNELUTTI, F., *La prueba civil* (traducción de ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO), Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1982.

<sup>19</sup> ORTELLS RAMOS, M., *Derecho Procesal Civil, Op. Cit.*, p. 347.

<sup>20</sup> ASECIO MELLADO, J.M., *Derecho Procesal Civil, Op. Cit.*, p. 240.

<sup>21</sup> En el ámbito civil, la LEC enumera los medios de prueba posibles en el artículo 299, si bien prevé, en el párrafo tercero, la inclusión en el proceso de hechos relevantes “por cualquier otro medio no expresamente previsto”, en aras de permitir que el avance de la técnica admita nuevos métodos de corroboración de los hechos acaecidos en la realidad. Las disposiciones de la LEC son supletorias con respecto a las leyes que regulan los procesos penales, contencioso-administrativos, laborales y militares (artículo 4 Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil). Ello no obstante, la regulación de los distintos órdenes jurisdiccionales contiene determinadas especialidades. En el orden penal, la referencia a los medios de prueba está prevista

En síntesis, los hechos o elementos de la realidad -las fuentes de prueba- se incorporan al proceso a través de los medios de prueba, para lograr el convencimiento judicial sobre la veracidad de las afirmaciones realizadas por las partes. De una manera muy gráfica, TARUFFO define los procesos como el espacio en el que las pruebas confirman la narración “más verdadera” de los hechos y afirma que los procesos judiciales sirven, más que para la resolución de controversias, para decidir las a través de la emisión de fallos justos<sup>22</sup>.

Conforme a ello, las decisiones judiciales son fruto de un juicio de valoración del resultado probatorio, en el que se pondera la prueba aportada y practicada. Y en relación con la ponderación de la prueba aportada, el Juez determina -y motiva- si ésta corrobora las afirmaciones fácticas realizadas por las partes. Para ello realiza un test de credibilidad fundado en máximas de experiencia que serán fruto de su propio conocimiento y de lo establecido normativamente<sup>23</sup>.

Con respecto a la valoración de la prueba, existen tres métodos: primero, la prueba tasada, con cierto valor probatorio determinado por la ley con base en máximas de experiencia (reglas generales del razonamiento humano independientes de los conocimientos técnicos de cada persona); en segundo lugar, la prueba libre, que permite la libre convicción del Juez o tribunal sobre la prueba practicada conforme a las reglas de la sana crítica. Y, en tercer lugar, la valoración conjunta de prueba, que atiende a la totalidad de las practicadas, que pueden ser objeto de pruebas de valoración libre y tasada.

En el caso de que el Juez no alcance el pleno convencimiento con las pruebas aportadas, acudirá a las reglas de la carga de la prueba<sup>24</sup>. De acuerdo con estas normas, corresponderá al actor probar los hechos constitutivos de su pretensión y, al demandado, la acreditación de los extintivos, impeditivos y excluyentes que anulen la eficacia jurídica de los hechos alegados por su contraparte.

Especial atención merece la prueba anticipada por su posible incidencia en el estudio de la prueba tecnológica. Dicha prueba es la que se practica antes del inicio del juicio oral,

---

en los artículos 688-731 bis. Las singularidades de los medios de prueba existentes en la jurisdicción laboral se recogen en los artículos 91-9 de la Ley 36/2011, reguladora de la Jurisdicción Social. Y, en la esfera del orden contencioso administrativo, la prueba se regula en los artículos 60-61 y 78 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

<sup>22</sup> TARUFFO, M., “Consideraciones sobre prueba y motivación”, *Op. Cit.*, pp. 26-35.

<sup>23</sup> SEOANE SPIEGELBERG, J.L., en VV.AA., *Derecho Procesal Civil. Tomo 1*, Andavira, Santiago de Compostela (A Coruña), 2013.

<sup>24</sup> Para un estudio pormenorizado de las reglas de la carga de la prueba véase FERNÁNDEZ LÓPEZ, M., *La carga de la prueba en la práctica judicial civil*, La Ley, Madrid, 2006.

bien por la imposibilidad material o bien las dificultades existentes para su práctica en el mismo -por riesgo de desaparición, pérdida, destrucción o manipulación de la fuente de prueba-<sup>25</sup> y constituye una excepción a la regla general por la que los únicos actos de prueba son los que transcurren en el juicio oral, bajo la inmediación del tribunal y mediante la instauración del principio contradictorio<sup>26</sup>.

Todo ello, como es obvio, con la consideración del respeto a los Derechos Fundamentales de los ciudadanos actúa como límite incuestionable a estos medios de prueba y a los actos de investigación de las fuentes de prueba. Los medios de prueba obtenidos o los actos de investigación realizados -directa o indirectamente- con vulneración de Derechos Fundamentales se consideran prueba ilícita y no pueden valorarse en un proceso judicial<sup>27</sup>; o, lo que es lo mismo, que la licitud de los medios empleados actúa como el único límite a la actividad probatoria<sup>28</sup>, lo que se consigue considerándolos inexistentes y, si se han practicado, se impugnan para evitar que el Juez los valore.

## 2. Concepto y caracteres de la prueba tecnológica

La prueba como entidad procesal adquiere una dimensión diferente con la expansión de las nuevas tecnologías. La sociedad actual es conocida, de hecho, como la de la información y el conocimiento, sucesora de la sociedad industrial o posmoderna<sup>29</sup>. Si bien es cierto que la información se refiere a la difusión en abierto de contenidos y la

---

<sup>25</sup> ÁLVAREZ DE NEYRA KAPPLER, S., “La prueba pericial, documental y la inspección ocular”, en *Nociones preliminares de Derecho procesal penal* (Coord. NIEVA FENOLL, J. y BUJOSA VADELL, L.), Atelier, Barcelona, 2016.

<sup>26</sup> GIMENO SENDRA, V., *Derecho procesal penal*, segunda edición, Editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 802-803. La STS 161/2015, de 17 de marzo afirma que el principio de inmediación proyecta su significado sobre tres sujetos distintos: el órgano jurisdiccional ante el que se practican las pruebas -a fin de eliminar toda interferencia entre el tribunal y la fuente de prueba-; las partes -porque la inmediación es presupuesto sine qua non para la contradicción- la opinión pública -que posibilita un control eficaz de la ciudadanía sobre la administración de justicia-.

<sup>27</sup> La regulación fundamental de la prueba ilícita se encuentra en los artículos 11 LOPJ, 283.3 y 287 de la LEC.

<sup>28</sup> RAMOS MÉNDEZ, F., *Enjuiciamiento Criminal*, Ed. Atelier, Barcelona, 2014, p. 356.

<sup>29</sup> ORTIZ PRADILLO, J.C., *Problemas procesales de la ciberdelincuencia*, Colex Editorial Constitución y Leyes, Madrid, 2013, p. Este autor afirma que se advierte, incluso, una diferencia entre la sociedad de la información, referida a los progresos tecnológicos y a la globalización mediática, y la sociedad del conocimiento, concerniente a los aspectos éticos esperados como resultado del desarrollo de esa sociedad de la información.

comunicación, a la transmisión de datos en un contexto privado o cerrado, no lo es menos que la diferenciación entre ambas es cada vez más difusa<sup>30</sup>.

Tal es su trascendencia que ALONSO-CUEVILLAS Y SAYROL sitúa la globalización económica y el espectacular avance de las nuevas tecnologías junto con la Caída del Muro de Berlín, la desembarcación de la Unión Soviética o los atentados del once de septiembre como los hitos que marcan el inicio de una nueva era en la Historia de la humanidad<sup>31</sup>.

En efecto, el desarrollo geométrico de las nuevas tecnologías de la información y comunicación (en adelante, TICs) ha convertido su uso en la principal herramienta de trabajo, de ocio y, prácticamente, de relación social entre las personas<sup>32</sup>. Es tal la importancia de este cambio social que el uso de las nuevas tecnologías ha transformado desde la forma de comunicación entre las personas, hasta la forma en la que obtenemos información, las formas de comisión de delitos (o ilícitos) y el número de víctimas que pueden quedar afectadas por el mismo<sup>33</sup>.

En ese sentido, las nuevas tecnologías han alcanzado también relevancia significativa en los distintos órdenes jurisdiccionales. Así, en el ámbito civil aparecen nuevas infracciones en materia de propiedad intelectual e industrial, se ha generalizado la contratación electrónica y emergen nuevos problemas competenciales<sup>34</sup>. En la esfera penal, surgen nuevos tipos delictivos relacionados con las nuevas tecnologías, en el marco de la ciberdelincuencia. En el derecho laboral crecen conflictos que se enmarcan en las posibilidades de teletrabajo y de videovigilancia<sup>35</sup>. Y, por último, en el orden

---

<sup>30</sup> DÍAZ REVORIO, F.J., “Reflexiones sobre las nuevas tecnologías y los derechos fundamentales”, en *Legalidad y Defensa* (Dir. GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N. y DEMETRIO CRESPO, E.), Castillo de Luna, Madrid, 2015, p. 255.

<sup>31</sup> ALONSO-CUEVILLAS Y SAYROL, J., “Internet y prueba civil”, *Revista Jurídica de Catalunya*, nº 4, 2001, p. 133.

<sup>32</sup> FUENTES SORIANO, O., “El valor probatorio de los correos electrónicos” en *Justicia penal y nuevas formas de delincuencia* (Dir. ASENCIO MELLADO; Coord. FERNÁNDEZ LÓPEZ), Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 184 y RICHARD GONZÁLEZ, M., “Conductas susceptibles de ser intervenidas por medidas de investigación electrónica. Presupuestos para su autorización”, *Diario La Ley*, nº8808, Sección Tribuna, Editorial LA LEY, 21 de julio de 2016, p. 3.

<sup>33</sup> CUADRADO SALINAS, C., “Registro informático y prueba digital. Estudio y análisis comparado de la ciberinvestigación criminal en Europa”, *La Ley Penal*, Sección Estudios, *Editorial LA LEY*, Nº 107, p. 1.

<sup>34</sup> Sirva de ejemplo de la incorporación de sistemas virtuales en operaciones mercantiles la utilización de los *virtual data room* en operaciones de fusiones y adquisiciones de empresa, vid. GIMENO BEVIÁ, V., “Los «data rooms» en los procesos «due diligence» en fusiones y adquisiciones de empresa”, *FODERTICS 4.0. Estudios sobre nuevas tecnologías y justicia* (Coord. BUENO DE MATA), Comares, Granada, 2015, pp.51-58.

<sup>35</sup> Sobre la prueba en el proceso laboral GARBERÍ LLOBREGAT, J., *El nuevo proceso laboral*, Thomson Reuters, Pamplona, 2011, pp. 285-300.

administrativo, las nuevas tecnologías han afectado directamente a las relaciones entre la Administración y los ciudadanos<sup>36</sup>.

Qué duda cabe que las nuevas tecnologías no sólo han alterado las comunicaciones interpersonales, la obtención de la información por parte de los ciudadanos y su día a día, sino que, consecuentemente, han entrado de lleno en el derecho probatorio, pues han modificado las características propias de la prueba en los procesos judiciales.

Y, como generalmente ocurre en el ámbito normativo, éste se queda atrás frente a la realidad y los grandes avances tecnológicos que van más allá de lo estrictamente regulado<sup>37</sup>. La revolución tecnológica ha traído dispositivos cuya versatilidad los convierte en instrumentos imprescindibles tanto de trabajo, como de ocio, verbigracia “smartphones”<sup>38</sup> discos duros, *tablets*, *pen drives*, *Ipods*, *Smartwatches*, etc., que recopilan y almacenan datos<sup>39</sup>.

Este incremento de las fuentes de prueba de naturaleza tecnológicas está íntimamente ligado con el origen y el auge de la ciberdelincuencia -esto es, aquellos delitos cometidos por medio de un sistema o una red informática, en un sistema o una red informática o contra una red informática<sup>40</sup>- en tanto en cuanto traen causa de la generalización del uso de dispositivos tecnológicos que almacenan los datos generados<sup>41</sup>.

En este orden de ideas, un análisis inicial del estado de la cuestión impone el estudio del posible conflicto que puede plantearse, en el ámbito de la prueba, entre las nuevas tecnologías y el respeto a los Derechos Fundamentales de los ciudadanos, protegidos constitucionalmente<sup>42</sup>.

---

<sup>36</sup> ALONSO-CUEVILLAS, J., “Internet y prueba civil”, *Op. Cit.*, p. 133.

<sup>37</sup> CASANOVA MARTÍ, R., “La captación y grabación de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos”, *Diario La Ley*, nº 8674, 2016, p. 3.

<sup>38</sup> Los *smartphones* o “teléfonos inteligentes” son terminales de comunicación que incluyen, además de las funciones clásicas como son las llamadas de voz, otras propias de un ordenador, como es la navegación por Internet, aplicaciones de mensajería instantánea, programas conectados con navegación GPS, acceso a Redes de información, ... vid. DELGADO MARTÍN, J., “La prueba electrónica en el proceso penal”, *Diario La Ley*, Sección doctrina, *La Ley*, nº 8167, 2013, p. 2.

<sup>39</sup> RODRÍGUEZ ÁLVAREZ pone de relieve que la mayoría de usuarios de Internet acumulan una cantidad ingente de información en nuestros perfiles de las redes sociales (Facebook, Twitter, Tuenti, etc.), bien sea proporcionada por ellos, bien por otros usuarios con los que interactúan, en RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, A., “Aportación por las partes de la información contenida en Redes Sociales”, en *El proceso penal. Cuestiones fundamentales* (Coord. FUENTES SORIANO), Tirant lo Blanch, 2017.

<sup>40</sup> ORTIZ PRADILLO, J.C., *Problemas Procesales ...*, *Op. Cit.*

<sup>41</sup> BONACHERA VILLEGAS, R., “El registro de archivos informáticos una cuestión necesitada de regulación”, *Revista General de Derecho Procesal*, nº 27, [www.iustel.com](http://www.iustel.com), 2012, p. 2.

<sup>42</sup> En ese sentido, FUENTES SORIANO, O., “Las comunicaciones telemáticas: aportación y valoración de la prueba”, en *El proceso penal. Cuestiones fundamentales* (Coord. FUENTES SORIANO), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017, p. 279.



En este contexto es comprensible la preocupación por la definición y la determinación de las características de un nuevo tipo de prueba asociada a las tecnologías emergentes. Estos medios de prueba son conocidos como telemáticos, informáticos, tecnológicos, electrónicos o digitales, según el autor o autora.

En conclusión, se advierte que surgen nuevas cuestiones controvertidas en torno al cumplimiento de las garantías procesales en relación con la prueba en el marco de un proceso judicial.

## 2.1. Concepto de prueba tecnológica

La prueba tecnológica hace referencia, por un lado, a aquellos datos informáticos, esto es, los impulsos electrónicos susceptibles de ser «almacenados en cualquier parte del planeta, enviarse al otro extremo del globo en cuestión de segundos, ser alterados o clonados rápidamente, guardarse en carpetas ocultas, servidores lejanos, cifrados, etc.»<sup>43</sup> con trascendencia en un proceso -véase un pen drive o un disco duro- y, por otro, a aquellos elementos obtenidos a través de medios tecnológicos -como, por ejemplo, un peritaje informático, comunicaciones interceptadas por medio de mecanismos tecnológicos, ...-.

La doctrina utiliza diversas denominaciones para designar a este tipo de prueba. Aunque la terminología más común es la de prueba electrónica<sup>44</sup>, también se recurre a los

---

<sup>43</sup> CUADRADO SALINAS, C., “Registro informático y prueba digital. Estudio y análisis comparado...”, *Op. Cit.*, p. 4.

<sup>44</sup> Así se expresan, entre otros, ABEL LLUCH, X., “Prueba electrónica”, en *La prueba electrónica*, Libro de la Colección de Formación Continua Facultad de Derecho ESADE, Barcelona, 2011; ALONSO SALGADO, C., “La interceptación de las comunicaciones electrónicas: de la Ley de Enjuiciamiento Criminal al proyecto de Código Procesal Penal”, en *Processulus: estudios de derecho procesal* (Coord. BUENO DE MATA), Ed. Comares, Granada, 2015; BUENO DE MATA, F., “La práctica de la prueba electrónica en sede judicial: ¿vulneración o reforzamiento de principios procesales?”, *Diario La Ley*, Sección Tribuna, nº 8332, Año XXXV, Editorial LA LEY, 13 de junio de 2014; BUENO DE MATA, F., “La validez de los pantallazos como prueba electrónica: comentarios y reflexiones sobre la STS 300/2015 y las últimas reformas procesales en materia tecnológica”, *Diario La Ley*, Sección Tribuna, Nº 8728, 23 de marzo de 2016; BUENO DE MATA, F., *Prueba electrónica y proceso 2.0: especial referencia al proceso civil*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2014; DE URBANO CASTRILLO, E., “La regulación legal de la prueba electrónica: una necesidad pendiente”, *La Ley Penal*, nº 82, Editorial La Ley, mayo 2011; DE URBANO CASTRILLO, E., *La valoración de la prueba electrónica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009; DELGADO MARTÍN, J., “La prueba electrónica en el proceso penal”, *Op. Cit.*; GIMENO SENDRA, V., “Las intervenciones electrónicas y la policía judicial”, *Diario La Ley*, Sección Tribuna, 4 Dic. 2009, Año XXX, Editorial LA LEY, Nº 7298; - ILLÁN FERNÁNDEZ, J., *La prueba electrónica, eficacia y valoración en el proceso civil*, Aranzadi, 2009; INSA, F., LÁZARO, C., “La admisibilidad de las pruebas electrónicas en los Tribunales (A.P.ET): Luchando contra los delitos electrónicos”, *Diario La Ley*, nº 6708, Sección Doctrina, 8 de mayo 2007; MONTESINOS GARCÍA, A., “La prueba en el arbitraje (las nuevas pruebas electrónicas)”, *Revista General de Derecho Procesal*, Iustel, [www.iustel.com](http://www.iustel.com); MORALES VÁLLEZ, C., “La prueba electrónica en el proceso laboral y el control de los medios tecnológicos por el empresario”, *Revista Sepín*, diciembre 2015; ORTIZ PRADILLO, J.C., “Cooperación penal europea e internacional en

conceptos de prueba informática<sup>45</sup>, prueba tecnológica<sup>46</sup>, prueba del hecho virtual<sup>47</sup>, prueba cibernética<sup>48</sup>, prueba telemática<sup>49</sup> o prueba digital<sup>50</sup>. Por tanto, ante tales definiciones, es importante una distinción entre ellas y determinar la opción más adecuada.

Entre estos conceptos, el adjetivo “*electrónica*”, definido por el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española como “perteneciente o que funciona mediante la electrónica”<sup>51</sup>.

---

la obtención de prueba electrónica”, en VVAA., *Presente y Futuro de la e-Justicia en España y en la Unión Europea* (Coord. SENÉS MOTILLA), ed. Aranzadi, Navarra, 2010. También aboga por la utilización de este término RICHARD GONZÁLEZ, M., “Conductas susceptibles de ser intervenidas...”, *Op. Cit.*

<sup>45</sup> En relación con este término, la doctrina se refiere a la “criminalidad informática” o a la “delincuencia informática”. Véase GALÁN MUÑOZ, A., “La internacionalización de la represión y la persecución de la criminalidad informática: un nuevo campo de batalla en la eterna guerra entre prevención y garantías penales”, *Revista Penal*, n.º 24, julio 2009; VV.AA., *Delincuencia Informática. Problemas de Responsabilidad, Cuadernos de Derecho Judicial*, 2002-IX, ed. CGPJ, Madrid, 2003; MORALES GARCÍA, Ó., *Delincuencia informática, problemas de responsabilidad*, 2002; ORTIZ PRADILLO, J.C., “Hacking legal al servicio de la investigación criminal: nuevos instrumentos para la investigación y prueba de la delincuencia informática”, *Revista de Derecho y Proceso Penal*, n.º 26, 2011, ORTIZ BERENGUER, E., “Delitos informáticos y delitos comunes cometidos a través de la informática”, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2001; PÉREZ GIL, J., “Criminalidad informática y reforma procesal penal: un decálogo de propuestas”, *Newsletter CYBEX*, n.º 26, Abril 2007; DE URBANO CASTRILLO, E., “Los delitos informáticos tras la reforma del CP de 2010”, en *Delincuencia informática: tiempos de cautela y amparo*, Thomson Reuters, Madrid, 2012. Aunque también se utilizan los términos de “prueba pericial informática” o “evidencia informática”: PUIG FAURA, S., *La prueba pericial informática en el procedimiento civil*, LA LEY, 2015; RUBIO ALAMILLO, J., “Conservación de la cadena de custodia de una evidencia informática”, *Diario La Ley*, N.º 8859, Sección Doctrina, Editorial Wolters Kluwer, 9 de noviembre de 2016.

<sup>46</sup> DE URBANO CASTRILLO utiliza esta nomenclatura, a modo de ejemplo: DE URBANO CASTRILLO, E.; MAGRO SERVET, V., *La Prueba Tecnológica en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Ed. Thomson Aranzadi, 2003; DE URBANO CASTRILLO, E., “La investigación tecnológica del delito”, en VVAA., *Los nuevos medios de investigación en el proceso penal. Especial referencia a la tecnovigilancia*, Cuadernos de Derecho Judicial, 2007-II, CGPJ, Madrid; DE URBANO CASTRILLO, E., “La investigación tecnológica del delito”, *Cuadernos de Derecho Judicial* (ejemplar dedicado a los nuevos medios de investigación en el proceso penal. Especial referencia a la tecnovigilancia), n.º 2, CGPJ, Madrid, 2007.

<sup>47</sup> ALONSO-CUEVILLAS, J., “Internet y prueba civil”, *Op. Cit.*

<sup>48</sup> Aunque no se utiliza el término de prueba cibernética, sí se encuentran los vocablos cibercrimen y ciberespacio.

<sup>49</sup> Se habla de comunicaciones telemáticas o de sociedad telemática. Véase RODRÍGUEZ LAINZ, J. L., “La interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas en el borrador de Anteproyecto de Código Procesal Penal”, *Diario La Ley*, n.º 8039, Editorial LA LEY, 2013; FUENTES SORIANO, O., “Las comunicaciones telemáticas...”, *Op. Cit.*; o VVAA., *El derecho en la sociedad telemática. Estudios en homenaje al profesor Valentín Carrascosa López* (Coords. BAUZÁ; BUENO DE MATA), editorial Andavira, Santiago de Compostela, 2012.

<sup>50</sup> CUADRADO SALINAS, C., “Registro informático y prueba digital...”, *Op. Cit.*; DELGADO MARTÍN, J., *Investigación tecnológica y prueba digital en todas las jurisdicciones*, Wolters Kluwer, Las Rozas, 2016; ROJAS ROSCO, R., “La prueba digital en el ámbito laboral ¿son válidos los pantallazos?”, en *La prueba electrónica. Validez y eficacia probatoria* (Coords. OLIVA LEÓN, VALERO BARCELÓ), Juristas con futuro, 2016, pp. 90-97.

<sup>51</sup> Definición del Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española, disponible en <http://dle.rae.es/?id=EVPbkNF>. Otra de las acepciones, con menos sentido aquí es la que la define como “perteneciente o relativo al electrón” (última consulta: 15 de diciembre de 2016).

Otro de los calificativos para definir a estas pruebas es el de “informática”, que proviene de la voz francesa *informatique*, y que hace referencia al conjunto de conocimientos científicos y técnicas que posibilitan el tratamiento automático de la información por medio de sistemas informáticos, en los que la red, si está presente, tiene una relevancia menor o secundaria<sup>52</sup>.

El adjetivo “tecnológica” aplicado a la prueba hace referencia a lo *perteneciente o relativo a la tecnología*<sup>53</sup>, esto es, el “conjunto de teorías y de técnicas que permiten el aprovechamiento práctico del conocimiento” o también el “conjunto de los instrumentos y procedimientos industriales de un determinado sector o producto”<sup>54</sup>. Por tanto, la alusión a la prueba tecnológica queda circunscrito al empleo de instrumentos o procedimientos técnicos<sup>55</sup> y, en este sentido, es el término escogido en las últimas reformas procesales habidas sobre la materia<sup>56</sup>.

En relación con la conocida como “prueba del hecho virtual”, únicamente haría referencia a los hechos relacionados con las nuevas tecnologías, por lo que no incluiría las investigaciones que, realizadas por medio de las nuevas tecnologías, aporten hechos que no tiene por qué ser, necesariamente, pertenecientes a aquellas.

Otra de las acepciones a las que se recurre para la definición de la prueba relacionada con las nuevas tecnologías es la de “cibernética”. Este término, que proviene del vocablo francés *cybernétique*, de la palabra inglesa *cybernetics*, y de la expresión griega κυβερνητική *kybernētiké* (el 'arte de gobernar una nave'), es definido en el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española como “perteneciente o relativo a la cibernética, esto es, creado y regulado mediante computadora perteneciente o relativo a la realidad virtual”<sup>57</sup>. Por consiguiente, esta palabra se refiere, principalmente, a la actividad que gira en torno a redes telemáticas (abiertas, cerradas o

---

<sup>52</sup> Definición del Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española, disponible en <http://dle.rae.es/?id=LY8zQy3> (última consulta: 15 de diciembre de 2016).

<sup>53</sup> Definición del Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española, disponible en <http://dle.rae.es/?id=ZJ48HuC> (última consulta: 15 de diciembre de 2016).

<sup>54</sup> Ambas acepciones del vocablo “tecnología” son del Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española, disponibles en <http://dle.rae.es/?id=ZJ2KRZZ> (última consulta: 15 de diciembre de 2016).

<sup>55</sup> RICHARD GONZÁLEZ, M., “Conductas susceptibles de ser intervenidas...”, *Op. Cit.*, p. 5.

<sup>56</sup> Véase 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*, que denomina a estas medidas como “tecnológicas” tanto en el título, como en la exposición de motivos.

<sup>57</sup> Definición del Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española, disponible en <http://dle.rae.es/?id=98YYoXW> (última consulta: 15 de diciembre de 2016).

de acceso restringido), siendo los sistemas informáticos instrumentales o secundarios<sup>58</sup>. Así, precisamente, se puso de manifiesto en las Naciones Unidas en el X Congreso sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente celebrado en el año 2000, que identificaba los delitos cibernéticos como aquellos cometidos por medio de un sistema o una red informáticos, en un sistema o una red informáticos o contra una red informáticos<sup>59</sup>.

Muy similar al significado de la palabra “cibernética” es el correspondiente al término “telemática”, cuyo uso -hoy frecuente- trae causa, en su origen, de la combinación de otros dos vocablos: “telecomunicaciones” e “informática”. Los elementos telemáticos son aquellos que posibilitan el establecimiento de vínculos comunicativos a larga distancia, a través de internet<sup>60</sup>. Según el DRAE, telemático es “lo perteneciente o relativo a la telemática y la aplicación de las técnicas de la y de la informática a la transmisión de información computarizada”<sup>61</sup>. Dicho término, por tanto, incluye comunicación oral, de imágenes o datos a través de diversos dispositivos, como computadoras, *tablets*, o, incluso, cámaras fotográficas con sistemas de WIFI capaces de transmitir datos<sup>62</sup>.

Los dos últimos términos son, quizás, los que más diferencias presentan con respecto a los anteriores. Tanto el adjetivo “cibernético”, cuanto el adjetivo “telemático”, se refieren a las pruebas que tienen su origen en la aplicación de nuevas tecnologías, pero vinculados a alguna Red de comunicación (Internet o red local). Son muchas las fuentes de prueba y los métodos de investigación relacionados con Internet (vr.gr. redes sociales, correos electrónicos enviados o recibidos, direcciones de IP, etc.), sin embargo, por lo que aquí interesa, el estudio se amplía a aquellas otras que, aunque no se obtengan en redes de comunicación, tienen relación con medios de comunicación o información y, en este sentido, los términos “cibernético” y “telemático” en relación con la prueba despliegan un significado restringido a las pruebas que este trabajo pretende incluir.

Por último, el término “digital” hace referencia al “aparato o sistema que presenta información mediante el uso de señales discretas en forma de números o letras”<sup>63</sup>. Es

---

<sup>58</sup> ORTIZ PRADILLO, J.C., *Problemas...*, *Op. Cit.*

<sup>59</sup> ORTIZ PRADILLO, J.C., *Problemas...*, *Op. Cit.*

<sup>60</sup> FUENTES SORIANO, O., “Las comunicaciones telemáticas...”, *Op. Cit.*, p. 277.

<sup>61</sup> Definición del Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española, disponible en <http://dle.rae.es/?id=ZMw3qaN> (última consulta: 15 de diciembre de 2016).

<sup>62</sup> RICHARD GONZÁLEZ, M., “Conductas susceptibles de ser intervenidas...”, *Op. Cit.*, p. 6.

<sup>63</sup> Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española <http://dle.rae.es/?id=D156Lag>.

decir, el significado de este adjetivo alude a la representación de los datos y no todas las estas pruebas se identifican con tal definición.

A raíz de lo expuesto, la prueba del hecho virtual, la prueba digital, la prueba cibernética y la prueba telemática son conceptos que, aunque sea por una diferencia de grado, no alcanzan la amplitud del objeto del presente trabajo y, por el contrario, sí parecen adecuados, en atención a la prueba objeto de este estudio, los términos electrónica, informática y tecnológica, siendo este último, quizás, el más adecuado.

El elemento fundamental para la identificación de estas pruebas con respecto a aquellas obtenidas o aportadas por medios en los que no interviene la tecnología, contienen una serie de información conocida como “metadatos”. Los metadatos son un grupo de datos “ocultos” que se almacenan en forma de ceros y unos y que exigen de su transformación en información legible y que describen el contenido informativo de un elemento digital y que, por tanto, aportan información adicional al archivo en el que se encuentren<sup>64</sup>. Es decir, las pruebas tecnológicas contienen mayor información respecto a las que no tienen relación con las tecnologías de la información y de la comunicación.

En este sentido, a priori, la peculiaridad de esta información extra que contienen los archivos digitales se torna una ventaja, en tanto en cuanto aportan ulterior conocimiento sobre sí mismos<sup>65</sup>. Ello no obstante, el elemento resultante de la “traducción” de estos datos es, en realidad, una copia del original que exige de una especial atención a su autenticidad, origen y fiabilidad en el proceso de obtención, especialmente en relación con la cadena de custodia<sup>66</sup>.

Si bien es cierto que distintos estudios exponen la vulnerabilidad de los metadatos y la fragilidad del argumento que aboga por la utilización en todo caso de la información contenida en los archivos digitales<sup>67</sup>, no lo es menos que ese riesgo ya existe en otros tipos de pruebas.

## 2.2. Caracteres de la prueba tecnológica

---

<sup>64</sup> PERALES CAÑETE, R., “Exiftool: ¿Los metadatos sirven de algo?”, en *La prueba electrónica. Validez y eficacia procesal*, Juristas con futuro, 2016, p. 110.

<sup>65</sup> En este sentido, los correos enviados y/o recibidos contienen información más allá de la referencia al remitente y destinatario. Un estudio pormenorizado se encuentra FUENTES SORIANO, O., “El valor probatorio de los correos...”, *Op. Cit.*, pp.183-212.

<sup>66</sup> CUADRADO SALINAS, C., “Registro informático y prueba digital...”, *Op. Cit.*, p. 7.

<sup>67</sup> Véase PERALES CAÑETE, R., “Exiftool: ¿Los metadatos sirven de algo?”, *Op. Cit.*

La prueba tecnológica, esta es, aquella que contiene metadatos, comprende múltiples fuentes de prueba que, aunque diferentes entre sí, comparten características comunes.

Los metadatos ofrecen una información que no es posible extraer de otras pruebas, como de un documento, como la fecha de su creación o de su modificación. Precisamente una de las características derivadas de la definición de la prueba tecnológica, la existencia de los metadatos, exige que, en determinadas pruebas tecnológicas, sea necesario convertir la fuente de prueba a un lenguaje comprensible.

Esto es, las evidencias tecnológicas son muchas veces, un conjunto de ceros y unos que necesitan ser “traducidos” para que las partes y el tribunal conozcan el alcance y el contenido de la prueba misma. La corporeización de estas pruebas puede realizarlo un perito informático, pero también la misma entidad o empresa que ha generado el código fuente.

El cualquier caso, otras características reseñadas de las pruebas tecnológicas son su heterogeneidad, precisamente por la diversidad de fuentes tecnológicas existentes, tan variadas entre sí; la facilidad de su manipulación, aunque quizás no constituya un riesgo mayor al existente en otras pruebas; la huella digital que generan, lo que permite seguir su rastro e identificar su origen o sus modificaciones; la ubicuidad de las mismas, que ocasiona problemas de transnacionalidad cuando la prueba se ha originado “en el espacio cibernético”; la media electrónica, que hacer referencia a que, en multitud de ocasiones es posible identificar a “la máquina” que ha realizado unos actos tecnológicos, pero no a la persona que hace uso de dicha tecnología; y, finalmente, otra característica de algunas de estas pruebas es su publicidad cuando se hallan en Internet, accesible a todos.

### **2.2.1. Heterogeneidad**

La característica principal y más significativa de la prueba tecnológica es, precisamente, su heterogeneidad. La gran cantidad de hechos o métodos de investigación que pueden llevarse a cabo por medio de tecnologías de la información y de la comunicación son, además, muy dispares entre sí. A modo de ejemplo, pueden constituir pruebas tecnológicas el contenido de una página web; mensajes enviados por WhatsApp u otra aplicación de mensajería instantánea; información publicada en una red social, con mayor o menor privacidad; los drones y las imágenes que éstas puedan captar, fotografías

digitales, un IP de un ordenador que ha descargado pornografía infantil; datos personales difundidos a través de Internet; correos electrónicos generados para cometer *phishing*;...

La diversidad de pruebas tecnológicas existentes conlleva que el tratamiento de cada una de ellas pueda ser diferente, en tanto en cuanto su obtención puede afectar a derechos fundamentales distintos; pueden practicarse por medios diferentes y su valoración puede variar.

Esta enorme variedad de las pruebas tecnológicas hace extraordinariamente difícil el establecimiento de unos criterios procesales homogéneos para su tratamiento y valoración cuando se aportan como prueba en un proceso a fin de acreditar el contenido de una comunicación determinada<sup>68</sup>.

### 2.2.2. Fácil manipulación

Otra de las características apuntadas respecto de las pruebas tecnológicas es que son fácilmente manipulables<sup>69</sup>. A esta idea han contribuido declaraciones de peritos informáticos, que han utilizado esta particularidad para justificar la exigencia de realizar un informe pericial sobre cualquier prueba tecnológica que se aporte al proceso<sup>70</sup>. Pero el verdadero reconocimiento a la facilidad de manipulación como rasgo distintivo de las pruebas tecnológicas ha venido de la mano de la conocida STS 300/2015, de 19 de mayo que, literalmente afirma que “a posibilidad de una manipulación de los archivos digitales mediante los que se materializa ese intercambio de ideas, forma parte de la realidad de las cosas. El anonimato que autorizan tales sistemas y la libre creación de cuentas con una identidad fingida, hacen perfectamente posible aparentar una comunicación en la que un único usuario se relaciona consigo mismo”. Esta sentencia por tanto, refiere la posibilidad de que cualquier persona con conocimientos tecnológicos suficientes cree

---

<sup>68</sup> FUENTES SORIANO, O., “Las comunicaciones telemáticas: ...”, *Op. Cit.*, p. 277.

<sup>69</sup> DELGADO MARTÍN señala que “los datos pueden ser fácilmente modificados, sobre-escritos o borrados, lo que determina un peligro evidente de manipulación de las pruebas.” en DELGADO MARTÍN, J., “Investigación del entorno virtual: el registro de dispositivos digitales tras la reforma por LO 13/2015”, Diario La Ley, Nº 8693, Sección Doctrina, 2 de febrero de 2016, Editorial LA LEY, p. 3.

<sup>70</sup> A modo de ejemplo, véanse los blogs <http://oscarpadial.com/perito-informatico/>; <https://blog.signaturit.com/es/la-prueba-electronica-y-su-valoracion-por-un-juez-o-tribunal/>; <https://javiermarques.es/forensic/peritaje>; o la web <https://www.europapress.es/comunicados/sociedad-00909/noticia-comunicado-peritaje-informatico-gana-terreno-era-digital-20171018100517.html> (última visita el 10 de octubre de 2018).

pruebas electrónicas falsas *ad hoc* para guiar un fallo a su favor y exige prudencia ante la valoración de una prueba tecnológica<sup>71</sup>.

Y es cierto que determinadas pruebas tecnológicas pueden ser modificadas. En este sentido, existen blogs que explican cómo alterar un mensaje de *WhatsApp* de forma tal que no se pueda apreciar su manipulación<sup>72</sup> o que señalan aplicaciones que permiten cambiar la geolocalización de los terminales Android para incorporar ubicaciones simuladas<sup>73</sup>.

Precisamente, por la posibilidad de manipulación de las pruebas tecnológicas, se dice que éstas son volátiles<sup>74</sup>. En este sentido, la doctrina sostiene que la volatilidad de la prueba tecnológica está íntimamente relacionada con la posibilidad de manipulación de las mismas<sup>75</sup>. La información generada por medio de dispositivos tecnológicos es compleja y volátil, en tanto en cuanto sus autores pueden destruir la información con la misma rapidez con la que la han creado<sup>76</sup>. E, incluso, algunos autores aconsejan asegurar la prueba por medio de la preconstitución o anticipación de la prueba<sup>77</sup>.

Sin embargo, ésta misma característica puede predicarse de los documentos, que pueden ser fácilmente manipulados o destruidos por métodos más sencillos, o, en cualquier caso, más accesibles a la mayoría de los ciudadanos (piénsese en que se pueden quemar, mojar, romper...), y que, sin embargo, las partes lo aportan sin problema al proceso y son pocas las ocasiones en las que estas fuentes probatoria se alteran. En cualquier caso, siempre

---

<sup>71</sup> BUENO DE MATA, F., “La validez de los pantallazos como prueba electrónica: comentarios y reflexiones sobre la STS 300/2015...”, *Op. Cit.*, p. 4.

<sup>72</sup> El perito RUBIO ALAMILLO demuestra que los mensajes de WhatsApp pueden ser manipulados una vez que éstos han sido enviados o recibidos, vid. <https://peritoinformaticocolegiado.es/blog/vulnerabilidad-en-whatsapp-falsificacion-de-mensajes-manipulando-la-base-de-datos/>.

<sup>73</sup> Véase el blog <http://mcaconsultores.com/geolocalizacion-practica-probatoria/> (última visita: 13 de abril de 2016).

<sup>74</sup> DELGADO MARTÍN señala que “la prueba electrónica ostenta frecuentemente la característica de la volatilidad, es decir, la información o datos relevantes son mudables y sometidos a constante cambio, especialmente en relación con los contenidos de Internet”, en DELGADO MARTÍN, J., “La prueba digital. Concepto, clases, aportación al proceso y valoración”, *Diario La Ley*, nº 6, Sección Ciberderecho, Editorial Wolters Kluwer, 11 de Abril de 2017.

<sup>75</sup> Vid. PINTO PALACIOS, F., PUJOL CAPILLA, P., *La prueba en la era digital*, Wolters Kluwer, Las Rozas, 2017, p. 28; PÉREZ PALACÍ, J.E., “La prueba electrónica: Consideraciones”, disponible en <http://openaccess.uoc.edu/webapps/o2/bitstream/10609/39084/1/PruebaElectronica2014.pdf> (última visita 15 de octubre de 2018).

<sup>76</sup> CUADRADO SALINAS, C., “Registro informático y prueba digital. Estudio y análisis comparado...”, *Op. Cit.*, p. 1.

<sup>77</sup> Vid. DELGADO MARTÍN, J., “La prueba digital. Concepto, clases, aportación al proceso y valoración”, *Diario La Ley*, nº 6, Sección Ciberderecho, Editorial Wolters Kluwer, 11 de Abril de 2017; TESONE, R.; FERRER, J.; CAÑABATE, J., “La obtención de la prueba electrónica, su acceso al proceso civil y la garantía de derechos en material penal; *Economist & Jurist*, Vol. 20, Nº 163, 2012, pp. 26-40.



que exista un riesgo de destrucción de pruebas, las partes pueden solicitar su aseguramiento por los métodos legalmente previstos.

En este sentido, si bien es cierto que la prueba tecnológica es alterable, no lo es menos que también puede como puede modificarse cualquier documento impreso tradicional<sup>78</sup>, o la declaración de un testigo<sup>79</sup>. A esto se suma que para manipular pruebas tecnológicas se requieren especiales conocimientos técnicos que no están al alcance de cualquier ciudadano.

En definitiva, si bien es cierto que se ha destacado la posible alteración de las pruebas tecnológicas como un elemento definitorio de las mismas, no lo es menos que no dista de lo que puede proclamarse de otros tipos de pruebas no tecnológicas. El proceso dispone, para estos supuestos en los que pueda dudarse de la originalidad de la prueba aportada al proceso, de herramientas necesarias para su impugnación, acreditación y valoración judicial, como se verá.

### 2.2.3. Huella digital

Una tercera característica de la prueba tecnológica conecta directamente con las evidencias que toda actividad tecnológica produce a los que se hacía referencia -los metadatos-, la “huella digital”, que hace referencia a la información que se genera con el uso de un medio tecnológico<sup>80</sup>. Estos vestigios que se generan en los dispositivos tecnológicos pueden quedar almacenados en archivos remotos ubicados en Internet o en el mismo terminal<sup>81</sup>. Esta características es relevante a efectos de la investigación de delitos propiamente informáticos o en aquellos que, aunque su naturaleza no es

---

<sup>78</sup> FUENTES SORIANO, O., “Los procesos por violencia de género. Problemas probatorios tradicionales y derivados del uso de las nuevas tecnologías”, *Revista General de Derecho Procesal*, n° 44, Iustel, enero 2018, p. 21.

<sup>79</sup> Véase FUENTES SORIANO en el Seminario *El proceso y la prueba*, celebrado en la Universidad Miguel Hernández el 24 de mayo de 2018, disponible en <https://youtu.be/izQPrRIzck> (fecha de consulta: 15 de junio de 2018).

<sup>80</sup> DELGADO MARTÍN afirma que “cuando una persona realiza una actividad utilizando tecnologías de la información y/o de la comunicación (TIC) hace surgir informaciones (huella o rastro digital) que pueden resultar útiles para la investigación por parte de los poderes públicos de actuaciones ilícitas”, en DELGADO MARTÍN, J., “Investigación del entorno virtual: el registro de dispositivos digitales tras la reforma por LO 13/2015”, *Diario La Ley*, N° 8693, Sección Doctrina, 2 de febrero de 2016, Editorial LA LEY, p. 1.

<sup>81</sup> BONACHERA VILLEGAS, R., “El registro de archivos informáticos, una cuestión necesitada de regulación”, *Revista General de Derecho Procesal Iustel*, n° 27, 2012, p. 2.

informática, tienen como base elementos probatorios informáticos (email, IP,...)<sup>82</sup>. Por tanto, las pruebas digitales dejan unos “rastros” que pueden mantenerse *ad infinitum*.

Esta afirmación, no obstante, trae causa del denominado “efecto CSI”, en clara alusión a la serie televisiva<sup>83</sup>. Este fenómeno hace referencia a la percepción ciudadana de que cualquier rastro digital debe percibirse o rescatarse posteriormente. Sin embargo, no siempre estos datos son accesibles, utilizables o certeros, sino que, en ocasiones, las periciales informáticas sobre tales tienen un alcance limitado y no producen, en todos los casos, los resultados esperados<sup>84</sup>.

Si bien el avance de la técnica permite acceder a muchos datos producidos por los mecanismos tecnológicos, en muchas ocasiones no es posible conocerlos e, incluso, pese a su conocimiento, es posible que un experto no pueda determinar si su contenido ha sido o no manipulado. Se trata, por tanto, de una moneda de dos caras. De un lado, la tecnología produce una cantidad ingente de datos que, una vez interpretados y traducidos, aportan importante información y, de otro, en el anverso de la moneda, puede ocurrir que la información producida por los medios tecnológica sea inaccesible o modificada.

En relación con lo expuesto, se evidencia el carácter limitado de las periciales informáticas. Pese a que los peritos informáticos pueden aportar información útil en relación con determinadas pruebas tecnológicas, no siempre tendrán respuesta a las preguntas que puedan plantearse en un proceso judicial.

Adviértase, no obstante, que esta situación no difiere, sin embargo, de otros tipos de pruebas periciales. Por ejemplo, un perito forense puede no saber qué tipo de herramienta ha producido un determinado golpe, o un perito mecánico puede que no conozca qué elemento ha provocado unos daños en el vehículo que analiza.

En el análisis de este tipo de pruebas, a fin de desacreditarlas, es habitual la mención a su fácil manipulación. En este sentido, en la práctica ha quedado de manifiesto la posibilidad de modificar, sobrescribir o borrar datos de estas pruebas, lo que determina un peligro evidente de su manipulación<sup>85</sup>.

---

<sup>82</sup> DÍAZ CAPPÁ, J., “Confidencialidad, secreto de las comunicaciones e intimidad en el ámbito de los delitos informáticos”, *Diario La Ley*, nº 7666, Sección Doctrina, Editorial LA LEY, 5 de julio de 2011.

<sup>83</sup> En dicha serie, peritos forenses y criminólogos investigan crímenes por medio de avanzados instrumentos técnicos que encuentran que siempre ofrecen respuesta a las incógnitas planteadas, lo que se aleja notablemente de la práctica real.

<sup>84</sup> ORTIZ PRADILLO, J.C., *Problemas Procesales de la ciberdelincuencia*, Op. Cit..

<sup>85</sup> Particularmente curioso es el descubrimiento y publicación, por parte de un perito informático, de la posibilidad de manipular el contenido de un *WhatsApp*. Javier Rubio Alamillo, perito informático y autor

La posibilidad cierta de que las pruebas digitales sean modificadas ha sido advertida por la doctrina, por la jurisprudencia<sup>86</sup>, por el legislativo e, incluso, por peritos informáticos. Ello no obstante, la relevancia práctica de la prueba digital -por su cuantía y por su omnipresencia- obliga a buscar un equilibrio entre su eficacia y el riesgo de alteración de su contenido.

#### 2.2.4. Ubicuidad

Otra de las notas inherentes a la prueba digital es la transnacionalidad. Aunque, como se ha destacado, no todas las pruebas tecnológicas operan en la Red, gran cantidad de ellas sí encuentra su origen, desarrollo u obtención en Internet. En este contexto, se revela, en no pocas ocasiones, de gran dificultad la tarea relativa a la determinación de la competencia territorial por hechos ocurridos en la Red, por la “deslocalización” de Internet. Así, en la investigación de un correo electrónico que se puede presentar como prueba en un proceso de cualquier orden jurisdiccional, el Tribunal puede que requiera la determinación del lugar desde el cual se ha enviado el mensaje o puede que necesite del auxilio del servidor de la empresa lo ha enviado y/o recibido, cuando se encuentre en un país extranjero. La determinación del lugar de los sucesos que ocurren en Internet y la colaboración de entidades que se encuentran fuera de los límites geográficos de nuestra jurisdicción son cuestiones que han suscitado de un debate intenso doctrinal<sup>87</sup>.

La transnacionalidad propia de determinadas actividades tecnológicas se convierte, en muchas ocasiones, en un problema relevante, debido, principalmente, a dos motivos: el primero, que los servidores que almacenan la información que se requiere pertenecen a empresas privadas que, en multitud de casos se encuentran en otros países; el segundo, que se estudia como rasgo distintivo de las pruebas tecnológicas, es la ausencia de

---

del blog <http://peritoinformaticocolegiado.es/> realiza, en la última de las entradas (titulada “Vulnerabilidad en *WhatsApp*: falsificación de mensajes manipulando la base de datos”), un experimento entre dos terminales que se han enviado un mensaje de *WhatsApp*. Consigue demostrar que es posible manipular el contenido de un mensaje de uno de los terminales, sin dejar rastro aparente de la manipulación ante un peritaje informático tipo.

<sup>86</sup> La jurisprudencia también ha tenido ocasión de pronunciarse en relación con esta cuestión. Destaca, en este ámbito, las valoraciones contenidas en la STC 300/2015, de 29 de marzo, que analiza un supuesto en el que una de las pruebas consistía en una fotografía de la pantalla del ordenador en la que aparecía una conversación mantenida a través de un programa de mensajería instantánea bidireccional. Al respecto de la sentencia citada BUENO DE MATA, F., “La validez de los pantallazos como prueba electrónica...”, *Op. Cit.*

<sup>87</sup> Véase DÍAZ MARTÍNEZ, M., “El factor criminológico de las TICS”, en *El proceso penal en la sociedad de la información* (Coord. PÉREZ GIL), La Ley, 2012, pp. 537-538.

armonización<sup>88</sup>. La unión de ambos provoca situaciones que complican la aportación de pruebas tecnológicas a los procesos. El problema de la transnacionalidad de la prueba tecnológica se acentúa por la ausencia de normativa internacional armonizada de la materia. Y, por tanto, el principal obstáculo es, actualmente, la existencia de normativas no armonizadas entre los países y las dificultades que eso conlleva en la investigación y enjuiciamiento de ilícitos en los que intervienen diversos Estados.

Así, en la Unión Europea hay distintos instrumentos normativos que persiguen la cooperación judicial entre los Estados miembros<sup>89</sup>. En este sentido, la Decisión del Consejo, de 29 de mayo de 2000, relativa a la lucha contra la pornografía infantil en Internet, insta a los Estados miembros: “1º. A alentar a los usuarios de Internet a denunciar la presunta difusión de material pornográfico; 2º. A la creación de unidades especializadas; 3º. A garantizar la rápida reacción de las autoridades represivas que reciben información sobre presuntos casos de producción, tratamiento, difusión y posesión de material pornográfico”.

Igualmente, el Convenio sobre Cibercriminalidad de Budapest, de 23 de noviembre de 2001, activa mecanismos de cooperación internacional que ofrecen una solución rápida y eficaz en todo lo relativo a la investigación, persecución y represión penal de la cibercriminalidad.

Una de las características destacadas de la prueba tecnológica es, precisamente, su ubicuidad. Esto conlleva que, en muchos supuestos, los datos que se obtienen en el curso de una investigación se encuentran almacenados en un sistema informático o servidor situado fuera del territorio nacional.

Las autoridades encargadas de la investigación criminal pueden realizar alguna diligencia de investigación fuera del territorio de su jurisdicción directamente si los datos informáticos almacenados se encuentran a disposición del público -lo que se conoce como fuente abierta-<sup>90</sup>; o cuando consta el consentimiento lícito y voluntario de la persona legalmente autorizada para revelar los datos por medio de ese sistema informático en el que se encuentren almacenados<sup>91</sup>. De no ser el caso, la autoridad investigadora podrá

---

<sup>88</sup> Vid. ORTIZ PRADILLO, J. C., *Problemas Procesales de la cibercriminalidad*, Op. Cit., pp. 36-38.

<sup>89</sup> BONACHERA VILLEGAS, R., “El registro de archivos informáticos ...”, Op. Cit., p. 2.

<sup>90</sup> Con respecto a la fuente abierta, si bien es cierto que la jurisdicción de los órganos de investigación españoles sólo se circunscribe al territorio nacional, no lo es menos que la información que radica en Internet no está ubicado en una zona geográfica determinada, sino que está deslocalizada, vid. *supra*.

<sup>91</sup> Vid. Artículo 32 del Convenio sobre la Cibercriminalidad, hecho en Budapest el 23 de noviembre de 2001, ratificado por España en el BOE del 17 de septiembre de 2010.

acudir a la cooperación judicial internacional. En ese sentido, se observan claras diferencias dentro o fuera del espacio judicial europeo. En el primer supuesto, las herramientas disponibles de asistencia europea se fundamentan en el principio del reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales nacionales y están principalmente reguladas en el Convenio de Budapest. En el supuesto de necesitar el auxilio de un Estado no perteneciente al espacio judicial europeo, se acude a tratados y acuerdos supranacionales aplicables para requerir la asistencia de estas autoridades.

El citado Convenio del Consejo de Estado sobre la Ciberdelincuencia firmado en Budapest supone un instrumento fundamental que regula medidas de investigación entre los Estados firmantes como la ampliación del registro a otros sistemas informáticos (diligencia ahora prevista en la LECrim), la creación de redes de contacto 24/7, la conservación rápida de datos informáticos almacenados en un proveedor de servicios de internet cuando exista riesgo de pérdida o modificación, la conservación y revelación parcial rápida de datos sobre el tráfico, la obtención de datos sobre el tráfico y datos sobre el contenido en tiempo real<sup>92</sup>.

De modo que las autoridades encargadas de la investigación de un delito pueden acceder a la información que esté libremente accesible a través de la red, pero, para aquella restringida, deberán solicitar autorización a las autoridades competentes del lugar en el que la fuente de prueba se encuentre, siempre teniendo en consideración que las exigencias de admisibilidad del medio de prueba serán acordes a las reglas del proceso español. A este respecto, la obtención lícita de la información que disponen las proveedoras de servidores de Internet extranjeras se realiza mediante el oportuno mandamiento judicial; emitiendo la correspondiente Comisión Rogatoria Internacional al país guardador<sup>93</sup> o por medio de la Orden Europea de Investigación (en adelante, EOI)<sup>94</sup>.

---

<sup>92</sup> ASECIO GALLEGU, J.M., “Los delitos informáticos y las medidas de investigación y obtención de pruebas en el convenio de Budapest sobre la ciberdelincuencia”, en *Justicia penal y nuevas formas de delincuencia* (Dir. ASECIO MELLADO; Coord. FERNÁNDEZ LÓPEZ), Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 56-65.

<sup>93</sup> VELASCO NÚÑEZ, E., “Investigación procesal penal de redes, terminales, dispositivos informáticos, imágenes, GPS, balizas, etc.: la prueba tecnológica”, *Diario La Ley*, n° 8183, de 4 de noviembre de 2013, p. 11.

<sup>94</sup> A mayor abundamiento, véase ARANGÜENA FANEGO, C., “Orden Europea de Investigación: próxima implementación en España del nuevo instrumento de obtención de prueba penal transfronteriza”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n° 58, 2017, pp. 905-939.

Es necesario trabajar por facilitar el acceso transnacional a las pruebas tecnológicas y evitar que su deslocalización afecte a la tutela de los derechos fundamentales en función del lugar geográfico en el que el servicio informático se encuentre<sup>95</sup>.

### 2.2.5. Media electrónica

Además de las características analizadas, merece atención la que se conoce como “media electrónica” y que comporta, de un lado, el riesgo de la generación de identidades ficticias derivado del anonimato y, de otro, el riesgo de usurpación de identidad, ambas relacionadas, pero que exigen de una individualización pormenorizada.

En relación con la primera, las nuevas tecnologías de la comunicación y de la información sirven de resguardo para quienes las utilizan, ya que, aunque sea posible la identificación del dispositivo emisor de un determinado hecho, se desconoce -en la mayoría de ocasiones- quién está detrás.

Con respecto a la segunda característica predicable de la prueba tecnológica, pero en relación con la anterior, el anonimato permite usurpar otras identidades. En este caso no se trataría de una identidad oculta, sino de que un sujeto actúe en nombre de un tercero sin su consentimiento y con un *animus nocendi*.

El riesgo de la generación de identidades ficticias es un elemento distintivo de las pruebas tecnológicas que tienen su fundamento en el anonimato que proporcionan las nuevas tecnologías. Las acciones que se llevan a cabo por medios tecnológicos pueden asociarse a una identidad digital, esto es, a un “perfil social elaborado”<sup>96</sup> que no siempre es posible identificar.

En una clara conexión con el anonimato que producen las nuevas tecnologías y el riesgo derivado de generación de identidades ficticias, existe el peligro de suplantación de la identidad de un tercero. La usurpación de una identidad ajena puede llevarse a cabo de dos maneras. La primera de las opciones es que quien se adueñe de otra identidad lo haga de una nueva ficticia, que no corresponda con ninguna persona física o jurídica. Esta

---

<sup>95</sup> RODRÍGUEZ RAMOS advierte que los principios *locus regit actum* y de no indagación que rigen en el marco de un acto de cooperación jurídica internacional no pueden interpretarse como una ausencia de control sobre los requisitos constitucionales del proceso español, en RODRÍGUEZ RAMOS, L., “¿In dubio pro reu aut in dubio contra opulentibus?...”, *Op. Cit.*, p. 6.

<sup>96</sup> HEREDERO CAMPO, M. T., “Uso social de la imagen en Internet”, en *FODERTICS 4.0*. (Coord. BUENO DE MATA, F.), Ed. Comares, 2015, p. 59.

posibilidad es la menos lesiva que no afecta al bien jurídico de una persona en concreto. La segunda de las posibilidades hace referencia al hecho de que la identidad suplantada corresponda a otro individuo diferente y que, por tanto, se obre en su nombre. En cualquier caso, deberá atenderse al principio de buena fe y al grado de suplantación realizado, puesto que ambos supuestos no son equiparables -la gravedad del primero es inferior al segundo-<sup>97</sup>.

En este punto, destaca FUENTES SORIANO la “asombrosa facilidad con la que las comunicaciones telemáticas pueden ser falseadas, inventadas o incluso efectivamente mantenidas pero realizadas con suplantación de la personalidad de alguno de los comunicantes”<sup>98</sup>.

Cualquiera que sea la modalidad, es preciso atender también al uso de información personal utilizada en la usurpación, en pro de detectar la vulneración de derechos constitucionalmente protegidos. Sirva de ejemplo el uso de una fotografía de un tercero con la finalidad de suplantar su identidad, que puede suponer una vulneración del derecho a la propia imagen; o el robo de contraseñas, que atenta contra el derecho a la intimidad, etc.

#### **2.2.6. Publicidad**

La publicidad es una característica que se puede manifestar de algunas de las pruebas tecnológicas que se obtienen directamente de Internet. Esta particularidad concurre en la información que los ciudadanos publican en la Red voluntariamente y sin filtros para su acceso. Cualquier personas físicas o las FFCCSS, puedan conocer, e incluso recoger estos para su posterior aportación al proceso cuando tengan relación con comisión o prueba de algún ilícito.

El ejemplo más claro es el de la difusión de mensajes por medio de las redes sociales que, en ocasiones, pueden ser injuriosos, calumniosos, constituir amenazas o, por ejemplo, incitar a la violencia o al odio.

Lo expuesto, de algún modo, incide en las dudas existentes relativas a la credibilidad la prueba tecnológica. Sin embargo, no puede hablarse de un riesgo que no exista en otro

---

<sup>97</sup> De este modo, no es equiparable quién se escuda en una identidad ficticia para acceder a unos documentos, que quién utiliza una identidad que no le es propia para minusvalorar la reputación de la identidad suplantada.

<sup>98</sup> FUENTES SORIANO, O., “Las comunicaciones telemáticas...”, *Op. Cit.*, p. 278.

tipo de pruebas. Aunque las fuentes de pruebas manuscritas no sean tan novedosas, también son susceptibles del peligro de manipulación y, del mismo modo, los testigos.

La diferencia entre la prueba tecnológica y otras que no lo son radica, principalmente, en que las primeras -pese al riesgo descrito- en muchas ocasiones dejan un rastro digital (metadatos) que, de existir, aportarán mayor información.

Cierto es que con este desarrollo tecnológico han surgido algunos derechos novedosos, nuevas fuentes de pruebas que nadie acertaba a intuir hace años, pero los principios siguen siendo los mismos y, sobre ellos, hay que adaptar las soluciones de los viejos problemas a los nuevos a través de la reflexión y el estudio de la ciencia jurídica.

### 3. La ilicitud probatoria

Para que pueda valorarse una prueba en el proceso, ésta debe ser lícita, esto es, no obtenida con vulneración de derechos fundamentales. En este sentido, el debate gira en torno a la identificación de los criterios que definen los derechos fundamentales como tales porque, pese a lo que inicialmente pudiese interpretarse, no constituyen un *numerus clausus*, sino que, más bien se sitúan en un proceso constante de actualización y expansión<sup>99</sup>, v. gr. el derecho a la protección de datos o el derecho al propio entorno virtual.

Aunque son muchas las clasificaciones realizadas sobre los derechos fundamentales, al efecto que aquí interesa, se distingue entre derechos fundamentales sustantivos o materiales y derechos fundamentales procesales. Los derechos fundamentales sustantivos son los derechos subjetivos de los ciudadanos que garantizan su estatus jurídico o la libertad en un ámbito de la existencia<sup>100</sup> y los derechos fundamentales procesales son aquellos que derivan del artículo 24 de la CE, esto es, la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de los derechos e intereses legítimos, el derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, el derecho a la defensa y a la asistencia letrada, el derecho a ser informado de la acusación, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes, el derecho a no

---

<sup>99</sup> ÁLVAREZ CONDE, E., *Curso de derecho constitucional, volumen I*, Tecnos, Madrid, 2006, p. 322.

<sup>100</sup> La STC 25/1981, de 14 de julio, FJ 5º, se refiere al doble carácter que tienen los derechos fundamentales, como derechos subjetivos (que garantizan un status jurídico o la libertad en un ámbito de la existencia) y como elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional plasmada en el Estado social y democrático de Derecho.



declarar contra uno mismo, el derecho a no confesarse culpable y el derecho a la presunción de inocencia<sup>101</sup>.

En cualquier caso, el concepto de derecho fundamental ha de entenderse también en relación con las personas jurídicas, ya que, como advierte la jurisprudencia constitucional<sup>102</sup> y europea<sup>103</sup>, también pueden ser titulares de -algunos- derechos fundamentales<sup>104</sup>.

### 3.1. El fundamento de la ilicitud probatoria

Aunque el rasgo común de los distintos ordenamientos jurídicos es la ilicitud de las pruebas obtenidas con conculcación de derechos fundamentales, se identifican dos fundamentos diferentes: el efecto disuasorio y la supremacía de los derechos fundamentales. El primero, propio del derecho anglosajón, se basa en la idea de que un efecto nulo de las pruebas vulneradoras de algún derecho fundamental disuade a la policía para su obtención. La segunda de las teorías se sustenta en el magno reconocimiento de protección a los derechos fundamentales que, consecuentemente, implica el no reconocimiento judicial a las pruebas que los vulneren.

De contra a la defensa de estas dos teorías para la prohibición de la apreciación de la prueba vulneradora de derechos fundamentales, también se ha invocado la posibilidad de aportación al juicio de todo aquello que pudiera utilizarse para el descubrimiento de la

---

<sup>101</sup> Vid., por todas, la STC 81/1998, de 2 de abril, FJ 2º. Resulta de interés el estudio del Derecho procesal constitucional en RAMÍREZ CARVAJAL, D.M., “Hacia la construcción de un derecho procesal constitucional para Colombia”, en *Nuevas tendencias del Derecho procesal constitucional y legal*, Sello editorial Universidad de Medellín, Colombia, 2005, pp. 77-100.

<sup>102</sup> El TC ha reconocido la inviolabilidad del domicilio a las personas jurídicas en sus sentencias 137/1985, de 17 de octubre; 144/1987, de 23 de septiembre; 64/1988, de 12 de abril; 23/1989, de 2 de febrero, si bien posteriormente ha limitado esta protección a los espacios físicos indispensables para desarrollar su actividad sin intromisiones ajenas, véase en ese sentido SSTC 69/1999, de 26 de abril y 283/2000, de 27 de noviembre. Otras sentencias que admiten que las personas jurídicas sean titulares de derechos fundamentales son las SSTC 141/1985, de 22 de octubre; 100/1993, de 22 de marzo; 91/1995, de 19 de junio; 129/1995, de 11 de septiembre; 139/1995, de 26 de septiembre; 123/1996, de 8 de julio; 237/2000, de 16 de octubre; 175/2001, de 26 de julio; 54/2015, de 16 de marzo o STS 35/2017, de 19 de enero.

<sup>103</sup> Las SSTEDH Haldor c. Reino Unido, de 25 de junio de 1997; Aalmoes y otros c. Países Bajos, de 25 de noviembre de 2004 y Association for European Integration and Human Rights and Ekimdzhiev c. Bulgaria, de 28 de junio de 2008 han declarado el secreto de las comunicaciones en personas jurídicas.

<sup>104</sup> En este sentido se pronuncian, entre otros, GASCÓN INCHAUSTI, F., *Persona jurídica, investigación y prueba penal*, Marcial Pons, Madrid, 2012, p. 111; GIMENO BEVIÁ, J., *Compliance y proceso penal. El proceso penal de las personas jurídicas*, Aranzadi, 2016, pp. 232 y ss., NEIRA PENA, A.M., *La instrucción de los procesos penales frente a las personas jurídicas*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 138-141.

verdad, en atención al principio de libre valoración judicial de la prueba<sup>105</sup>. Este planteamiento, que traslada la decisión sobre la valoración de la prueba vulneradora de derechos fundamentales al Juez o Tribunal es incompatible con el Estado de derecho y el reconocimiento constitucional de los derechos fundamentales<sup>106</sup> y requiere de reglas procesales de “juego limpio” constitucionalmente comprendidas que eviten actitudes dogmáticas y autoritarias -motivadas, quizás, por los principios de mayorías o de eficacia-<sup>107</sup>.

En todo caso, la fijación del fundamento de la exclusión de pruebas obtenidas con conculcación de derechos fundamentales no es baladí, pues ello va a predeterminar sus efectos, especialmente el reflejo de la ilicitud en las pruebas derivadas directa o indirectamente de la originariamente viciada<sup>108</sup>.

### 3.1.1. El efecto disuasorio

El efecto disuasorio (*deterrent effect*) como fundamento para apoyar la inadmisibilidad en el juicio de la prueba obtenida con vulneración de derechos fundamentales es originario del derecho norteamericano. Los partidarios de esta tesis defienden que ni la policía, ni los particulares tratarán de obtener una prueba con vulneración de derechos fundamentales porque, en el caso de que lo hicieran, no tendrá efectos en el ulterior proceso<sup>109</sup>.

---

<sup>105</sup> A esta posibilidad se refieren, si bien se manifiestan contrarios a esta tesis, ARMENTA DEU, T., *La prueba ilícita (Un estudio comparado)*, segunda edición, Marcial Pons, Madrid, 2011, p. 103; MIRANDA ESTRAMPES, M., “La prueba ilícita: la regla de la exclusión probatoria y sus excepciones”, *Revista Catalana de Seguridad Pública*, nº 22, mayo 2010, p. 133; MARTÍN MORALES, R., *El régimen constitucional del secreto de las comunicaciones*, Civitas, Madrid, 1995, p. 95, entre otros.

<sup>106</sup> MIRANDA ESTRAMPES, M., “La prueba ilícita: la regla...”, *Op. Cit.*, p. 133.

<sup>107</sup> GIMÉNEZ PERICÁS, A., “Sobre la prueba ilícitamente obtenida”, *Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, San Sebastián, nº 6, 1992, p. 31.

<sup>108</sup> ASENSIO MELLADO, J.M., “Prueba ilícita: declaración y efectos”, *Revista General de Derecho Procesal*, nº 26, Iustel, [www.iustel.com](http://www.iustel.com), 2012, p. 8.

<sup>109</sup> Entre los autores españoles que afirman que el efecto disuasorio es el fundamento de la exclusión de las pruebas vulneradoras de derechos fundamentales, GIMÉNEZ PERICÁS, A., “Sobre la prueba...”, *Op. Cit.*, p. 32; RODRÍGUEZ LAINZ, J.L., “Exclusionary rules y garantías procesales en el ordenamiento procesal penal español”, *Diario La Ley*, nº 8203, 2 diciembre de 2013, pp. 3-5, 14. También DEL MORAL GARCÍA, A. aboga por el fundamento disuasorio de la prueba ilícita en su ponencia “La conexión de antijuridicidad como presupuesto de la nulidad de la prueba refleja y supuestos de ruptura”, p. 4 dictada el día 29/04/2016 en el curso “La interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas” del Centro de Estudios Jurídicos, en la que afirma que “si se trata de cimentar la exclusión de la prueba ilícita en postulados no conectados con el efecto disuasorio, se corre el riesgo, en mi opinión, de llegar a soluciones ininteligibles e inasumibles”, texto disponible en [http://www.cej-justicia.es/cej\\_dode/flash/ebook/assets/img/cejponencia1473924581802/cejponencia1473924581802.pdf](http://www.cej-justicia.es/cej_dode/flash/ebook/assets/img/cejponencia1473924581802/cejponencia1473924581802.pdf) (fecha de consulta: 12/09/2017). Con respecto a la obtención de prueba con vulneración de derechos fundamentales por los particulares, MIRANDA ESTRAMPES refiere que el Tribunal Supremo Federal

Aunque el resultado indirecto del fundamento disuasorio es, igualmente, la salvaguarda de los derechos fundamentales, la consecuencia de la elección de este motivo de exclusión instrumental es preocupante, porque, como advierte MIRANDA ESTRAMPES, si se determina que la regla de exclusión no es efectiva, puede dejar de ser aplicada<sup>110</sup>.

Nuestra jurisprudencia constitucional no basa (o no basaba) la exclusión de la prueba obtenida con vulneración de derechos fundamentales en ese efecto disuasorio<sup>111</sup>. Sin embargo, paulatinamente el Tribunal Constitucional español ha virado su inicial interpretación y ha venido admitiendo excepciones a la eficacia refleja de la prueba ilícita y a la propia aplicación directa de la regla de exclusión, asumiendo la línea argumentativa elaborada por la jurisprudencia norteamericana sobre la finalidad disuasoria de la regla de exclusión<sup>112</sup>.

En este sentido, como se verá, la jurisprudencia ha ido admitiendo una serie de excepciones a la regla de exclusión que aproximan su fundamento a la concepción anglosajona disuasoria, como la admisión de las pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales pero con “buena fe”.

La asunción de este nuevo planteamiento en nuestro ordenamiento jurídico, que prioriza el efecto disuasorio de la exclusión de la prueba, conlleva inevitablemente que la ineficacia de las pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales ya no constituye una garantía procesal de carácter constitucional derivada de la posición preferente que los derechos fundamentales ocupan en el ordenamiento jurídico y pasa a convertirse en un simple “remedio judicial”. Además, esta posición que priva de relevancia constitucional a la prueba ilícita no permitiría que el Tribunal Constitucional fuese competente para su apreciación, ya que no es el órgano que analiza las vulneraciones de la legalidad ordinaria que no infringen derechos constitucionales<sup>113</sup>.

### 3.1.2. La supremacía de los derechos fundamentales

---

norteamericano ha descartado la aplicación de la regla de exclusión en estos supuestos (caso *Burdeau vs. McDowell*, 256 US, 465, 1921) o, incluso, por agentes policiales extranjeros fuera del territorio estadounidense (caso *US vs. Verdugo-Urquidez*, 494 US 259, 1990), en MIRANDA ESTRAMPES, M., “La prueba ilícita: la regla...”, *Op. Cit.*, pp. 134-135.

<sup>110</sup> MIRANDA ESTRAMPES, M., “La prueba ilícita: la regla...”, *Op. Cit.*, pp. 134-135.

<sup>111</sup> PLANCHADELL GARGALLO, A., *La prueba prohibida: evolución jurisprudencial: (comentario a las sentencias que marcan el camino)*, 1ª ed., Editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2014, p. 39.

<sup>112</sup> MIRANDA ESTRAMPES, M., “La prueba ilícita: la regla...”, *Op. Cit.*, pp. 136-137.

<sup>113</sup> ASENCIO MELLADO, J.M., “Prueba ilícita: declaración...”, *Op. Cit.*, p. 11.

La posición de superioridad en la que se encuentran los derechos fundamentales sirve, también, como fundamento para prohibir la valoración de las fuentes de prueba obtenidas con su vulneración, por medio de la que se conoce como la regla de exclusión procesal<sup>114</sup>.

Según esta teoría, la justificación de la exclusión en el proceso de las pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales descansa en la necesidad de que se inadmitan estas pruebas por su escasa fiabilidad, por haberse obtenido por unos cauces ilícitos<sup>115</sup>. Señala, al respecto, SOLOZABAL ECHEVARRIA que “no hay verdaderos derechos si no se asegura la protección jurisdiccional de las facultades o pretensiones concretas en que los mismos consisten”<sup>116</sup>.

Ello no obstante, en el proceso penal -por los bienes jurídicos protegidos en este orden jurisdiccional-, se contraponen dos intereses: el interés público por el descubrimiento de la verdad versus el respeto a los derechos fundamentales de los ciudadanos<sup>117</sup>. En este binomio, el Estado debe autolimitarse en toda investigación de los ilícitos a fin de garantizar una sociedad democrática vinculada, también, a las normas que, ordenadas jerárquicamente, rigen la vida de la colectividad<sup>118</sup>.

La salvaguarda de los derechos fundamentales en el marco del proceso penal fue consagrada inicialmente por el Tribunal Supremo Federal alemán<sup>119</sup> en su sentencia del 14 de junio de 1960, en la que afirmaba que no hay principio en el ordenamiento procesal penal que imponga la investigación de la verdad a toda costa<sup>120</sup>.

---

<sup>114</sup> ASENCIO MELLADO, J.M., *Prueba prohibida y prueba preconstituida*, Editorial Trivium, Madrid, 1989, p. 91. En mismo sentido, ARMENTA DEU, T., *La prueba ilícita...*, *Op. Cit.*, p. 111 afirma que “la infracción de los derechos fundamentales de contenido procesal no da origen en sentido estricto a una ilicitud probatoria, sino a la nulidad de la prueba al amparo del régimen general de las nulidades procesales”.

<sup>115</sup> DE URBANO CASTRILLO, E.; TORRES MORATO, M. A., *La prueba ilícita penal. Estudio jurisprudencial*, Aranzadi, sexta edición, Cizur Menor, 2012, pp. 38-41; ASENCIO MELLADO, J.M., *Derecho procesal civil*, *Op. Cit.*, p. 241.

<sup>116</sup> SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA, J.J., “Los derechos fundamentales en la Constitución Española”, *Revista de Estudios Políticos (nueva época)*, nº 105, julio-septiembre 1999, p. 14.

<sup>117</sup> La búsqueda de la verdad es un interés general de la sociedad, pero el respeto a los derechos fundamentales de los ciudadanos también tiene naturaleza pública, ya que la sociedad tiene interés en la efectividad de los derechos individuales, como recuerda FERNÁNDEZ ENTRALGO, J., “Prueba ilegítimamente obtenida”, *Jueces para la democracia*, nº 7, 1989, p. 24.

<sup>118</sup> ASENCIO MELLADO, J.M., *Prueba prohibida y...*, *Op. Cit.*, p. 76.

<sup>119</sup> Téngase presente que en el Estado Federal alemán coexisten dos niveles judiciales, el estatal o regional y el federal. En el nivel federal (Bund) se encuentran los tribunales federales (Bundesgerichtshof) de los distintos órdenes jurisdiccionales, vid. DE BENITO LLOPIS-LLOMBART, M., *Justicia o burocracia*, Thomson Reuters, Navarra, 2017, pp. 175-176.

<sup>120</sup> “Es ist auch sonst kein Grundsatz der Strafprozeßordnung, daß die Wahrheit um jeden Preis erforscht werden müßte”; BGHSt de 14 de junio de 1960 (14, 358, 365), FJ 4.

En España, la regla de exclusión tiene un reconocimiento posterior por el “tardío advenimiento de la democracia constitucional”<sup>121</sup>. Una primera declaración tiene lugar en el año 1982 cuando el TC señala que “la presunción de inocencia sólo puede ser enervada por prueba que haya llegado con las debidas garantías al proceso”<sup>122</sup>, pero no es hasta la célebre STC 114/1984, de 29 de noviembre cuando el intérprete constitucional fundamenta la expulsión de la prueba ilícitamente obtenida en la posición preferente de los derechos fundamentales en el ordenamiento y mantiene que no existe una norma que autorice la búsqueda de la verdad a cualquier precio<sup>123</sup>.

En síntesis, lo que afirma el TC en esta conocida sentencia es que estos derechos presentan una doble vertiente, de una parte, son derechos subjetivos de los ciudadanos y, de otra, sirven de elementos esenciales de una convivencia justa y pacífica<sup>124</sup>. Y, añade la sentencia, que la mera lesión de los derechos fundamentales subjetivos se producirá si afectan “a los derechos que cobran existencia en el ámbito del proceso”, esto es que afectarán al proceso siempre que conlleven la lesión o la ignorancia de un derecho fundamental procesal, por ejemplo, el derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) o derecho a la igualdad de las partes en el proceso (art. 14 CE)<sup>125</sup>.

Esta doctrina constitucional encontró reconocimiento con la aprobación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial<sup>126</sup>. La regulación de la prohibición de la valoración de pruebas adquiridas, directa o indirectamente, con violación de derechos fundamentales, aplicable a todos los órdenes jurisdiccionales y a todas las pruebas, se contempla en el artículo 11.1 LOPJ *in fine* –“(…) no surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades

---

<sup>121</sup> GIMÉNEZ PERICÁS, A., “Sobre la prueba...”, *Op. Cit.*, p. 32.

<sup>122</sup> STC 55/1982, de 26 de julio.

<sup>123</sup> La STC 114/1984, de 29 de noviembre afirma en su FJ 2 que “la imposibilidad de estimación procesal puede existir en algunos casos (...) como expresión de una garantía objetiva 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”, si bien admite, en el FJ 3º, que en ese momento “no existe en nuestro ordenamiento una norma expresa que imponga la no consideración como prueba de aquellas propuestas por las partes y obtenidas antijurídicamente”.

<sup>124</sup> STC 114/1984, de 29 de noviembre, FJ 4º. Tal y como señala ASECIO MELLADO, Los tribunales, especialmente los superiores que se encuentran en la cúspide, en un sistema democrático cumplen, a través de sus sentencias, una labor pedagógica de convivencia para con la ciudadanía, vid. ASECIO MELLADO, J.M., “Prueba ilícita: declaración...”, *Op. Cit.*, p. 5.

<sup>125</sup> STC 114/1984, de 29 de noviembre, FJ 2º.

<sup>126</sup> No todos los países que reconocen la exclusión de la prueba ilícita (Francia o Argentina carecen de previsión normativa al respecto) y, aquellos que sí la contemplan, lo hacen en la Constitución (Portugal, Brasil, Colombia y México), en un régimen normativo *ad hoc* (Italia y Holanda) o en la legalidad ordinaria (Guatemala, Costa Rica, República del Salvador, Nicaragua, Chile, España, Alemania o Uruguay), vid. en ARMENTA DEU, T., *La prueba ilícita...*, *Op. Cit.*, pp. 35-63.

*fundamentales*”<sup>127</sup>-. Téngase en consideración que el Tribunal Constitucional ha mantenido con posterioridad que aun careciendo de regla legal expresa que establezca la prohibición procesal de la prueba ilícitamente obtenida, ésta se deriva de la posición preferente de los derechos fundamentales inviolables en el ordenamiento<sup>128</sup>.

Para la obtención de una panorámica completa, es necesaria la valoración sobre si los actos de prueba ilícitos vulneran el derecho a la presunción de inocencia o el derecho a un proceso con todas las garantías. Esta distinción es importante, ya que, si de la valoración de pruebas ilícitas se deduce la vulneración del derecho a la presunción de inocencia y, en fase de recurso se alcanza la instancia constitucional, el TC, si considera la vulneración de un derecho fundamental en la obtención de la prueba de cargo, anularía la sentencia de instancia, lo que implica una sentencia absolutoria. Esto es debido a que la presunción de inocencia sólo queda vulnerada si no existe en el juicio ninguna prueba de cargo que fundamente la convicción del tribunal y la prueba ilícita no pueda entenderse como actividad probatoria para desvirtuar este derecho fundamental<sup>129</sup>.

Si, por el contrario, la sentencia sustentada en la prueba inconstitucionalmente obtenida viola el derecho a un proceso con todas las garantías, ello implicará que el TC, al conocerla, pueda decretar la nulidad del juicio oral y retroacción de las actuaciones para la admisión de otra prueba válida de cargo por parte de la acusación, cuya práctica y valoración servirá para la absolución o condena del imputado<sup>130</sup>.

Hasta la STC 49/1999, el intérprete constitucional entendía que la condena con base en una prueba obtenida con violación de las normas tuteladoras de los derechos fundamentales vulneraba la presunción de inocencia<sup>131</sup>. Sin embargo, a partir de la

---

<sup>127</sup> Son muchos los autores que han realizado un estudio gramatical del precepto 11.1 LOPJ, vid. ASECIO MELLADO, J.M., *Prueba prohibida y...*, *Op. Cit.*, pp. DEL MORAL GARCÍA manifiesta que el término “obtenidas” hace referencia a pruebas que se buscan, en su ponencia “La conexión de antijuridicidad como presupuesto de la nulidad de...”, *Cit.*, pp. 18-19.

<sup>128</sup> GIMENO SENDRA, V., *Manual de derecho procesal penal*, Colex, Madrid, 2014, p. 74.

<sup>129</sup> ASECIO MELLADO, J.M., “Prueba ilícita: declaración...”, *Op. Cit.*, pp. 18, 21, quién también afirma que el derecho fundamental a la presunción de inocencia “establece como exigencia para fundamentar una condena que ésta se apoye en auténticas pruebas, que sean de cargo y que se practiquen con arreglo a todas las garantías constitucionalmente y legalmente establecidas. Si no sucede así, la prueba no será útil, al no alcanzar el rango de tal, pudiendo servir a otros efectos, especialmente de investigación de los hechos, pero nunca como fundamento de una condena”. En el mismo sentido, la STC 81/1998, de 2 de abril, en el FJ 3º, expone que la presunción de inocencia es “el derecho a no ser condenado sin pruebas de cargo válidas” y que la condena fundada exclusivamente en pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales vulnera el derecho a la presunción de inocencia, pero no se infringe este derecho si existen otras pruebas de cargo válidas e independientes.

<sup>130</sup> GIMENO SENDRA, V., *Derecho procesal penal*, segunda edición, Editorial Aranzadi, *Op. Cit.*, p. 530.

<sup>131</sup> Vid. STC 81/1998, de 2 abril.

sentencia citada, el TC modificó el criterio y, desde entonces, incardina la vulneración de derechos fundamentales en el ámbito de la obtención de fuentes de prueba en la vulneración del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías<sup>132</sup>. Ello no obstante, la doctrina exige, acertadamente, que en el derecho a un proceso con todas las garantías se incluya como propia la garantía de la esencia de los derechos fundamentales, esto es, que la no valoración de las pruebas vulneradoras de derechos fundamentales se consagre como un derecho fundamental autónomo<sup>133</sup>.

Así, el Tribunal Constitucional ha encontrado justificación a la no recepción judicial de la prueba obtenida conculcando derechos fundamentales en otros derechos –a saber, el derecho a la presunción de inocencia o el derecho a un proceso con todas las garantías-<sup>134</sup>. Sería deseable, en cualquier caso, la existencia de un derecho constitucional autónomo que reconociese la regla de exclusión probatoria de las pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales, como así ocurre en la Constitución brasileña<sup>135</sup>.

Puede concluirse, por tanto, que, actualmente, la posición preferente que ocupan los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico conlleva la preservación de su contenido esencial y, en consecuencia, la ineficacia de las pruebas obtenidas por medio de agresiones inconstitucionales<sup>136</sup>. No hay que perder de vista que un Estado de Derecho tiene el deber de respetar los procedimientos legalmente establecidos y de actuar escrupulosamente y con respeto a los derechos y garantías constitucionales, a través de las autoridades que lo representan<sup>137</sup>.

### 3.2. Requisitos para limitar los derechos fundamentales

---

<sup>132</sup> Vid. SSTC 49/1996, de 26 marzo; 50/2000, de 28 febrero; 69/2001, de 17 marzo.

<sup>133</sup> ASECIO MELLADO, J.M., “La exclusión de la prueba ilícita en la fase de instrucción como expresión de garantía de los derechos fundamentales”, Diario La Ley, nº 8009, 2013, p. 3.

<sup>134</sup> MARTÍN MORALES, R., *El régimen constitucional del secreto de las comunicaciones*, Op. Cit., p. 94.

<sup>135</sup> El artículo 5 L.VI de la Constitución Federal brasileña de 1988 dispone que “*São inadmissíveis no processo as provas obtidas por meios ilícitos*”, esto es, “son inadmisibles en el proceso las pruebas obtenidas por medios ilícitos”. Un estudio pormenorizado en MÉNDEZ DÍAZ, R .A., “La valoración constitucional de la prueba ilícita e ilegal en la República Federal de Brasil”, *Justicia Juris*, Vol. 9, nº 2, Julio – Diciembre de 2013, pp. 74-84.

<sup>136</sup> ASECIO MELLADO, J.M., “La exclusión de la prueba ilícita en la fase de instrucción...”, Op. Cit., p. 3.

<sup>137</sup> Vid. ASECIO MELLADO, J.M., *Prueba prohibida y...*, Op. Cit., p. 89 que advierte que esa obligación no es tal para los presuntos delincuentes. En un sentido similar, advierte DEL MORAL GARCÍA que los márgenes de renuncia al *ius puniendi* derivados de la regla de exclusión son mínimos y que las garantías y libertades de un Estado de derecho conllevan estos espacios de impunidad irrenunciables, en su ponencia “La conexión de antijuridicidad como presupuesto de la nulidad de...”, Cit., p. 17.

De lo estudiado hasta el momento cabe concluir que los derechos fundamentales son pilares básicos sobre los que se asienta el ordenamiento jurídico español y cuya vulneración en la obtención de pruebas imposibilita su utilización<sup>138</sup>. Ahora bien, en determinados supuestos se justifica la lesión de los derechos fundamentales de los particulares -salvo del derecho a la vida<sup>139</sup>- en favor de la averiguación de los hechos delictivos, siempre con las debidas garantías y con la concurrencia de una serie de presupuestos: previsión normativa, jurisdicción, proporcionalidad y garantías en su ejecución<sup>140</sup>.

La LECrim prevé específicamente la sujeción a los principios de especialidad, idoneidad, excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad de la medida, si bien, únicamente en relación con las medidas de investigación reguladas en el capítulo IV del Título VIII, esto es, respecto de 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. Si bien es de alabar el

---

<sup>138</sup> PICÓ I JUNOY, J., “La denuncia de la prueba ilícita en el proceso penal”, en *El proceso penal. Cuestiones fundamentales* (Coord. FUENTES SORIANO), Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

<sup>139</sup> PLANCHADELL GARGALLO sostiene que “en puridad, los derechos absolutos son el derecho a la vida y a la integridad física del art. 15 CE”, en PLANCHADELL GARGALLO, A., *La prueba prohibida...*, *Op. Cit.*, p. 39.

<sup>140</sup> A título de ejemplo, ASECIO MELLADO, J.M., *Prueba prohibida y...*, *Op. Cit.*, p. 91 o ARMENTA DEU, T., *La prueba ilícita...*, *Op. Cit.*, p. 97. Véase la STS 1058/1997 de 17 de julio, que resuelve un recurso de casación interpuesto por el Ministerio Fiscal ante la absolución de un delito contra la salud pública por inexistencia de pruebas válidas, en el que el TS dictamina que la prueba original -fruto de una intervención telefónica- era lícita, pues “se cumplen a la perfección todos los requisitos y condiciones exigidos por la Ley y la jurisprudencia para estimarlas ajustadas a derecho, y así, en primer lugar, consta que fueron decididas por juez de instrucción competente para hacerlo, con lo que la violación del secreto de las comunicaciones, garantizado por el artículo 18-3 de la Constitución española, no se ha producido en modo alguno; en segundo término aparece que los acuerdos de intervención telefónica fueron tomados en el procedimiento judicial abierto al respecto, lo que supone se cumpla el requisito de control por parte del juez, del fiscal y del secretario fedante; en tercero, obran en autos las resoluciones judiciales que ordenaron las escuchas telefónicas, que están suficientemente motivadas, en cuanto que queda reflejado en ellas la fecha del acuerdo, la autoridad que las pide, las infracciones a investigar, los números a intervenir, el tiempo por el que se conceden, la orden de que se dé oportuna cuenta de su desarrollo, y el juez que decreta la medida (...); debiendo añadirse además, y en cuarto lugar, que las cautelas adoptadas en este caso, respecto de las intervenciones de los teléfonos sometidos a vigilancia y escucha, fueron indudablemente proporcionales y proporcionadas a la gravedad intrínseca del delito objeto de persecución, cuya transcendencia social no puede ni siquiera discutirse (...); en quinto, que las cintas magnetofónicas en que fueron grabadas las conversaciones se entregaron originales en el Juzgado instructor; en sexto, que se hizo transcripción de sus contenidos bajo la fe pública judicial del Secretario actuante, y, por último, que los letrados defensores de las partes tuvieron conocimiento de ellas y de sus extractos, que se unieron a las diligencias, desde tal instante, por lo que debiendo declararse válidas y eficaces las intervenciones telefónicas realizadas en estas actuaciones, y consiguientemente todas las demás pruebas que de ellas se derivan”. En el mismo sentido, la STS 644/2012, de 18 de julio.



reconocimiento normativo de estos principios, parece necesario hacerlos extensivos a todas las medias de investigación, tecnológicas o no.

Para la adopción de cualquier medida de investigación cabe, por tanto, la limitación del contenido esencial de los derechos fundamentales siempre con respeto a determinados requisitos, esto es, cuando el “conjunto de facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como perteneciente al tipo descrito” según el momento histórico, es decir, a aquella parte “que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos”<sup>141</sup>.

El requisito principal que permite la limitación del contenido esencial de los derechos fundamentales es que su realización tenga lugar dentro de los márgenes legalmente establecidos, esto es, que exista una autorización legítima constitucional o legal de la misma y que tienda a la persecución de un interés socialmente relevante<sup>142</sup>.

En este sentido, y de acuerdo con el artículo 53 CE y con el principio de legalidad, es necesario que exista una ley que desarrolle el alcance y las condiciones de la restricción del derecho fundamental<sup>143</sup>. Sobre este particular, ASECIO MELLADO señala que el reconocimiento de los derechos obedece a su previsión en la CE y que, de existir normativa de desarrollo, éstas son “leyes límite” que sirven a la determinación de sus lindes, lo que conlleva una interpretación restrictiva que, para el caso en el que surjan lagunas en su aplicación práctica, prohíbe toda injerencia que la ley de desarrollo no autorice expresamente<sup>144</sup>.

Mención especial merecen los pronunciamientos del TEDH sobre este extremo, en los que exige la concurrencia de dos requisitos para que una norma restrinja derechos fundamentales, en primer lugar, que sea accesible, esto es, pública y previsible; y, en

---

<sup>141</sup> SSTC 11/1981, de 8 de abril; 37/1987, de 26 de marzo; 196/1987, de 11 de diciembre, FJ 5º.

<sup>142</sup> ARMENTA DEU, T., *La prueba ilícita...*, *Op. Cit.*, p. 98. En el mismo sentido se pronuncia la jurisprudencia: “la injerencia en los derechos fundamentales sólo puede ser habilitada por la “ley” en sentido estricto, lo que implica condicionamientos en el rango de la fuente creadora de la norma y en el contenido de toda previsión normativa de limitación de los derechos fundamentales”, véanse las SSTC 37/1989, de 15 de febrero, FJ 7; 207/1996, de 16 de febrero, FJ 4; 49/1999, de 5 de abril, FJ 4; STC 169/2001, de 16 de julio, FJ 6; 70/2002, de 3 de abril, FJ 10; 184/2003, de 23 de octubre, FJ 6; 145/2014, de 22 de septiembre

<sup>143</sup> La STC 145/2014, de 22 de septiembre apunta que es doctrina constante de este Tribunal que toda injerencia estatal en el ámbito de los derechos fundamentales y las libertades públicas que incida directamente sobre su desarrollo, o limite o condicione su ejercicio, precisa una habilitación legal a fin de garantizar las exigencias de seguridad jurídica. En el mismo sentido, las SSTC 49/1999, de 5 de abril; 169/2001, 16 de julio.

<sup>144</sup> ASECIO MELLADO, J.M., *Prueba prohibida y...*, *Op. Cit.*, p. 94.

segundo, que su ambigüedad no abra la puerta a la arbitrariedad de los poderes públicos<sup>145</sup>.

Ahora bien, el supuesto de previsión normativa no es el único requisito, pues, cuando los autores de tal restricción sean entes públicos, es preciso, también, que la limitación del derecho fundamental de que se trate cumpla con las exigencias de jurisdiccionalidad, proporcionalidad y garantías en su ejecución.

La necesidad de que la limitación de un derecho fundamental se acuerde u ordene por una autoridad judicial en el seno de un proceso exige su rigurosa motivación en forma de auto<sup>146</sup>.

Ello no obstante, la regulación constitucional y ordinaria plantea situaciones en las que la administración puede limitar los derechos fundamentales sin el preceptivo control

---

<sup>145</sup> En ese sentido, las SSTEDH Valenzuela Contreras contra España, de 30 de julio de 1998; Koppcc contra Suiza, de 25 de marzo de 1988.

<sup>146</sup> Las sentencias del Tribunal Constitucional 26/1981, de 17 de julio; 3/1992, de 13 de enero; 13/1994, de 17 de enero; 128/1995, de 26 de julio; 181/1995, de 11 de diciembre; 54/1996, de 26 de marzo ponen de manifiesto la íntima relación existente entre la motivación judicial y las circunstancias fácticas que legitiman tal restricción, pues sólo a través de aquélla pueden conocerse y ponderarse éstas. La STS 25/2008, de 29 de enero explica que la exigencia de motivación permite comprender las razones del sacrificio del derecho fundamental tanto al afectado como a los demás ciudadanos y, en su caso, controlar la corrección de la decisión judicial por vía de recurso. Con respecto a la exigencia de auto, consúltese la STC 85/1994, de 14 de marzo, que enjuicia un recurso de amparo contra una condena por un delito contra la salud pública en atención a la intervención de unas comunicaciones por medio de una providencia y con unas solicitudes de prórroga no contestadas. En el FJ 3º de esta sentencia, el intérprete constitucional asegura que “la motivación es no sólo una elemental cortesía, sino un riguroso requisito del acto de sacrificio de los derechos” y continúa refiriendo que “toda resolución que limite o restrinja el ejercicio de un derecho fundamental ha de estar motivada, de forma tal que la decisión determinante pueda ser conocida por el afectado”. También la STC 181/1995, de 11 de diciembre, declara -en su FJ 6º- que “la providencia que acordó la prórroga de la intervención telefónica no respeta las exigencias constitucionales por carecer de la más mínima motivación, y que la observación telefónica practicada, a partir de tal momento, constituyó una injerencia ilegítima en el derecho al secreto de las comunicaciones”. Añade dicha sentencia, que “la ausencia de toda motivación, al afectar a un derecho fundamental provoca, por ello mismo, la inconstitucionalidad de dicha medida. Las sentencias impugnadas, en cuanto otorgan validez a la providencia que concedió la prórroga, vinieron a desconocer las exigencias de motivación que resultan necesarias conforme a la reiterada doctrina de este Tribunal respecto de las garantías necesarias para la válida restricción de un derecho fundamental. En definitiva, la intervención telefónica así practicada, esto es, sin las garantías exigibles de autorización judicial específica y razonada, determinó que la intervención realizada a partir de la prórroga (...), no puede considerarse válida”. En el mismo sentido, las SSTC 299/2000, de 11 de diciembre y 123/2002, 20 de mayo indican que la resolución judicial ha de expresar por sí misma todos los elementos necesarios para considerar fundamentada la medida limitativa del derecho fundamental y niegan que una providencia, por su propia estructura, contenido y función, sea la forma idónea que ha de adoptar una resolución judicial que autoriza la limitación de un derecho fundamental. Ello no obstante, existen sentencias como las del TC 200/1997, de 24 de noviembre; 166/1999, de 27 de septiembre; 126/2000, de 16 de mayo; y 299/2000, de 11 de diciembre y la del TS 786/2015, de 4 de diciembre que reconocen excepcionalmente que una providencia, integrada con la solicitud a la que se remite, cumple las exigencias constitucionales si la misma contiene todos los elementos necesarios para poder llevar a cabo con posterioridad la ponderación de la proporcionalidad de la limitación del derecho fundamental.

jurisdiccional<sup>147</sup>. Estas circunstancias son excepcionales y quedan circunscritas a casos de urgencia que deben contemplarse de manera restrictiva y no elevarse a norma de comportamiento, como ocurre con relativa frecuencia<sup>148</sup>.

Pero, como puede fácilmente deducirse, la jurisdiccionalidad no se limita a la autorización judicial previa ni la de sus respectivas prórrogas, sino que la medida limitativa de derechos fundamentales requiere de un control durante su ejecución, que resulta cumplido cuando se dan las circunstancias para poder realizarlo y no cuando efectivamente se ha llevado a cabo, como ha matizado la jurisprudencia<sup>149</sup>.

La exigibilidad del requisito de la proporcionalidad para la limitación de derechos fundamentales obliga a justificar que la búsqueda de la verdad no puede ser obtenida de otro modo y evita que la investigación no reduzca tales derechos a “meras estructuras formales sin eficacia de tipo alguno”<sup>150</sup>.

La concreción del principio de proporcionalidad exige, en principio -y salvo para los delitos de peligro abstracto<sup>151</sup>-, que exista una concreta y determinada imputación contra el sujeto pasivo del proceso para la limitación de los derechos<sup>152</sup>. Además, es preciso que la medida sea idónea cuantitativa y cualitativamente en relación con sus fines; que sea necesaria -esto es, que sea la menos gravosa y que la falta de su adopción dificulte la

---

<sup>147</sup> Sirvan, como ejemplos, en este sentido, la detención preventiva que puede llevarse a cabo vids. arts. 17.2 CE y 492 LECrim, la limitación de la inviolabilidad domiciliaria en las condiciones de los arts. 18.2 CE y 579.3 LECrim (además de flagrancia o consentimiento, urgencia en la adopción y concreto peligro de pérdida de material probatorio); o en los asuntos relacionados con personas imputadas relacionadas con bandas armadas o terrorismo (vid. arts. 520 bis y 579.3 LECrim).

<sup>148</sup> ASENCIO MELLADO, J.M., *Prueba prohibida y...*, *Op. Cit.*, p. 93.

<sup>149</sup> El Tribunal Supremo, en la sentencia 1313/2000, de 21 de julio, sostiene que el control judicial no se traduce en un deber, sino en la existencia de los elementos que permiten prolongar la medida. Sobre el particular, el Tribunal Constitucional afirma que el juez instructor tiene suficiente conocimiento (y control) de los resultados obtenidos por la Policía Judicial a través de las transcripciones e informes remitidos, vid. SSTC 82/2002, de 22 de abril; 184/2003, de 23 de octubre; 219/2006, de 3 de julio.

<sup>150</sup> ASENCIO MELLADO, J.M., *Prueba prohibida y...*, *Op. Cit.*, p. 93. En el mismo sentido afirma que “el principio de proporcionalidad sirve para delimitar el contenido esencial de los derechos de forma que se adecuen a las diversas situaciones impidiendo tanto la impunidad, como el excesivo poder del Estado en la investigación”, en ASENCIO MELLADO, J.M., “Prueba ilícita: declaración...”, *Op. Cit.*, p. 14. Que la limitación sea adecuada a las exigencias derivadas del principio de proporcionalidad significa que sea necesaria para alcanzar un fin legítimo, proporcionada al efecto y, en todo caso, respetuosa del contenido esencial del derecho, vid. por todas las SSTC 181/1995, de 11 de diciembre, FJ 5; 292/2000, de 30 de noviembre, FJ 9; y 169/2001, de 16 de julio, FJ 4.

<sup>151</sup> Son delitos de peligro abstracto, por ejemplo, lo delitos contra la seguridad del tráfico. Para mayor abundamiento sobre el particular, véase CEREZO MIR, J., “Los delitos de peligro abstracto en el ámbito del derecho penal del riesgo”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª Época, n° 10, 2002, pp. 47-72

<sup>152</sup> Así, la STC 37/1989, de 15 de febrero afirma que es preciso que la resolución judicial se haya dictado luego de ponderar razonadamente, de una parte, la gravedad de la intromisión que la actuación prevista comporta y, de la otra, la imprescindibilidad de tal intromisión para asegurar la defensa del interés público que se pretende defender mediante el ejercicio del *ius puniendi*.

investigación<sup>153</sup>-; y que sea proporcional con respecto a su incidencia en los derechos de la persona y a la gravedad del delito<sup>154</sup>.

Este requisito sirve de contrapeso a las limitaciones que puedan aprobarse legislativamente, ya que exigen que la autorización judicial realice una justificación individualizada y motivada sobre la adopción de la medida que provoque la limitación del derecho fundamental<sup>155</sup>. Ello no obstante, ha sido también criticado porque su carácter casuístico puede conllevar cierto margen de discrecionalidad<sup>156</sup>.

En este sentido, hay que atender a las nuevas previsiones limitativas de derechos fundamentales que la política criminal más reciente contempla y que se alejan del estudio judicial de su proporcionalidad. Sirva de ejemplo la promulgación de la *Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana* que ha introducido ciertas restricciones difusas en el ámbito de la protección ciudadana, como limitaciones del tránsito o controles en las vías públicas de la circulación peatonal, con ocasión de actos públicos, reuniones o manifestaciones, o cuando provoquen alteraciones menores<sup>157</sup>. Otro supuesto que reduce notablemente el examen de la proporcionalidad de la medida es el previsto en el artículo 588 ter d) LECrim para los casos de urgencia en la investigación de delitos relacionados con la actuación de bandas armadas o elementos terroristas, que permite que el Ministro del Interior o, en su defecto, el Secretario de Estado de Seguridad adopte la interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas<sup>158</sup>.

---

<sup>153</sup> Así lo expresa el artículo 588 LECrim.

<sup>154</sup> ARMENTA DEU, T., *La prueba ilícita...*, *Op. Cit.*, p. 100.

<sup>155</sup> En este sentido, la STC 196/1987, de 11 de diciembre, FJ 5º afirma que “el legislador no puede imponer a su libre arbitrio, pues las limitaciones de los derechos fundamentales requieren no sólo que respeten su contenido esencial, sino también que sean razonables y proporcionadas al fin en atención al cual se establecen”. También así la STC 37/1989, de 15 de febrero, FJ 8º, que sostiene que “la regla de la proporcionalidad de los sacrificios (STC 26/1981, fundamento jurídico 5.º), es de observancia obligada al proceder a la limitación de un derecho fundamental (STC 13/1985, fundamento jurídico 2.º), y bien se comprende que el respeto de esta regla impone la motivación de la resolución judicial que excepcione o restrinja el derecho (STC 62/1982, fundamento jurídico 2.º), pues sólo tal fundamentación permitirá que se aprecie, en primer lugar, por el afectado y que se pueda controlar, después, la razón que justificó, a juicio del órgano judicial, el sacrificio del derecho fundamental”.

<sup>156</sup> PLANCHADELL GARGALLO, A., *La prueba prohibida...*, *Op. Cit.*, p. 45.

<sup>157</sup> Vid. Arts. 17, 36 o 37 de la *Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana*.

<sup>158</sup> Esta medida se comunicará inmediatamente al juez competente y, en todo caso, dentro del plazo máximo de veinticuatro horas, haciendo constar las razones que justificaron la adopción de la medida, la actuación realizada, la forma en que se ha efectuado y su resultado. El juez competente, también de forma motivada, revocará o confirmará tal actuación en un plazo máximo de setenta y dos horas desde que fue ordenada la medida.

Las garantías en la ejecución de la restricción, como último requisito, es una exigencia que aúna diversas acciones dirigidas a promover la fiabilidad del medio utilizado y la salud e integridad de la persona investigada, como, por ejemplo, la exigibilidad de destruir la información irrelevante para la causa y la entrega de las grabaciones originales a las partes fruto de una intervención de las comunicaciones, la realización de intervenciones corporales con respeto a la dignidad humana y con la intermediación de personal sanitario, etc.<sup>159</sup>. De la misma manera, para apreciar el cumplimiento de este requisito también cabe estudiar caso por caso supuestos específicos<sup>160</sup>.

En todo caso, los requisitos legalidad, jurisdiccionalidad, proporcionalidad y garantías en la ejecución son exigencias básicas para la limitación de derechos fundamentales y lo idóneo es que el legislador regule con exactitud las condiciones de la restricción de cada derecho<sup>161</sup>.

### 3.3. Prueba irregular, prueba prohibida y prueba ilícita

Es precisa una clara diferenciación de los conceptos que se utilizan para identificar las pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales, ya que en no pocas ocasiones se usan como sinónimos los términos prueba irregular, ilegal, prohibida e ilícita, cuando, en realidad, algunos de ellos tienen un significado distinto.

---

<sup>159</sup> ARMENTA DEU, T., *La prueba ilícita...*, *Op. Cit.*, pp. 100-101.

<sup>160</sup> Por ejemplo, la asistencia de un traductor o intérprete para los investigados o acusados que no hablen o entiendan el castellano o la lengua oficial en la que se desarrolle la actuación y para las personas sordas o con discapacidad auditiva o -de no ser posible- de otra persona conocedora del idioma empleado que se estime capacitado para el desempeño de dicha tarea y la posibilidad de ordenar la designación de un nuevo traductor o intérprete si el primeramente designado no ofrecen garantías suficientes de exactitud (arts. 123 y 124 LECrim); la exigencia de respeto a las garantías judiciales establecidas en el ordenamiento jurídico que promulga el artículo 263 bis LECrim con respecto a la interceptación y apertura de envíos postales sospechosos de contener estupefacientes y, en su caso, la posterior sustitución de la droga que hubiese en su interior; la obtención de muestras biológicas del sospechoso que resulten indispensables para la determinación de su perfil de ADN por medio de actos de inspección, reconocimiento o intervención corporal adecuados a los principios de proporcionalidad y razonabilidad (art. 363 LECrim); la presencia del interesado o de la persona que legítimamente le represente, un individuo de su familia mayor de edad o de dos testigos, vecinos del mismo pueblo en el registro domiciliario y del Secretario del Juzgado o Tribunal que lo hubiera autorizado, o del Secretario del servicio de guardia que le sustituya prevista en el artículo 569 LECrim; la posibilidad de encomendar al Administrador de Correos y Telégrafos o Jefe de la oficina la detención de la correspondencia privada, postal y telegráfica (art. 580 LECrim); la formación específica exigida para agentes de la policía judicial de tráfico que realizan las pruebas para detectar la presencia de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas en los conductores de vehículos a motor y ciclomotores y la obligatoriedad de que los laboratorios que realicen los test salivales sean homologados y garanticen la cadena de custodia; la posibilidad de solicitar prueba de contraste de alcoholemia consistente en análisis de sangre, orina u otras análogas realizadas por personal sanitario (art. 796 LECrim).

<sup>161</sup> ASECIO MELLADO, J.M., “La exclusión de la prueba ilícita en la fase de instrucción...”, *Op. Cit.*, p. 3.

La prueba irregular es aquella obtenida con infracción de ley ordinaria o de normativa procesal, pero sin afectación al núcleo de derechos fundamentales<sup>162</sup>. Esta prueba puede dar lugar a la nulidad de actuaciones, sin perjuicio de que el interesado subsane el defecto y la incorpore posteriormente al proceso a través de un medio de prueba lícito<sup>163</sup>. En este sentido, el propio TS ha señalado que un defecto formal, estrictamente procesal de legalidad ordinaria, no puede imposibilitar la investigación penal<sup>164</sup>.

El término de prueba prohibida ha sido utilizado, en ocasiones, para la delimitación de las pruebas que no cumplen con los requisitos de admisibilidad y también como sinónimo de prueba ilícita<sup>165</sup>. Así, FUENTES SORIANO subraya que prueba ilícita y prueba prohibida son, en realidad, dos caras de una misma moneda porque la ilicitud probatoria conlleva la prohibición de su utilización en el proceso<sup>166</sup>.

Por lo que se refiere a la definición de prueba ilícita, puede entenderse por ella la obtenida como consecuencia de la violación de derechos fundamentales de naturaleza material<sup>167</sup>. Su declaración como ilícita conlleva su exclusión por el órgano jurisdiccional y la prohibición de valoración del resultado probatorio en la sentencia, esto es, su ineficacia como prueba, aunque suponga la absolución del acusado<sup>168</sup>, sin que quepa su convalidación o subsanación posterior<sup>169</sup>.

---

<sup>162</sup> MIRANDA ESTRAMPES, M., “La prueba ilícita: la regla...”, *Op. Cit.*, p. 133; ARMENTA DEU, T., *La prueba ilícita...*, *Op. Cit.*, p. 95.

<sup>163</sup> ASECIO MELLADO, J.M., *Derecho procesal penal, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015*, p. 144 y RIVES SEVA, A.P., “Tratamiento procesal de la prueba ilícita”, en *La prueba en el Proceso Penal. Doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo* (Dir. RIVES SEVA, A.P.), Tomo I, Editorial Aranzadi, Cizur Menor, p. 280.

<sup>164</sup> STS 3995/1995, de 7 de julio.

<sup>165</sup> ASECIO MELLADO aduce el uso de este término en atención a que se trata de “un nombre gráfico” no unívoco que “sirve para designar todo el conjunto variado de supuestos en que la prueba es inadmisibile” en ASECIO MELLADO, J.M., *Prueba prohibida y...*, *Op. Cit.*, p. 75. También hace alusión a la claridad de este concepto MIRANDA ESTRAMPES, M., “La prueba ilícita: la regla...”, *Op. Cit.*, p. 132 citando a Gómez Colomer, J.L. (en *El proceso penal alemán. Introducción y normas básicas*. Barcelona: Bosch, 1985, p. 133, nota 26), que añade que es una mala traducción del término alemán, que vendría a significar “prohibiciones de prueba”. Es un término utilizado también por las SSTC 128 y 129/1999, de 19 de abril

<sup>166</sup> FUENTES SORIANO, O., “El valor probatorio de los correos...”, *Op. Cit.*, p. 189.

<sup>167</sup> ASECIO MELLADO, J.M., “Prueba ilícita: declaración...”, *Op. Cit.*, pp. 8, 17.

<sup>168</sup> GIMENO SENDRA, V., *Derecho procesal penal*, segunda edición, Editorial Aranzadi, *Op. Cit.*, p. 807.

<sup>169</sup> MIRANDA ESTRAMPES, M., “La prueba ilícita: la regla...”, *Op. Cit.*, p. 138. En el mismo sentido, RAMÍREZ CARVAJAL señala que “la nulidad de la prueba por la violación al debido proceso, es de naturaleza especial y prevalente frente a las nulidades taxativas legales, que frente a la Constitución son de menor jerarquía. Es por ello que cuando una prueba se obtiene con violación del debido proceso, la sanción que se exige es la inexistencia de la prueba con el retiro físico del expediente o el impedimento de presentarla en juicio oral de manera absoluta, para evitar que el Juez pueda tomar elementos parciales de conocimiento de ellas., vid. RAMÍREZ CARVAJAL, D.M., “Precisiones constitucionales sobre los poderes de instrucción que tiene el juez”, *Revista Diálogos de Saberes*, nº 30, Enero-junio de 2009, p. 289.

La prueba ilícita opera en el momento de la obtención de las fuentes de prueba, pero su ineficacia repercute en la imposibilidad de incorporarse al procedimiento por ningún medio, por lo que la prueba ilícita no es una mera prohibición de valoración probatoria, pues ello significaría confundir la fuente con el medio<sup>170</sup>.

Así, en síntesis, una prueba ilícita, esto es, vulneradora de derechos fundamentales, deviene prohibida en atención a la protección que la ley concede a estos derechos por su posición de su superioridad en el ordenamiento, lo que conlleva su inutilidad como medio probatorio.

### 3.4. Efectos de la prueba ilícitamente obtenida

La prueba ilícitamente obtenida no puede ser aportada, ni valorada en un proceso judicial, tal y como se desprende de lo recogido en el artículo 11.1 LOPJ. Ello no obstante, los efectos de la ilicitud pueden limitarse a esa fuente probatoria o extenderse a aquellas derivadas de la primera. La confusa redacción del artículo 11.1 LOPJ ha provocado indeterminación en su aplicación. Al estudio de las siguientes teorías jurisprudenciales que han ido surgiendo se dedicarán las páginas que siguen.

#### 3.4.1. Teoría directa

El nacimiento de teoría directa se fija en la sentencia norteamericana *Weeks c. Estados Unidos*, de 1914, que prohíbe la admisión de unos documentos obtenidos en un registro ilícito y en la que se dice expresamente que el castigo de los culpables no debe llevarse a cabo sacrificando los derechos fundamentales garantizados constitucionalmente<sup>171</sup>. Este primer reconocimiento a la exclusión de la prueba ilícita ha tenido un posterior reflejo en nuestro ordenamiento por medio del artículo 11.1 LOPJ y una amplia acogida por parte del TC.

El Tribunal Constitucional se pronunció sobre la cuestión previamente a la promulgación de la *LO 6/1985 del Poder Judicial*, en su conocida sentencia -ya citada- 114/1984, de 29

---

<sup>170</sup> ASENCIO MELLADO, J.M., “Prueba ilícita: declaración...”, *Op. Cit.*, pp. 19-20. Ello no obstante, PLANCHADELL GARGALLO entiende que es irrelevante si la misma se ha producido en la fase de investigación (que será la mayor parte de los casos) o en la fase del juicio oral, en PLANCHADELL GARGALLO, A., *La prueba prohibida...*, *Op. Cit.*, p. 48.

<sup>171</sup> Sentencia disponible en <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/232/383/case.html>.

de noviembre<sup>172</sup>. Esta sentencia enjuicia un recurso de amparo constitucional por vulneración de los derechos fundamentales al secreto de las comunicaciones y a un proceso judicial con todas las garantías, reconocidos en los artículos 18.3 y 24.2 de la CE, respectivamente. El recurrente alega ante el TC que la prueba aportada en un proceso de despido, la grabación de una conversación obtenida por el interlocutor que había formado parte de la comunicación, había sido ilícitamente obtenida por conculcar el derecho fundamental a la intimidad de las comunicaciones<sup>173</sup>.

El intérprete constitucional falla denegando el amparo porque, fundamentalmente, entiende que la protección del apartado tercero del artículo 18 CE se circunscribe a la libertad de las comunicaciones y a su secreto (entendido éste sobre el contenido y sobre otros aspectos, como “la identidad subjetiva de los interlocutores”) frente a su impenetrabilidad por terceros, públicos o privados. Señala, en síntesis, que “no hay «secreto» para aquél a quien la comunicación se dirige”<sup>174</sup>. Por lo aquí interesa, el TC afirma en esta resolución que, aunque no existe un derecho autónomo en la Constitución que declare la no recepción jurisdiccional de las pruebas de posible origen antijurídico, esta consecuencia se deduce del valor preferente del sistema de derechos fundamentales establecido en la CE y que la prueba ilícita es impertinente<sup>175</sup>, lo que implica su inadmisibilidad como tal y su práctica a través de cualquier medio probatorio<sup>176</sup>. En España esta sentencia significa el primer reconocimiento en la protección de los derechos fundamentales del ciudadano cuando es encausado en un proceso penal<sup>177</sup>.

En síntesis, la prueba vulneradora de derechos fundamentales no sirve como prueba de cargo en un proceso. Ello no obstante, esta máxima mostró pronto su deficiencia cuando se aportaban pruebas que, aunque no habían sido obtenidas con conculcación de derechos

---

<sup>172</sup> “Puede sostenerse la inadmisibilidad en el proceso de las pruebas obtenidas con violación de derechos fundamentales”, STC 114/1984, de 29 de noviembre, FJ 5.

<sup>173</sup> GÓMEZ COLOMER destaca lo curioso que resulta que la primera sentencia española en materia de prueba prohibida tenga su origen en un conflicto laboral y no penal, en GÓMEZ COLOMER, J.L., “Prueba prohibida e interpretación de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo españoles”, Anuario de Derecho Penal. Temas penales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2008, p. 151.

<sup>174</sup> STC 114/1984, de 29 de noviembre, FJ 7º. Se observa, no obstante, que, aunque TC niegue la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones en la grabación de una conversación en la que se forma parte, no descarta la posible intromisión en el derecho a la intimidad -garantizado en el artículo 18.1 CE- si el contenido de la conversación hay “deber de reserva”.

<sup>175</sup> El concepto de «impertinencia» no es utilizado en esta sentencia en un sentido técnico procesal, sino constitucional, ASENSIO MELLADO, J.M., “Prueba ilícita: declaración...”, *Op. Cit.*, p. 12.

<sup>176</sup> STC 114/1984, de 29 de noviembre.

<sup>177</sup> GÓMEZ COLOMER, J.L., “Prueba prohibida e interpretación...”, *Op. Cit.*, p. 153.



fundamentales, derivaban de otra que sí, lo que, en la práctica, significaba tanto como validar las pruebas ilícitas.

### 3.4.2. Teoría indirecta o refleja

Como consecuencia de la ineficacia práctica de la teoría directa tiene lugar, apenas unos meses después de la publicación de la STC 114/1984, de 29 de noviembre, la promulgación de la LOPJ, con la inclusión del artículo 11.1 LOPJ, que extiende la prohibición de valoración de los resultados naturales de las pruebas obtenidas con violación de un derecho fundamental a los resultados indirectos. En este sentido, la LOPJ asume la teoría indirecta o refleja, originaria del mundo anglosajón, dónde, de forma gráfica, se la conoce como “la doctrina de los frutos del árbol envenenado” –“*fruit of the poisonous tree*”-<sup>178</sup>. Cabe mencionar que la redacción del citado artículo ha sido ampliamente discutida por la doctrina, especialmente la utilización del adverbio “indirectamente”<sup>179</sup>.

El Tribunal Supremo también hizo suya esta doctrina de origen anglosajón, que identifica en alguna resolución, como en sus sentencias 210/1992, de 7 de febrero y 814/1992, de 7 de abril, como el “efecto dominó”<sup>180</sup>.

---

<sup>178</sup> La primera sentencia que la recoge, aunque sin citarla es la *Silverthorne Lumber Co., Inc. v. United States*, de 1920 -disponible en <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/251/385/case.html>- que afirma que no se pueden utilizar las fuentes de prueba fruto de un registro declarado ilícito. La sentencia que menciona expresamente esta teoría es la *Nardone*, que prohíbe la información conocida por la interceptación ilícita de las comunicaciones, disponible en <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/308/338/case.html>.

<sup>179</sup> ARMENTA DEU señala que “si la regulación legal de la prueba ilícita es ciertamente escasa, aún lo es más, cuando no inexistente, la normativa sobre la eficacia refleja de aquella”, en ARMENTA DEU, T., *La prueba ilícita...*, *Op. Cit.*, p. 116.

<sup>180</sup> Posteriormente el Tribunal Supremo continúa utilizando la doctrina de los frutos del árbol envenenado en las sentencias 22783/1993, de 13 de diciembre; 311/1994, de 19 de noviembre; 1284/1994, de 17 de junio; 2054/1994, de 26 de noviembre; 799/1996 14 de octubre; 985/1996, de 27 de noviembre; 448/1997, de 4 de marzo [esta sentencia casa y anula una condena por tráfico de drogas con el agravante de reincidencia porque se fundamenta en unas pruebas (declaraciones de los policías que practicaron la prueba ilícita, el acta documentada del registro y manifestaciones del acusado sobre los objetos y sustancias ocupadas durante el mismo) derivadas de un registro domiciliario practicado sin autorización judicial y, por tanto, inconstitucional. Declara el fundamento jurídico segundo de esta sentencia que “la prohibición de la prueba constitucionalmente ilícita y de su efecto reflejo pretende otorgar el máximo de protección a los derechos fundamentales constitucionalmente garantizados y, al mismo tiempo, ejercer un efecto disuasor de conductas anticonstitucionales en los agentes encargados de la investigación criminal (*deterrence effect*). La prohibición alcanza tanto a la prueba en cuya obtención se haya vulnerado un derecho fundamental como a aquellas otras que, habiéndose obtenido lícitamente, se basan, apoyan o deriven de la anterior, (“directa o indirectamente”), pues sólo de este modo se asegura que la prueba ilícita inicial no surta efecto alguno en el proceso. Prohibir el uso directo de estos medios probatorios y tolerar su aprovechamiento indirecto constituiría una proclamación vacía de contenido efectivo, e incluso una incitación a la utilización de procedimientos inconstitucionales que, indirectamente, surtirían efecto. Los frutos del árbol envenenado

Pronto, el Tribunal Constitucional adoptó también los efectos reflejos de la prueba ilícita en sus resoluciones<sup>181</sup>. Especialmente esclarecedora es su célebre sentencia 85/1994, de 14 de marzo que anuló una condena fundamentada en la incautación de un alijo de droga del que se había tenido conocimiento por medio de las intervenciones telefónicas decretadas ilegales por ausencia de motivación y, consecuentemente, afectó a la ilicitud de la prueba, por ser derivada de la obtenida con vulneración de derechos fundamentales<sup>182</sup>.

De todo ello se deduce que la prohibición que se proclama de las pruebas ilícitas afecta a las pruebas que de ellas se deriven y que el fundamento de la exclusión de las primeras sirve para justificar la calificación de ilicitud de las segundas<sup>183</sup>.

Cuando el objeto de discusión es la eficacia refleja de una prueba ilícita, la jurisprudencia diferencia entre la prueba diferente, que es distinta pero derivada de la prueba vulneradora de derechos fundamentales; de la prueba independiente -esto es, la prueba que no tiene

---

deben estar, y están (art. 11.1 de la L.O.P.J.), jurídicamente contaminados. 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)”; 1098/1997, de 17 de julio [esta sentencia absuelve al recurrente de los delitos de tenencia ilícita de armas y contra la salud pública porque se realizó una intervención telefónica sin la pertinente resolución judicial que la autorizase y ésta determinó registros en una vivienda y un vehículo que determinaron el hallazgo de las sustancias estupefacientes y el arma de fuego ya que . La nulidad de las fuentes de prueba acarrea la contaminación, igualmente invalidante, de todas aquellas diligencias que de ellas procedan”. El TS admite que la sentencia recurrida es “un supuesto claro de frutos del árbol envenenado que eliminan, por contaminadas, las únicas pruebas de cargo que el Tribunal de instancia ha podido tener en cuenta y valorar” ya que “todas las pruebas de cargo de que se ha valido el Tribunal de instancia tienen su origen en las intervenciones telefónicas que se habían practicado con vulneración de derechos fundamentales”, se han extendido “los efectos del envenenamiento”; 1259/1998, de 27 de octubre [el TS confirma la absolución de los acusados de un del delito contra la salud pública y admite que las pruebas de cargo -un registro policial y la confesión de un coimputado- guardan “una directa relación, como inicial causalización” con la intervención telefónica de un bar declarada nula. En ese sentido, continúa la sentencia “resulta extremadamente difícil sostener que las diligencias posteriores realizadas, antes mencionadas, no traen causa de las intervenciones telefónicas. Solo si se acude a suposiciones o presunciones inadmisibles, cabría afirmar tal desconexión. De las escuchas telefónicas se deriva lo preciso para acordar una entrada y registro y unas declaraciones que tuvieron lugar ya bajo la presión o conmoción psíquica que supone conocer los resultados de unas grabaciones o de unos registros”; 27 de febrero de 1999; 6 de octubre de 1999; 4735/2012, de 21 de junio.  
<sup>181</sup> Vid. SSTC 114/1984, de 29 de noviembre; 107/1985, de 7 de octubre; 64/1986, de 21 de mayo; 80/1991, de 15 de abril; 85/1994, de 14 de marzo; 86/1995, de 6 de junio; 181/1995, de 11 de diciembre; 49/1996, de 26 de marzo; 54/1996, de 26 de marzo; 81/1998, de 2 de abril; 69/2001, de 26 de marzo y en su Auto 55/1999.

<sup>182</sup> Así el TC afirma, en el FJ 4º, que “hemos de concluir que todo elemento probatorio que pretendiera deducirse del contenido de las conversaciones intervenidas no debió ser objeto de valoración probatoria, ya que la imposibilidad de admitir en el proceso una prueba obtenida violentando un derecho fundamental no sólo deriva directamente de la nulidad de todo acto violatorio de los derechos reconocidos en el Capítulo Segundo del Título I de la Constitución, y de la necesidad de con confirmar, reconociéndolas efectivas, las contravenciones de los mismos (...), sino ahora también en el plano de la legalidad en virtud de lo dispuesto en el art. 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial”.

<sup>183</sup> ASENSIO MELLADO, J.M., “Prueba ilícita: declaración...”, *Op. Cit.*, p. 49.

conexión con la primera-. La prueba independiente puede constituir el acervo probatorio, pues, si no guarda relación con la prueba ilícita inicial, no se cumple el presupuesto esencial para el reconocimiento de la eficacia refleja y existe, por tanto, una desconexión causal entre ambas<sup>184</sup>. El problema surge cuando se identifica como prueba independiente la que en realidad es una prueba diferente, pero derivada, de una prueba ilícita<sup>185</sup>.

### 3.4.3. Tendencias que excepcionan la eficacia refleja

La rigidez de la doctrina indirecta –o de los frutos del árbol envenenado- consiguió la absolucón de un gran número de investigados cuyas acusaciones se basaban únicamente en pruebas obtenidas directa o indirectamente vulnerando derechos fundamentales, lo que conllevó el inicio de restricciones al efecto reflejo de la prueba ilícita.

Esta tendencia ha provocado que los tribunales españoles -especialmente, la jurisprudencia constitucional-, por influencia norteamericana, hayan ido paulatina y reiteradamente introduciendo limitaciones al alcance y a los efectos de la regla de exclusión por medio de determinadas excepciones, hasta tal punto que en algunos aspectos resulta, en la actualidad, prácticamente irreconocible en comparación con su concepción constitucional originaria<sup>186</sup>.

#### 3.4.3.1. Prueba jurídica independiente

Una primera resolución que comienza a excepcionar la eficacia refleja es la STC 86/1995, de 6 de junio, que desestimó un recurso de amparo de una condena por un delito contra la salud pública por apreciar que la confesión de un acusado era una *prueba jurídica independiente* de una intervención telefónica practicada sin autorización judicial<sup>187</sup>. En este sentido, el TC legitima la prueba que sea independiente respecto de la ilícita, en tanto en cuanto es válida y enerva la aplicación de los efectos indirectos de la ilicitud implícitos en la doctrina de los frutos del árbol envenenado<sup>188</sup>.

<sup>184</sup> MIRANDA ESTRAMPES, M., “La prueba ilícita: la regla...”, *Op. Cit.*, p. 143.

<sup>185</sup> Vid, entre otros, GÓMEZ COLOMER, J.L., “Prueba prohibida e interpretación...”, *Op. Cit.*, p. 157; MIRANDA ESTRAMPES, M., “La prueba ilícita: la regla...”, *Op. Cit.*, p. 144.

<sup>186</sup> PLANCHADELL GARGALLO, A., *La prueba prohibida...*, *Op. Cit.*, p. 48.

<sup>187</sup> *Infra* se analiza la doctrina surgida posteriormente respecto a las confesiones de los acusados.

<sup>188</sup> ARMENTA DEU, T., *La prueba ilícita...*, *Op. Cit.*, pp. 121-122.

Aunque esta primera excepción -cuyo origen se ubica en la sentencia norteamericana *Wong Sun*<sup>189</sup>- es criticada por débil e inconsistente<sup>190</sup>, ha sido utilizada en resoluciones posteriores, como las SSTS 1130/1997, de 23 de septiembre<sup>191</sup>; 1490/1998, de 26 de noviembre; 2210/2001, de 20 de noviembre; 588/2002, de 4 de abril; 498/2003, de 24 de abril; 1563/2004, de 24 de enero; 129/2005, de 7 de febrero; 1222/2005, de 17 de octubre; 324/2006, de 21 de marzo; 903/2006, de 19 de septiembre; 662/2007, de 9 de julio; 25/2008, de 29 de enero; 521/2008, de 24 de julio o las SSTC 54/1996, de 26 de marzo<sup>192</sup>; 238/1999, de 20 de diciembre<sup>193</sup>; 123/2006, de 24 de abril; 70/2007, de 16 de abril; 206/2007, de 24 de septiembre; 128/2011, de 18 de julio.

---

<sup>189</sup> Esta sentencia enjuicia una condena basada en una confesión de un acusado en el curso de una detención ilegal (por no contar con autorización judicial y haberse realizado sin motivos razonables concretos), en la aprehensión de heroína a otro coacusado y en declaraciones posteriores de los acusados que se niegan a firmar, porque sostiene que éste material probatorio no eran el fruto de la prueba ilícita (la detención ilegal). Los hechos se inician con la acusación que un individuo (Hom Way que no consta como informador y, por tanto, no es fiable para el Tribunal) realiza de un tercero -Blackie Toy- a la policía. Con esta sospecha, los agentes acuden al lugar de trabajo del sospechoso y se hacen pasar por usuarios para, sin identificarle, acceder al domicilio que se encontraba en la parte trasera y registrarlo en busca de drogas que, al no ser encontradas, conducen al individuo a señalar a una tercera persona como suministradora de las mismas: Johnny Yee -a quien sí le requisan narcóticos- quien, a su vez, apunta a otro de los coacusados, Wong Sun. Aunque las sentencias de instancia y de apelación confirman la admisión de las pruebas presentadas, el Tribunal Supremo Federal afirma que las declaraciones de Toy (en su domicilio y posteriormente) y la aprehensión de los estupefacientes sí son resultado de la detención ilícita, aunque, no obstante, confirma la sentencia basándose en una declaración posterior de Wong Sun que, aunque él no firma, entiende el Tribunal que no es fruto del arresto, que tiene una conexión atenuada y que el acusado no alegó irregularidades. Sentencia disponible en <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/371/471/case.html>.

<sup>190</sup> GÓMEZ COLOMER, J.L., “Prueba prohibida e interpretación...”, *Op. Cit.*, p. 159.

<sup>191</sup> Esta sentencia confirma la condena por un delito contra la salud pública porque las pruebas de cargo que ha tenido en cuenta el Tribunal de instancia (registro domiciliario, declaración de una coimputada ante el Juez Instructor pero rectificadas en el juicio oral -con asistencia letrada y respetado los principios de contradicción y defensa-; declaración -con asistencia letrada- de otra coimputada confirmada, pero matizada en el acto del juicio oral ) pueden desconectarse (“aislarse”) de las que se ha obtenido con vulneración de derecho fundamental (intervención telefónica), “al haber advenido a la causa con independencia y a los que no se extienden los efectos propios de la nulidad”. Afirma, por tanto que “no existe, pues, contaminación y puede afirmarse la desconexión causal”. Contiene un voto particular del Magistrado Don José Antonio Martín Pallín que aboga por la estimación del recurso porque entiende que las pruebas que sirven para la condena derivan de las escuchas telefónicas previas absolutamente inconstitucionales y que “la aplicación de la doctrina norteamericana de la “inevitable discovery” (inevitable descubrimiento) o la de la *independent source* (fuente independiente) necesita apoyarse en datos sólidos e irrefutables que se desprendan de las actuaciones”, algo que no ocurre -”no solamente no existen estos -datos sólidos e irrefutables-, sino que aparecen evidencias palmarias de que toda la investigación se desprende de las escuchas telefónicas”- y que esta “desconexión está basada en hipótesis que ni siquiera se explicitan ni motivan”.

<sup>192</sup> El TC confirma parcialmente una sentencia del Tribunal Supremo en el que se afirma que una declaración sumarial de un testigo que ha sido leída por el LAJ en el juicio y practicada respetando los principios de contradicción, defensa e de intermediación judicial (pudiendo las partes formular las preguntas que consideraron pertinentes para su defensa y formándose el Tribunal un juicio acerca de la verosimilitud de tales declaraciones) constituye prueba de cargo independiente de una intervención telefónica que sí considera inconstitucionalmente obtenida.

<sup>193</sup> En esta sentencia el TC hace referencia a las excepciones la “fuente independiente”, del “inevitable descubrimiento” y de la “conexión de antijuridicidad” para fallar que las pruebas que fundamentaron la condena son independientes a las intervenciones telefónicas nulas, lo que difiere de la opinión sostenida por el Ministerio Fiscal, que defendía que “es evidente que el conocimiento policial se sustentó en lo oído

### 3.4.3.2. Conexión de antijuridicidad

Otra de las excepciones a la eficacia refleja y, quizás, la más utilizada por el Tribunal Constitucional, es la conocida como la doctrina de la “conexión de antijuridicidad”<sup>194</sup>. Conforme a este criterio, el Tribunal puede valorar las pruebas derivadas de otras constitucionalmente ilegítimas -porque no se extiende a ellas la ilicitud- cuando, aunque exista una relación causal entre ambas, no concurra una “conexión de antijuridicidad”.

Así, el TC señala que la obtención indirecta a la que se refiere el artículo 11.1 LOPJ “es más complicada de establecer, pero ha de ser referida a las pruebas obtenidas mediante la utilización de fuentes de información, esto es, que tales pruebas ilícitas no pueden servir de fuente de información para convalidar una actividad probatoria derivada de la primera, conectada de forma inferencial con respecto a esta última”. Continúa la sentencia que “para determinar si existe o no esa conexión de antijuridicidad, el Tribunal Constitucional ha establecido una doble perspectiva de análisis: una perspectiva interna, que atiende a la índole y características de la vulneración del derecho constitucional violado; en el caso, al secreto de las comunicaciones en la prueba originaria (qué garantías de la injerencia en el derecho se han visto menoscabadas y en qué forma), así como al resultado inmediato de la infracción (el conocimiento adquirido a través de la injerencia practicada inconstitucionalmente). Por otro lado, una perspectiva externa, que atiende a las

---

en las intervenciones telefónicas y no se constata que las confidencias sean de origen paralelo e independiente al conocimiento obtenido previamente de las cintas ilegales”.

<sup>194</sup> RODRÍGUEZ LAINZ sostiene que esta doctrina tiene su origen en la regla de exclusión estadounidense del “nexo causal atenuado” o “balancing test”, que incluso ha sido empleada en las SSTS 927/2012, de 27 de noviembre; 35/2013, de 18 de enero y 69/2013, de 31 de enero y en la STC 142/2012, de 2 de julio como ponderación de intereses para acreditar la desconexión de antijuridicidad, en RODRÍGUEZ LAINZ, J.L., “Exclusionary rules...”, *Op. Cit.*, pp. 6-8. Otras resoluciones en las que ha sido utilizada la conexión de antijuridicidad, sin ánimo de exhaustividad, son las SSTC 81/1998, de 2 de abril; 121/1998, de 15 de junio; 151/1998, de, de 13 de julio; 49/1999, de 5 de abril; 94/1999, de 31 de mayo; 139/1999, de 22 de enero; 166/1999, de 27 de septiembre; 171/1999, de 27 de septiembre; 238/1999, de 20 de diciembre; 239/1999, de 20 de diciembre; 8/2000, de 17 de enero; 136/2000, de 29 de mayo; 24/2000, de 31 de enero; 299/2000, de 11 de diciembre; 14/2001, de 29 de enero; 149/2001, de 27 de junio; 12/2002, de 28 de enero; 28/2002, de 11 de febrero; 167/2002, de 18 de septiembre; 22/2003, de 10 de febrero; 184/2003, de 23 de octubre; 259/2005, de 24 de octubre; 26/2006, de 30 de enero; 253/2006, de 11 de septiembre; 206/2007, de 24 de septiembre; 66/2009, de 9 de marzo; 197/2009, de 28 de septiembre. También el Tribunal Supremo se ha pronunciado sobre este particular en sus sentencias de 18 de abril de 1997; de 23 de abril de 1997; 974/1997, de 4 de julio; de 17 de julio de 1997; de 17 de febrero de 1998; de 13 de marzo de 1999; de 23 de junio de 1999; de 8 de noviembre de /1999; de 15 de marzo de 2000; 2210/2001, de 20 de noviembre; de 21 de diciembre de 2001; de 10 de mayo de 2002; 1151/2002, de 19 de junio; 2011/2002, de 3 de diciembre; de 17 de enero de 2003; de 22 de enero de 2003; de 24 de enero de 2003; 666/2003, de 17 de junio; 9/2004, de 19 de enero; 229/2008, de 15 de mayo; 620/2008, de 9 de octubre; 30 de diciembre de 2009; 2 de junio de 2010; 811/2012, de 30 de octubre; 43/2013, de 22 de enero; 1451/2013, de 26 de noviembre 249/2014, de 14 de marzo; 499/2014, de 17 de junio; 511/2015, de 21 de julio.

necesidades esenciales de tutela que la realidad y efectividad del derecho conculcado exige. Pero todo ello, teniendo en consideración que 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 dos aspectos que configuran el contenido del derecho fundamental sustantivo. A su vez, y de forma mucho más clara, puede tratarse de una perspectiva natural y jurídica. La primera perspectiva -la natural- supone que la prueba refleja derive de forma empírica o por una formulación material de la inicial declarada nula (así, el hallazgo encontrado en un registro nulo, es también nulo, porque deriva naturalmente de la progresión natural de las cosas, como el contenido de la conversación es causalmente derivado de la propia interceptación practicada). La segunda perspectiva se refiere a la jurídica, esto es, la conexión se predica de la secuencia propia de los derechos en juego (por ejemplo, el temor, coacción o violencia, utilizados en el curso de una declaración de un imputado impide valorar lo que haya respondido al ser de tal forma interrogado, sin que esto se derive naturalísticamente de tal acción). Aquí, pues, se predica la conexión jurídica de otra acción, que no supone necesariamente la natural consecuencia de su antecedente. De todos modos, es imprescindible diferenciar entre las pruebas originales nulas y las derivadas de éstas, ya directa o indirectamente, de acuerdo con lo prevenido en el art. 11.1 LOPJ, las que lo sean de forma independiente y autónoma de la prueba nula, y ello porque si bien desde una perspectiva de causalidad material pueden aparecer conectadas con el hecho constitutivo de la vulneración del derecho, deben estimarse independientes jurídicamente por proceder de fuentes no contaminadas, como serían aquellas pruebas obtenidas fruto de otras vías de investigación tendentes a establecer el hecho en que se produjo la prueba prohibida, como es el supuesto de nulidad de unas intervenciones telefónicas que no se extendería a los conocimientos policiales exclusivamente obtenidos a través de vigilancias estáticas y seguimientos acordados al margen de aquella intervención, o bien en aquellos casos en los que no se dé la llamada conexión de antijuridicidad entre la prueba prohibida y la derivada, a lo que ya nos hemos referido con anterioridad”<sup>195</sup>.

---

<sup>195</sup> Vid. STC 320/2011, de 22 de abril .

Esta excepción se recoge por primera vez en la sentencia del Tribunal Constitucional 81/1998, de 2 de abril, que desestima el recurso de amparo interpuesto por un condenado por un delito contra la salud pública. En dicho caso, el recurrente alega vulneración de los derechos a un proceso con todas las garantías y a la presunción de inocencia por sostenerse en pruebas ilícitamente obtenidas -la policía judicial reconoce que el conocimiento de la reunión que permitió la detención del acusado fue consecuencia de las intervenciones telefónicas declaradas ilícitas- y, por tanto, nulas o ineficaces, lo que conlleva que no exista una mínima actividad probatoria<sup>196</sup>. El TC sostiene que, en principio, sobre las pruebas derivadas también existe prohibición de valoración, empero, crea dos reglas que, conjuntamente aplicadas, permiten “reconocer” si perdura el nexo entre la prueba derivada y aquella que ha vulnerado un derecho fundamental<sup>197</sup>. En este sentido, el Tribunal exige un estudio sobre la trasmisión, o no, de la inconstitucionalidad de la prueba ilícita a las pruebas derivadas desde una doble perspectiva: desde la interna hay que analizar las características de la conculcación del derecho fundamental en la prueba originaria y su resultado; y, desde la externa, deben considerarse las necesidades propias de tutela del derecho fundamental vulnerado<sup>198</sup>. Ello no obstante, la STC 81/1998 admite que la utilización de reglas de exclusión en ocasiones incentiva infracciones de derechos fundamentales, pero que, en este asunto, no puede inferirse que la actuación de los órganos encargados de la investigación penal esté encaminada a vulnerar un derecho fundamental<sup>199</sup>.

Así, el Tribunal Constitucional justifica la valoración de las pruebas derivadas en tanto que independientes y ajenas a las ilícitas cuando, aunque entre ellas existe una relación natural de causalidad, no se constata una conexión de antijuridicidad entre el acto lesivo del derecho y su resultado<sup>200</sup>. Esta conexión de antijuridicidad que permite que la ilegitimidad constitucional de las pruebas que vulneraron el derecho fundamental se extienda también a las derivadas a la que se hace referencia, exige un juicio de experiencia

---

<sup>196</sup> Tesis con la que, dígase de paso, el Ministerio Fiscal se muestra de acuerdo.

<sup>197</sup> STC 81/1998, de 2 de abril, FJ 4º: “en la presencia o ausencia de esa conexión reside, pues, la *ratio* de la interdicción de valoración de las pruebas obtenidas a partir del conocimiento derivado de otras que vulneran” un derecho fundamental.

<sup>198</sup> STC 81/1998, de 2 de abril, FJ 4º, que afirma que, aunque la regla general es la prohibición de valoración de todo elemento deducido de un hecho vulnerador de derechos fundamentales, se han admitidos como supuestos excepcionales pruebas de cargo que, aunque “naturalmente enlazadas con el hecho constitutivo de la vulneración del derecho fundamental por derivar del conocimiento adquirido a partir del mismo, eran jurídicamente independientes de él”.

<sup>199</sup> STC 81/1998, de 2 de abril, FJ 6º que también aplica, por tanto, la excepción de la “buena fe” (vid. *Infra*)

<sup>200</sup> FJ 4º de la STC 166/1999, de 27 de septiembre.

sobre el grado de conexión en el que se aprecien las características de la vulneración originaria (si la conculcación es grave porque, por ejemplo, no existe resolución judicial habilitante para la misma o ésta no está motivada, no hay conexión de antijuridicidad); su resultado (si se priva al derecho fundamental de sus garantías esenciales o si existe intencionalidad o negligencia grave en la vulneración, por ejemplo) y las necesidades de tutela del derecho fundamental afectado (por ejemplo, con respecto al derecho al secreto de las comunicaciones, esta necesidad de tutela se entiende satisfecha si en el auto judicial que acuerda la intervención telefónica constan sospechas pero no hechos objetivos)<sup>201</sup>.

En atención a esta teoría, se han admitido como pruebas de cargo, por ejemplo, la declaración de una coimputada con respecto a un registro domiciliario que se ha declarado nulo<sup>202</sup> o el reconocimiento de hechos del acusado pese a la ilicitud de la intervención telefónica<sup>203</sup>. Con relación a las declaraciones de los acusados, la jurisprudencia las ha considerado también una excepción lícita desvinculadas de la diligencia original vulneradora de derechos fundamentales si están distantes temporalmente<sup>204</sup>, si se han cumplido las exigencias legales (realizadas con la presencia del Abogado y con información de los derechos que le asisten)<sup>205</sup> y si se observa espontaneidad y voluntariedad<sup>206</sup>. El cumplimiento de estos requisitos garantiza, según la jurisprudencia,

---

<sup>201</sup> GÓMEZ COLOMER, J.L., “Prueba prohibida e interpretación...”, *Op. Cit.*, p. 171; ARMENTA DEU, T., *La prueba ilícita...*, *Op. Cit.*, p. 124.

<sup>202</sup> SSTs 8 de octubre de 1996; de 28 de enero del 2002, de 10 de abril del 2002.

<sup>203</sup> STS 19 de marzo de 2001.

<sup>204</sup> STS 408/2003, de 4 de abril declaró la nulidad de una declaración judicial autoincriminatoria por su proximidad temporal con la declaración nula en sede policial.

<sup>205</sup> STS de 15 de febrero de 2011 absuelve al condenado cuya única prueba de cargo era una confesión no informada sobre la posible nulidad de la diligencia de intervención de comunicaciones. Esta sentencia califica de “suicidio procesal” la declaración del acusado porque entiende que no la hubiese realizado de haber conocido la nulidad de la prueba original.

<sup>206</sup> La STC 86/1995, de 6 de junio, en el FJ 4, afirma que “contra la posibilidad de valoración probatoria de la confesión prestada ante la evidencia del hallazgo de los objetos incriminatorios puede aducirse que la misma difícilmente habría tenido lugar, de un modo espontáneo, de no haber estado precedida de la ocupación de los efectos del delito. Pero la validez de la confesión no puede hacerse depender de los motivos internos del confesante, sino de las condiciones externas y objetivas de su obtención. En este sentido, para determinar si la declaración confesoria del imputado se ha producido en condiciones de poder ser aceptada, y basar en ella una condena penal, deben tenerse en cuenta los diversos factores concurrentes en cada caso, de entre los que cabe destacar en el sometido a la consideración de este Tribunal si se hicieron al detenido las advertencias legales, si fue informado de sus derechos y si en la declaración estuvo presente un Abogado encargado de asistirle. Asimismo, debe tenerse en cuenta la proximidad temporal entre la confesión y la ocupación ilegal, pues resulta evidente que la voluntariedad de la confesión se encuentra comprometida, en mayor medida, cuando al confesante no se le ha advertido, previamente, que podía negarse a declarar, especialmente si la autoincriminación se produce, como sucede en el presente caso, inmediatamente después de conocer el resultado de la intervención ilegal”. Adviértase que, pese a que esta sentencia reconoce que ni se informó de los derechos constitucionales al detenido ni se le tomó declaración con asistencia de Abogado, admite la confesión por haberse reiterado con asistencia de un Abogado en el Juzgado de instrucción y en el acto del juicio oral.



que el acusado conozca la ilicitud de la prueba vulneradora de derechos fundamentales y que la confesión es libre y no condicionada<sup>207</sup>.

En este contexto, resulta interesante el análisis que realiza la STC 161/1999, de 27 de septiembre, que afirma que la declaración del acusado con respecto a esos hechos no le produce indefensión ni lesiona sus derechos a no declarar contra sí mismo o a no confesarse culpable porque ha podido articular libre y voluntariamente su estrategia defensiva -pudo haber guardado silencio o haber mentido-. Además, debido a las garantías que le ampararon -asistencia letrada, espontaneidad y voluntariedad- el TC sostiene que es una prueba independiente (desde las perspectivas interna y externa) de la prueba declarada ilícita y, por tanto, válida para fundamentar una sentencia condenatoria<sup>208</sup>. El TC afirma, empero, que la declaración de lesión de derechos fundamentales en la obtención de una prueba no tiene consecuencias fácticas, esto es, que los hechos existen, aunque no pueden acreditarse por pruebas ilícitas y, por tanto, la acusación puede fundamentarse en el relato fáctico conocido por el acto ilícito<sup>209</sup>.

Por consiguiente, la confesión voluntaria del inculcado revestida de las garantías mencionadas -previa información de los derechos constitucionales, asistencia letrada y voluntariedad- conlleva la inexistencia de la conexión de antijuridicidad con la prueba ilícita original y permite convalidar e incorporar al proceso estos datos probatorios como

---

<sup>207</sup> STS 30 de abril de 2007.

<sup>208</sup> STC 161/1999, de 27 de septiembre, FFJJ 2-4. Otras sentencias que utilizan esta doctrina son las SSTC 86/1995, de 6 de junio; 81/1998, de ...; 49/1999, de 5 de abril; 161/1991, de 27 de septiembre; 239/1999, de 20 de diciembre; 8/2000, de 17 de enero [esta sentencia reconoce la vulneración del derecho a la inviolabilidad domiciliaria y, por tanto, la ilicitud de las pruebas que de tal diligencia se deriven, pero admite la independencia de la declaración del acusado, en la medida en que no la considera resultado del registro practicado. El TC basa la independencia jurídica -desde las perspectivas interna y externa- de esta prueba en la conexión de antijuridicidad y entiende, por tanto, que las propias garantías constitucionales que rodean su práctica -derecho a no declarar contra uno mismo, a no confesarse culpable, y asistencia letrada- constituyen “un medio eficaz de protección frente a cualquier tipo de coerción o compulsión ilegítima” y permiten afirmar la “espontaneidad y voluntariedad de la declaración” (la libertad de decisión del acusado de declarar sobre los hechos que se le imputan), lo que atenúa, hasta su desaparición, las necesidades de tutela del derecho fundamental material que justificarían su exclusión probatoria]; 136/2000, de 29 de mayo; 299/2000, de 11 de diciembre; 14/2001, de 29 de enero; 138/2001, de 18 de junio; 167/2002, de 18 de septiembre; 184/2003, de 23 de octubre; 136/2006, de 8 de mayo; 49/2007, de 12 de marzo. El TS también utiliza esta excepción en las SSTS 2012/2000, de 26 de diciembre; 550/2001, de 3 de abril; 676/2001; 82/2002, de 28 de enero; 998/2002; 1011/2002; 1057/2002, de 3 de junio; 1151/2002; 1203/2002, de 18 de julio; 1989/2002; 58/2003, de 22 de enero; 160/2003; 408/2003, de 4 de abril; 498/2003, de 24 de abril; 1379/2003, de 22 de octubre; 1451/2003, de 26 de noviembre; 1509/2003, de 12 de noviembre; 1670/2003, de 8 de marzo; 27/2004, de 13 de enero; 59/2004, de 22 de enero; 126/2004, de 6 de febrero; 205/2004, de 18 de febrero; 339/2004, de 16 de marzo; 1263/2004, de 2 de noviembre; de 13 de diciembre de 2005; 926/2006, de 6 de octubre; de 8 de octubre de 2006; 229/2008, de 15 de mayo; 537/2008, de 12 de septiembre; 551/2008, de 29 de septiembre; de 24 de mayo de 2010; de 7 de marzo de 2011; 320/2011, de 22 de abril; 988/2011, de 30 de septiembre; de 16 de diciembre de 2011.

<sup>209</sup> STC 161/1999, de 27 de septiembre, FJ 2.

una prueba autónoma e independiente<sup>210</sup>. Con respecto a las declaraciones efectuadas en sede policial, pero no ratificadas a presencia judicial, no pueden fundar una sentencia condenatoria, si bien se ha confirmado su valoración si se incorporan por medio de otro medio de prueba, como, por ejemplo, el testimonio de los policías<sup>211</sup>.

Parece, sin embargo, adecuada, la posición doctrinal que considera que la confesión o la declaración fruto de un interrogatorio que versa sobre datos conocidos en la diligencia vulneradora de derechos fundamentales -que jurídicamente no existen- es una prueba diferente, aunque derivada, pero no independiente y, por tanto, no debe ser valorada por el Tribunal<sup>212</sup>. Y en este sentido se ha pronunciado el TS, afirmando que el interrogatorio efectuado con base en las circunstancias obtenidas por medio de una prueba nula, estaría viciado, e inválida, incluso, la confesión inculpatoria del acusado en el Plenario prestada con todas las garantías<sup>213</sup>.

Esta línea jurisprudencial que introduce la teoría de la conexión de antijuridicidad ha sido criticada duramente por arbitraria, discrecional y relativa, ya que realiza una valoración casuística con base en “juicios de experiencia”, lo que produce gran inseguridad jurídica<sup>214</sup>. Además, esta argumentación -que confunde que el fundamento de la ilicitud es la supremacía de los derechos fundamentales o meramente disuasorio de la prueba ilícita- autoriza elementos probatorios que pueden subsanar ilicitudes cometidas inicialmente<sup>215</sup>. Es decir, que se anulan las pruebas originarias con base en el principio de protección de derechos e, indirectamente, se permite el uso o aprovechamiento de los conocimientos adquiridos por medio de pruebas ilegítimas, lo que resulta una grave contradicción que permite introducir en el proceso hechos conocidos mediante una violación primaria de derechos<sup>216</sup>.

---

<sup>210</sup> GÓMEZ COLOMER, J.L., “Prueba prohibida e interpretación...”, *Op. Cit.*, pp. 174, 178, 180.

<sup>211</sup> ARMENTA DEU, T., *La prueba ilícita...*, *Op. Cit.*, p. 89.

<sup>212</sup> MIRANDA ESTRAMPES, M., “La prueba ilícita: la regla...”, *Op. Cit.*, pp. 146-148.

<sup>213</sup> SSTs 23/2003 de 21 de enero; 58/2003 de 22 de enero; 160/2003, de 24 de febrero.

<sup>214</sup> ASENSIO MELLADO, J.M., “La exclusión de la prueba ilícita en la fase de instrucción ...”, *Op. Cit.*, p. 2. Pese a la dificultad que plantea su aplicación al caso concreto, se advierte de que se trata de una teoría irreprochable, vid. URBANO CASTRILLO, E. de, TORRES MORATO, M. A., *La prueba ilícita penal...*, *Op. Cit.*, p. 59.

<sup>215</sup> MIRANDA ESTRAMPES, M., “La prueba ilícita: la regla...”, *Op. Cit.*, p. 149. En el mismo sentido, ASENSIO MELLADO, J.M., “Prueba ilícita: declaración...”, *Op. Cit.*, p. 14, 30 afirma que “la interpretación que en ocasiones se ha hecho de la conocida como teoría de la conexión de antijuridicidad, ha dado lugar a que muchas veces la regla se haya convertido en excepción y a la inversa”.

<sup>216</sup> ASENSIO MELLADO, J.M., “Prueba ilícita: declaración...”, *Op. Cit.*, p. 49. También el TS se ha mostrado crítico con la aplicación de esta excepción, véase, en este sentido la STS 1203/2002, de 18 de julio, FJ 3º, en la que afirma que “con independencia de su utilidad en supuestos concretos, ha de evitarse que esta fórmula se constituya en una fuente de inseguridad que vacíe de contenido efectivo la disposición

En definitiva, las voces críticas piden prudencia en la aplicación de esta “construcción artificiosa” que busca evitar la impunidad de los investigados<sup>217</sup>, pues “con la conexión de antijuridicidad se trata de (...) recortar sensiblemente la eficacia invalidante de la prueba ilícita, allí donde la ley, claramente, no impone restricción, sino todo lo contrario, puesto que comprende tanto los efectos directos como los indirectos”<sup>218</sup>.

La crítica a la construcción de la teoría de la conexión de antijuridicidad también se extiende al TC, por actuar, como se ha sostenido, de “paralegislador” que ha justificado la restricción de los derechos fundamentales en lugar de ampliar su eficacia y protección<sup>219</sup>. En este sentido ASECIO MELLADO propone reformar la LOTC para limitar al TC a una labor negativa, no interpretativa y respetuosa con la regla de la legalidad de los arts. 53.2 y 81 CE<sup>220</sup>.

### 3.4.3.3. Descubrimiento inevitable

Una tercera excepción es la conocida como “el descubrimiento inevitable”<sup>221</sup> (*inevitable discovery*), que proviene de la doctrina anglosajona, consagrado en la sentencia *Nix vs. Williams* de 1984<sup>222</sup>. Esta salvedad a la eficacia refleja de la prueba ilícita está fundamentada en que la prueba derivada hubiese sido igualmente conocida por otras vías independientes, respetuosas con los derechos fundamentales, según las reglas de la experiencia<sup>223</sup>.

---

legal expresa prevenida en el art. 11 1 de la LOPJ, y nos retrotraiga en esta materia a criterios probatorios ya superados con la aprobación de la LOPJ de 1985” y las SSTs 28/2003; de 24 de mayo de 2010; de 20 de marzo de 2010.

<sup>217</sup> GÓMEZ COLOMER, J.L., “Prueba prohibida e interpretación...”, *Op. Cit.*, p. 173.

<sup>218</sup> STS 160/2003, de 24 de febrero.

<sup>219</sup> ASECIO MELLADO, J.M., “Prueba ilícita: declaración...”, *Op. Cit.*, p. 7; ARMENTA DEU, T., *La prueba ilícita...*, *Op. Cit.*, p. 126 quien se refiere al “indeseable efecto de cernirse amenazadoramente sobre la división de poderes, desde el momento en que el juez, al realizar la ponderación sobre la conexión de antijuridicidad, se asoma peligrosamente a funciones legislativas por vía de interpretación”.

<sup>220</sup> ASECIO MELLADO, J.M., “Prueba ilícita: declaración...”, *Op. Cit.*, p. 7.

<sup>221</sup> La doctrina relaciona esta excepción con la prueba jurídica independiente, en RODRÍGUEZ LAINZ, J.L., “Exclusionary rules...”, *Op. Cit.*, p. 12; GÓMEZ COLOMER, J.L., “Prueba prohibida e interpretación...”, *Op. Cit.*, p. 161, quien afirma que “el descubrimiento inevitable es un perfeccionamiento de la teoría de la prueba independiente”.

<sup>222</sup> Esta sentencia falla que, aunque el descubrimiento del cadáver de una menor desaparecida se halla gracias a la información aportada en la confesión del acusado que es declarada ilícita (por haberse realizado a un policía sin lectura previa de derechos y sin presencia de Abogado), hubiese sido inevitablemente encontrado por las redadas de búsqueda, que se encontraban “a sólo dos millas y media” del lugar al que éste estaba, pero dirigían en su dirección. Sentencia disponible en <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/467/431/case.html>.

<sup>223</sup> Entre otros, MIRANDA ESTRAMPES, M., “La prueba ilícita: la regla...”, *Op. Cit.*, p. 144; ARMENTA DEU, T., *La prueba ilícita...*, *Op. Cit.*, p. 122; RODRÍGUEZ LAINZ, J.L., “Exclusionary rules...”, *Op. Cit.*, p. 9. Este último autor advierte de dos requisitos que permiten justificar el criterio del hallazgo

Dicha excepción ha sido asumida por el Tribunal Supremo en varias sentencias. Mención especial merece la STS 974/1997, de 4 de julio, en la que juzga una condena por un delito contra la salud pública basado en la declaración de los coimputados y en declaraciones testificales. En esta sentencia, el TS estima que los citados medios de prueba están relacionados con una intervención telefónica ilícita por acordarse sin la motivación suficiente, empero falla que hubiesen sido obtenidas en cualquier caso, ya que existía una operación de vigilancia y seguimiento anterior a la intervención telefónica<sup>224</sup>.

El Alto Tribunal también utiliza esta regla de exclusión en las SSTS 298/1994, de 18 de febrero; 2054/1994, de 26 de noviembre; 123/2002, de 6 de febrero; 836/2002, de 10 de mayo; 885/2002, de 21 de mayo<sup>225</sup>; 227/2006, de 8 de marzo; 602/2007, de 4 de julio;



---

inevitable: la prohibición de las actuaciones dolosas -los “atajos”- para anticipar la obtención de evidencias y la obligada existencia de una investigación previa a la trasgresión del derecho.

<sup>224</sup> STS 974/1997, de 4 de julio, FJ 4, que dice textualmente: “inevitablemente y por métodos regulares, ya había cauces en marcha que habría cauces en marcha que habrían desembocado de todos modos en el descubrimiento de la entrega del alijo, realizada, como se ha dicho, en un lugar público y sujeto a la vigilancia de los grupos de agentes que procedían al seguimiento de la acusada”.

<sup>225</sup> Esta sentencia desestima un recurso de casación de una condena por los delitos de violación y asesinato del acusado a su pareja sentimental. El recurrente alega que la obtención la prueba de cargo -un molde de yeso que reproducía su dentadura (para compararlo con una marca de mordisco que presentaba la víctima)- había sido ha sido ilícitamente obtenida por la Policía por haberse realizado sin informarle de sus derechos, sin defensa letrada y sin autorización judicial para la práctica de la medida. El Tribunal Supremo concluye que, pese a que el primer molde de yeso se requirió al sospechoso sin las garantías de la imputación, la obtención de un molde posterior con autorización judicial (aunque el Juez instructor conocía la relación personal del condenado con la víctima y la existencia de una mordedura anterior) “no podía ser considerada como consecuencia de la primera”, ni vincularla causalmente porque “la comprobación de la posible autoría de aquél era prácticamente inevitable” y “cualquier juez de instrucción hubiera tenido que decretar la diligencia si hubiera tenido conocimiento de la herida”. Esta resolución explica como el “inevitable discovery” (descubrimiento inevitable) es una corrección de la teoría del “fruit of the poisonous tree” (fruto del árbol envenenado) cuando la experiencia indica que las circunstancias hubieran llevado necesariamente al mismo resultado. Esto es, cuando “ la prueba se hubiera obtenido de todos modos, sin necesidad de recurrir a otra anterior, faltará la conexión de antijuricidad, es decir, la relación causal de la primera con la segunda. Con otras palabras: todo resultado que se hubiera producido aunque una de sus condiciones no se hubiera producido, no es el resultado de esa condición”.

737/2009, de 6 de julio<sup>226</sup>; 53/2011, de 10 de febrero<sup>227</sup>; 818/2011, de 21 de julio<sup>228</sup>; 4733/2012, de 11 de junio; 811/2012, de 30 de octubre; 927/2012, de 27 de noviembre<sup>229</sup>; 747/2015, de 19 de noviembre<sup>230</sup> o 292/2017, de 26 de abril<sup>231</sup>.

---

<sup>226</sup> Esta sentencia utiliza la teoría del descubrimiento inevitable para justificar que la prueba obtenida con la violación de algún derecho fundamental se hubiera obtenido de todos modos por medios lícitos porque la investigación de los hechos objeto del proceso se iniciaron por dos vías distintas e independientes -una, en el Juzgado de Instrucción de Villagarcía de Arousa, que posteriormente se inhibió y, otra, en el Juzgado Central de Instrucción-

<sup>227</sup> En esta sentencia el Tribunal Constitucional avala como prueba en una condena por delito contra la salud pública el hallazgo de droga en un paquete enviado por correo aéreo y descubierto por el vigilante de seguridad de la empresa de mensajería -SEUR- cuando el scanner detecta que contenía una bolsa termosellada adicional al contenido declarado (pilotos de BMW y la tornillería). La apertura del paquete y su entrega, junto con la referida bolsa, a funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía permitió comprobar que contenía 965,3 gramos netos de anfetamina con una riqueza media del 4,9%. El recurrente alega que el envío del paquete era conocido gracias a una interceptación ilícita de las comunicaciones, pero el TC entiende el hallazgo se produjo de forma casual e inevitable y que, de ser cierta la conexión entre conversaciones telefónicas y el conocimiento policial del envío, hubiera posibilitado su entrega vigilada y la intervención policial previa. También afirma el TC que la excepción del descubrimiento probablemente independiente o prueba hipotéticamente independiente amplía el campo de aplicación de la excepción y reduce, correlativamente, el ámbito de operatividad de la regla de exclusión.

<sup>228</sup> Esta sentencia, aunque casa y anula parcialmente la resolución recurrida y absuelve a los recurrentes de un delito contra la salud pública, admite la excepción del descubrimiento inevitable para justificar que el registro domiciliario -realizado tras unas escuchas telefónicas vulneradoras de derechos fundamentales- hubiera tenido lugar por medios lícitos, aunque suprimen las escuchas que dieron lugar a los dispositivos y vigilancias policiales

<sup>229</sup> En esta sentencia, que analiza -y desestima- un recurso de casación frente a una condena por un delito contra la salud pública, se determina que la detención y posterior intervención quirúrgica (para la extracción del interior de su organismo de 54 cápsulas plastificadas que contenían 532,98 gramos de cocaína, con una pureza del 34,4%) no traen causa de unas intervenciones telefónicas declaradas ilícitas. El razonamiento que utiliza el TS es una corrección de la “conexión de antijuridicidad” a través de la teoría del “inevitable discovery” (descubrimiento inevitable), según la cual la experiencia indica que “con toda probabilidad” las circunstancias hubieran llevado necesariamente al mismo resultado, pues la extracción quirúrgica de la droga se realizó de urgencia “como consecuencia de la obstrucción que sufría” el condenado. No obstante, y aunque la prueba se hubiera obtenido de todos modos y con la expulsión de la droga por un procedimiento natural, se reconoce que los agentes investigadores conocían con datos precisos la llegada al Aeropuerto del recurrente y que podía transportar consigo una cantidad de droga por medio de las escuchas telefónicas invalidadas como medio probatorio, como en el acto del juicio vienen a confirmar la totalidad de los agentes policiales que comparecieron como testigos. Y, aunque el atestado policial hace constar que la detención fue fruto de un procedimiento aleatorio de control de los pasajeros de este vuelo, el Tribunal entiende una desconexión entre la intervención telefónica y la detención porque el recurrente confiesa, previamente a conocer las escuchas. Y, con respecto a la aprehensión de las drogas, se utilizan como prueba los testimonios directos de los agentes policiales que comparecen en el quirófano y que reciben la misma de manos de un facultativo. La sentencia realiza, además, un estudio jurisprudencial comparado para constatar que “en los países de nuestro entorno la eficacia indirecta de la prueba ilícita no se aplica de forma absoluta o ilimitada”.

<sup>230</sup> Esta sentencia, resuelve un recurso de casación contra la sentencia que condenaba por los delitos de blanqueo de capitales, de hurto y uno continuado de robo con fuerza en las cosas en el conocido caso de la “sustracción Código Calixtino” El Tribunal también aplica la teoría del descubrimiento inevitable para justificar práctica de los registros domiciliarios pese a la ilicitud de la intervención telefónica, que atribuye al “cúmulo de datos inculpatórios que convergían contra” el acusado y a la existencia de “una investigación muy avanzada elaborada sobre datos incriminatorios relevantes contra” el recurrente que se realizase el registro de sus viviendas. Así, aunque se mantiene que “se consideró más operativo y eficaz para localizar el Código grabar las conversaciones que pudieran mantener en el domicilio las personas sobre las que recaían sospechas sólidamente fundadas”, éstas no sirven para motivar las resoluciones judiciales que autorizaron las entradas y los registros en los inmuebles. “ Las diligencias de registro se mostraban como actos de investigación insoslayables e inevitables desde hacía varios meses” (...) “atendiendo a la

También el Tribunal Constitucional asume la excepción del descubrimiento inevitable<sup>232</sup>. En el caso de la STC 81/1998, de 2 de abril en relación con una incautación de droga respecto a la cual “el Tribunal Supremo (órgano de la sentencia recurrida, en la STS 523/1994, de 31 de mayo) entiende que dadas las circunstancias del caso y, especialmente, la observación y seguimiento de que el recurrente era objeto, las sospechas que recaían sobre él y la irrelevancia de los datos obtenidos a través de la intervención telefónica, el conocimiento derivado de la injerencia en el derecho fundamental contraria a la Constitución no fue indispensable ni determinante por sí solo (...), o, lo que es lo mismo, que esa ocupación se hubiera obtenido, también, razonablemente, sin la vulneración del derecho”.

Como puede observarse, se trata de una salvedad de la aplicación de la eficacia refleja que obliga a “complicados experimentos mentales de reconstrucción de cursos causales hipotéticos”<sup>233</sup> basada en “meras hipótesis, suposiciones o conjeturas”<sup>234</sup> que puede conllevar, como advierte MIRANDA ESTRAMPES, a la desvirtualización del derecho a la presunción de inocencia consagrado en el artículo 24.2 CE<sup>235</sup>.

#### 3.4.3.4. Hallazgo casual

Otra de las exclusiones admitidas sobre la prueba refleja es la conocida como hallazgo casual de una fuente de prueba<sup>236</sup>. La STS 1313/2000, de 21 de julio confirma que el

---

irrelevancia e inanidad de los datos obtenidos mediante la diligencia de captación y grabación de las conversaciones familiares en el domicilio mediante la instalación de dispositivos electrónicos, puede aseverarse incluso que la desvinculación entre esta diligencia y los registros domiciliarios ha de encuadrarse más en el plano de la causalidad natural u ontológica que en el de la antijuridicidad. Pues al no hallarse dato relevante alguno en las escuchas del interior de la vivienda que determinara la decisión de registrarla, difícilmente puede decirse que desde la perspectiva de la causalidad natural fuera la diligencia anulada el factor desencadenante de los registros. Y si a ello le unimos el juicio hipotético sólidamente asentado de que en todo caso se iban a acabar registrando las viviendas, parece que lo razonable es concluir que se aprecia una desconexión causal entre las fuentes de prueba obtenidas en los registros con respecto a las que pudieran haber emergido en el curso de las grabaciones de conversaciones previas en el domicilio, ya que en este segundo caso las fuentes de prueba resultaron prácticamente inexistentes”.

<sup>231</sup> Esta sentencia desestima un recurso de casación frente a una sentencia condenatoria por delito de blanqueo de capitales procedente del narcotráfico aludiendo a la teoría del descubrimiento inevitable.

<sup>232</sup> Vid. STC 81/1998, de 2 de abril, FJ 5. Posteriormente, mantienen esta doctrina las SSTC 171/1999, de 27 de septiembre; 238/1999, de 20 de diciembre; 22/2003, de 10 de febrero.

<sup>233</sup> FERNÁNDEZ ENTRALGO, J., “Prueba ilegítimamente...”, *Op. Cit.*, p. 23.

<sup>234</sup> GÓMEZ COLOMER, J.L., “Prueba prohibida e interpretación...”, *Op. Cit.*, p. 1162.

<sup>235</sup> MIRANDA ESTRAMPES, M., “La prueba ilícita: la regla...”, *Op. Cit.*, pp. 144-146.

<sup>236</sup> El hallazgo casual de una fuente de prueba de un hecho distinto al investigado no se considera por todos como una regla de exclusión (vid. RODRÍGUEZ LAINZ, J.L., “Exclusionary rules...”, *Op. Cit.*, p. 13, que lo entiende como un presupuesto de eficacia), por ese motivo, se estudia con mayor profundidad en el epígrafe de la “obtención de la prueba tecnológica”.

descubrimiento casual de una prueba es lícito si hubiera podido ordenarse sin vulnerar ningún derecho<sup>237</sup>.

Aunque la traducción de hallazgo casual sea la de *inevitable Discovery*, no se puede confundir con la regla de exclusión del descubrimiento inevitable, previamente analizada, ya que el primer término hace referencia a una legítima inmisión sobre derechos fundamentales en la que se deduce el descubrimiento de hechos no relacionados con el objeto de la injerencia y, por el contrario, el descubrimiento inevitable se refiere a una actuación de *per se* trasgresora de derechos fundamentales en la que se descubre un hecho investigado y en la que se considera que se habría obtenido tal información de manera lícita<sup>238</sup>.

En este sentido, el hallazgo de elementos probatorios de un determinado delito en el curso de la investigación autorizada para otro delito distinto no supone la nulidad de tal descubrimiento como prueba de cargo<sup>239</sup>.

Sobre el hallazgo casual la LECrim ha regulado recientemente, tal y como se analiza *infra* en la obtención de la prueba.

#### 3.4.3.5. Buena fe

Las excepciones a la regla de exclusión de la eficacia refleja de la prohibición de valoración reseñadas hasta ahora se fundamentan en que la prueba derivada es una prueba independiente. Sin embargo, la jurisprudencia ha admitido también pruebas derivadas a las que reconoce que se ha extendido la ilegitimidad de las pruebas originalmente ilícitas, pero que han sido obtenidas con “buena fe” (*good-faith exception*).

La utilización de la buena fe para admitir pruebas derivadas tiene su origen en la sentencia del Tribunal Federal norteamericano *United States v. Leon*<sup>240</sup>, en la que el Tribunal

---

<sup>237</sup> Así lo afirma la STS 1313/2000, de 21 de julio, en su FJ 4º en relación con la interceptación de las comunicaciones telefónicas.

<sup>238</sup> RODRÍGUEZ LAINZ, J.L., *El secreto de las telecomunicaciones y su interceptación legal*, Sepín, Las Rozas (Madrid), 2016, p. 176.

<sup>239</sup> SSTs 1004/1999, de 18 de junio; 1990/2002, de 29 de noviembre; 377/2003, de 12 de marzo; 733/2004, de 7 de junio; 885/2004, de 5 de julio; 879/2006, de 20 de septiembre; 1156/2006, de 20 de noviembre; 768/2007, de 1 de octubre; 620/2008, de 9 de octubre; 468/2012, de 11 de junio. Algunas resoluciones exigen la concurrencia de flagrancia delictiva.

<sup>240</sup> Sentencia disponible en <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/468/897/case.html>.

respalda un registro efectuado con una orden judicial que resulta inválida porque era objetivamente razonable confiar en la eficacia de tal autorización<sup>241</sup>.

En España empieza a entrecerse su aplicación a partir de la STS 994/1997, de 4 de julio<sup>242</sup> y en la STC 81/1998, de 2 de abril<sup>243</sup>, si bien es con la STC 22/2003, de 10 de febrero cuando se utiliza abiertamente esta excepción<sup>244</sup>. Dicha sentencia -que enjuicia un delito de tenencia ilícita de armas conocida por la policía a través de una diligencia de entrada y registro en el domicilio particular tras la detención de uno de los cotitulares y con la autorización de la otra cotitular de la vivienda (que había sido víctima de unos disparos por parte del primero)- mantiene que “la inconstitucionalidad de la entrada y registro obedece, en este caso, pura y exclusivamente, a un déficit en el estado de la interpretación del ordenamiento que no cabe proyectar sobre la actuación de los órganos encargados de la investigación imponiendo, a modo de sanción, la invalidez de una prueba (...) y que, obviamente, dada la situación existente en el caso concreto, se hubiera podido obtener de modo lícito si se hubiera tenido conciencia de la necesidad del mandamiento judicial”<sup>245</sup>.

---

<sup>241</sup> MIRANDA ESTRAMPES, M., “La prueba ilícita: la regla...”, *Op. Cit.*, p. 140. Otras sentencias norteamericanas que utilizan esta excepción son *Hill v. California*, en 1971 (que valida la detención policial de un hombre equivocado porque es actuación de buena fe basada en un error razonable, sentencia completa: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/401/797/>); *Michigan v. De Filiippo* de 1979 (se refiere a la detención de una persona de acuerdo con una ordenanza de Detroit, que posteriormente fue declarada inconstitucional y, por tanto, se trata de un arresto amparado en la buena fe. Sentencia completa: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/443/31/>); *Massachusetts v. Sheppard* de 1984 (esta sentencia también discute sobre las consecuencias de una orden judicial que aparenta ser válida, pero que es posteriormente anulada. Entiende el Tribunal que “la evidencia incriminatoria podría ser admitida porque la policía había actuado de buena fe en la ejecución de lo que razonablemente pensaban que era válido”. Sentencia: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/468/981/>), *Illinois v. Krull*, en 1987 (se acepta la validez de la actuación policial de registro de unos vehículos sin autorización judicial porque existía una ley que lo permitía y cuyo cumplimiento era “objetivamente razonable”. Sentencia: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/480/340/>); o *Maryland v. Garrison*, de 1987 (valida un registro domiciliario efectuado en la vivienda equivocada porque el error se realizó de buena fe, sentencia completa: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/480/79/case.html>).

<sup>242</sup> La STS 994/1997, de 4 de julio, en su FJ 4º, afirma que la teoría del descubrimiento inevitable “debe ceñirse a los supuestos de actuaciones policiales realizadas de ‘buena fe’, para evitar que se propicien actuaciones que tiendan a ‘acelerar’ por vías constitucionales la obtención de pruebas que se obtendrían indefectiblemente por otras vías, pero más tardíamente”.

<sup>243</sup> El Tribunal Constitucional afirma que “ha de valorarse (...) que en ningún momento consta en los hechos probados ni puede inferirse de ellos que la actuación de los órganos encargados de la investigación penal se hallase encaminada a vulnerar el derecho al secreto de las comunicaciones” en su sentencia 81/1998, de 2 de abril, FJ 6.

<sup>244</sup> También la utilizan las SSTC 184/2003, de 23 de octubre; 131/2010, de 2 de diciembre; 132/2012, de 2 de diciembre. Incluso, se reconoce la regla de exclusión de la buena fe para los casos en los que la vulneración de derechos fundamentales proviene de una actuación de particulares, vid. STS 373/1999, de 3 de marzo y STC 241/2012, de 17 de diciembre.

<sup>245</sup> Esta sentencia tiene un interesante voto particular del Magistrado D. Guillermo Jiménez Sánchez en el que se sostiene que “a la vista de la jurisprudencia del Tribunal Supremo en relación con la validez del consentimiento de la mujer, podría afirmarse que los agentes policiales que practicaron el registro actuaban en la creencia de estar obrando lícitamente, e incluso que su error era objetivamente invencible, lo que permitiría afirmar la ausencia de responsabilidad penal o de otro tipo derivada de este hecho. Pero, pese a



En virtud de los argumentos esgrimidos, parece evidente que la citada doctrina sobre la buena fe policial como justificación de la incorporación de la prueba refleja al acervo probatorio resulta del todo punto insostenible desde el prisma de la supremacía de los derechos fundamentales ya que actúa, finalmente, neutralizando la propia aplicación de la regla de exclusión<sup>246</sup>.

Como puede observarse, la inclusión por parte de la jurisprudencia española de excepciones a la regla de exclusión provenientes del Tribunal Supremo de los Estados Unidos produce una aproximación a su fundamento desincentivador o disuasorio<sup>247</sup>. Pero en el sistema anglosajón estas salvedades se aplican a la prueba originaria vulneradora de derechos fundamentales y, si no fue obtenida con mala fe o no fue buscada para beneficiarse de la infracción, permiten considerarla válida, pues lo esencial es la evitación del abuso de posición de poder<sup>248</sup>. En definitiva, la trasposición de estas excepciones se ha realizado desde un sistema que tiene un fundamento distinto -el disuasorio- y en las pruebas derivadas, en lugar de las originales, por lo que en el sistema anglosajón constituye una garantía de los ciudadanos que sirve para un control de los poderes públicos, aquí se torna en un elemento de recorte de los derechos y libertades que permite, e incluso favorece, las transgresiones<sup>249</sup>.

La aplicación de estas excepciones de la eficacia refleja en materia de prueba ilícita, están justificadas en pro de una eficacia utilitarista que castiga al verdadero culpable, protegiendo también a la autoridad pública de investigación frente a posibles fallos que implicarían, de mantenerse las teorías iniciales sobre prueba prohibida, ineludiblemente la absolución del acusado<sup>250</sup>. Las posiciones que defienden la aplicación de las

---

la inexistencia de dolo o imprudencia, pese a la buena fe policial, desde la perspectiva constitucional que nos corresponde debemos afirmar que objetivamente el registro así practicado ha producido una vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio y que existe una relación directa entre ese hecho y el hallazgo de la pistola, relación de la que deriva la necesidad de la exclusión de los resultados del registro del acervo probatorio en función de la idea del “proceso justo”, sin que esto pueda ponerse en cuestión por la menor gravedad de la vulneración y la también menor necesidad de tutela del derecho fundamental derivada de la buena fe de la actuación policial”.

<sup>246</sup> GÓMEZ COLOMER afirma que la buena fe es una doctrina amplia que no asegura la garantía constitucional que se protege con la regla de exclusión, en GÓMEZ COLOMER, J.L., “Prueba prohibida e interpretación...”, *Op. Cit.*, p. 186. En el mismo sentido, MIRANDA ESTRAMPES, M., “La prueba ilícita: la regla...”, *Op. Cit.*, p. 142.

<sup>247</sup> PLANCHADELL GARGALLO, A., *La prueba prohibida...*, *Op. Cit.*, p. 44.

<sup>248</sup> ASENSIO MELLADO, J.M., “Prueba ilícita: declaración...”, *Op. Cit.*, p. 51.

<sup>249</sup> ASENSIO MELLADO, J.M., “Prueba ilícita: declaración...”, *Op. Cit.*, p. 53.

<sup>250</sup> GÓMEZ COLOMER critica que el fundamento de esas excepciones se sustenten sobre teorías populistas: “el tribunal piensa que la sociedad jamás entendería que un criminal, sobre todo si es un salvaje terrorista, un brutal asesino, un despiadado narcotraficante, un inhumano favorecedor de trata de blancas, o un despreciable corruptor de menores, es decir, si estamos ante casos socialmente muy relevantes, fuese

excepciones a la prueba refleja critican la “interpretación exagerada” del artículo 11.1 LOPJ que premia a quién violó el derecho fundamental y sanciona a la víctima o a la sociedad en general<sup>251</sup>. Pero, como advierte ARMENTA DEU, “la existencia y pervivencia de la doctrina sobre la prueba ilícita en un Estado democrático obliga a que el proceso penal proteja un catálogo de derechos (...) de manera que las vulneraciones de los mismos carezcan de eficacia probatoria en el proceso”, pues “valorar una prueba prohibida equivale a ignorar las garantías establecidas en su propio ordenamiento”, aunque advierte que la defensa radical de esta posición empuja a impunidades que, a veces, resultan difíciles o imposibles de asumir<sup>252</sup>.

Ante la dicotomía existente entre la impunidad excesiva que provoca la eficacia refleja de la prueba ilícita, por un lado y la alarmante creación de excepciones casuísticas que permiten la ineficacia del fundamento de la prueba prohibida, por otro, GÓMEZ COLOMER apunta la necesidad de restituir los argumentos garantistas desde un punto de vista sensato que aproveche las experiencias prácticas aprendidas en estos años. Para ello, este autor formula tres propuestas: en primer lugar, la idónea formación policial en estos temas jurídicos reforzando la legalidad de la investigación que evite fallos técnicos causantes de nulidades procesales y motivadores subsiguientes de absoluciones indeseadas y alejándola de las exigencias sociales; en segundo lugar, la normativización expresa en ley ordinaria de todos los supuestos de posibles ilicitudes probatorias vulneradoras de la Constitución, de manera tal que su infracción se considerara, o bien causa de nulidad de todo el proceso y, por tanto, de puesta en libertad sin cargos del imputado o de su absolución si violaciones probatorias producidas con ocasión de la detención del inculcado, y en particular con relación a su derecho de defensa, o bien de nulidad solo del acto, permitiéndose la condena en caso de existir otras pruebas lícitamente obtenidas -si afectaren a sus derechos fundamentales sustantivos-; y, en tercer lugar, elevar a categoría legal el efecto reflejo de la prueba obtenida del árbol envenenado más allá del escueto adverbio “indirectamente” que ha ocasionado tantos problemas<sup>253</sup>.

---

puesto en libertad por un «mero tecnicismo» legal”, en GÓMEZ COLOMER, J.L., “Prueba prohibida e interpretación...”, *Op. Cit.*, p. 186.

<sup>251</sup> URBANO CASTRILLO, E. de, TORRES MORATO, M. A., URBANO CASTRILLO, E. de, TORRES MORATO, M. A., *La prueba ilícita penal...*, *Op. Cit.*, p. 78, que recogen la opinión de MARTÍ SÁNCHEZ en MARTÍ SÁNCHEZ, N., “La llamada «prueba ilícita» y sus consecuencias procesales”, *Actualidad Penal*, nº 7, 16-22 febrero 1998.

<sup>252</sup> ARMENTA DEU, T., *La prueba ilícita...*, *Op. Cit.*, pp. 66, 108.

<sup>253</sup> GÓMEZ COLOMER, J.L., “Prueba prohibida e interpretación...”, *Op. Cit.*, pp. 186-188.

En un sentido similar se manifiesta NIEVA FENOLL, quién propone, en primer lugar, que se preste formación especializada a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad sobre la ilicitud probatoria y que su actuación de propia autoridad limitando derechos fundamentales quede restringida a dos condiciones: primero, que exista previa sospecha fundamentada y justificada y, segundo, que medie urgencia o consentimiento del sujeto investigado, que puede acreditarse tecnológicamente. El autor plantea también sanciones para los agentes que actúen incorrectamente, salvo que medie error manifiesto. Además, introduce una única excepción para la admisión de pruebas vulneradoras de derechos fundamentales, a fin de evitar que determinados delitos queden impunes, “la notoria realidad de los hechos descubiertos”, es decir, aquellos que dan muestra fidedigna de la autenticidad de la prueba<sup>254</sup>.

### 3.5. Procedimiento para decretar la ilicitud probatoria

La nulidad de la obtención de pruebas vulneradoras de derechos fundamentales puede realizarse a instancia de parte o instarse de oficio<sup>255</sup>. Dentro de este marco ha sido objeto de discusión la ineficacia de la prueba ilícitamente obtenida por un particular. La jurisprudencia venía admitiendo la extensión a particulares del debido respeto a los derechos fundamentales en la obtención probatoria<sup>256</sup>; sin embargo, recientemente, la STS 116/2017, de 23 de febrero ha planteado, con respecto a esta cuestión, la licitud de las pruebas obtenidas por particulares cuando estas se han conseguido “con el propósito de lograr un provecho económico” sin perspectiva procesal -aunque posteriormente se

---

<sup>254</sup> Conferencia “Exclusión de la Prueba Ilícita, un error de planteamiento”, dictada en la Escuela de Formación de Auxiliares Jurisdiccionales y administrativos de la Corte Superior de Justicia de Lima, del Poder Judicial del Perú, el día 15 de agosto de 2017, disponible en el siguiente enlace: <https://www.youtube.com/watch?v=nWJeicB1z8c>, minuto 38.50 a 56.45. También en NIEVA FENOLL, J., “Policía judicial y prueba ilícita. Regla de exclusión y efecto disuasorio: un error de base”, en *Diario La Ley*, n° 9068, sección doctrina, Editorial Wolters Kluwer, 25 de octubre de 2017.

<sup>255</sup> PLANCHADELL GARGALLO, A., *La prueba prohibida...*, *Op. Cit.*, p. 47. ARMENTA DEU aporta sobre este particular un estudio comparado acerca de si el sujeto que cometió la ilicitud probatoria se reconoce únicamente al sujeto público -como ocurre en Estados Unidos, Uruguay (aunque ha reconocido la ilicitud de una interceptación de comunicaciones en el extranjero), Francia, México u Holanda- o también se aplica a actuaciones de un sujeto privado -en Bélgica (si la ilegalidad se ha cometido por la persona que la denunció y se realizó para utilizarse en el proceso), Italia o Francia-, en ARMENTA DEU, T., *La prueba ilícita...*, *Op. Cit.*, pp. 76-78.

<sup>256</sup> Vid. SSTS 1066/2009, de 4 de noviembre; 569/2013, de 26 de junio y SSTC 114/1984, de 29 de noviembre; 123/2002, de 20 de mayo; 56/2003, de 29 de marzo. La ilicitud probatoria de una prueba obtenida por un particular tiene ciertas especialidades cuando se enmarca en una relación laboral, dado el complejo equilibrio entre los derechos fundamentales de los trabajadores como ciudadanos y el poder de dirección del trabajador consagrado en el artículo 20.3 del Estatuto del Trabajador (*Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores*), vid. STS 239/2014, de 1 de abril.

utilicen en un proceso- y sin el apoyo del Estado<sup>257</sup>. Ahora bien, la ley no contempla una diferenciación según el sujeto que ha obtenido la prueba vulnerando un derecho fundamental y una interpretación garantista ha de inclinarse por proteger al proceso de estas prácticas realizadas por particulares o por funcionarios y sea cual sea su intención<sup>258</sup>. La limitación de la vinculación del respeto a los derechos fundamentales de los ciudadanos a los poderes públicos supondría un acercamiento al fundamento disuasorio norteamericano, dónde no se contempla la ilicitud de la prueba obtenida por un particular<sup>259</sup>.

En cualquier caso, la eficacia de los derechos fundamentales se manifiesta en la extensión de los efectos de la prueba ilícita a toda utilización directa o indirecta de sus resultados, a cualquier medio que, directa o indirectamente, derive de ella, lo que se traduce en que no produce ningún efecto en el proceso<sup>260</sup>. Esta ausencia de efectos se equipara a su inexistencia, en tanto su apreciación conduce a la exclusión material del proceso de lo obtenido directa o indirectamente mediante la invasión indebida de los derechos fundamentales<sup>261</sup>. Esta ineficacia debe ser declarada por el Juez con independencia del hecho de que la vulneración haya producido, o no, un real perjuicio a la parte o a un tercero.

Para esclarecer el procedimiento que decreta la ilicitud hay que distinguir dos momentos importantes: la apreciación de la prueba ilícita en la instancia en la que se presenta o en una instancia posteriormente, en fase de recursos<sup>262</sup>.

---

<sup>257</sup> Esta sentencia valora la validez como prueba de la conocida como “Lista Falciani”, un inventario de datos bancarios cruzados que un empleado de una sucursal suiza sustrajo y que permitieron a la Agencia Tributaria española conocer ingresos no declarados. Ello no obstante, el TS advierte, en el FJ 7º de la sentencia, que “el ciudadano que busca acopiar datos probatorios para su incorporación a una causa penal tiene que percibir el mensaje de que no podrá valerse de aquello que ha obtenido mediante la consciente y deliberada infracción de derechos fundamentales de un tercero”.

<sup>258</sup> RODRÍGUEZ RAMOS, L., “¿In dubio pro reu aut in dubio contra opulentibus? (comentario a la STS 116/2017 de 23 de febrero sobre la prueba ilícita)”, *Diario La Ley*, nº 8974, Sección Tribuna, 8 de mayo de 2017, pp. 11-12.

<sup>259</sup> AGUSTINA SANLLEHÍ, J.R., “¿Los Tribunales españoles no deben erigirse siempre en custodios de los derechos fundamentales ante una prueba ilícita en origen?”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, Estudios, nº 4º, 2017, pp. 2-3.

<sup>260</sup> Así se desprende de la literalidad del artículo 11.1 LOPJ. También sNAe pronuncian en este sentido ASENSIO MELLADO, J.M., “Prueba ilícita: declaración...”, *Op. Cit.*, pp. 21, 6.

<sup>261</sup> ASENSIO MELLADO, J.M., “Prueba ilícita: declaración...”, *Op. Cit.*, pp. 28-30. En sentido contrario, DEL MORAL GARCÍA alega que la ilicitud de una prueba no la convierte en inexistente o en falsa, en su ponencia “La conexión de antijuridicidad como presupuesto de la nulidad de...”, *Cit.*, en la que afirma que “si se trata de cimentar la exclusión de la prueba ilícita en postulados no conectados con el efecto disuasorio, se corre el riesgo, en mi opinión, de llegar a soluciones ininteligibles e inasumibles” p. 5 y también la STS 1607/199, de 8 de noviembre.

<sup>262</sup> FERNÁNDEZ ENTRALGO, J., “Prueba ilegítimamente...”, *Op. Cit.*

Con respecto a la identificación de la ilicitud probatoria en la primera instancia, la regla general en muchos ordenamientos jurídicos es la inexistencia de un cauce específico para la denuncia y apreciación de la ilicitud probatoria<sup>263</sup>. Nuestra legislación incluye un precepto referido a la ilicitud probatoria, el artículo 287 de la LEC del año 2000<sup>264</sup>, supletoria en el resto de órdenes jurisdiccionales<sup>265</sup>. Este precepto establece un procedimiento específico para la denuncia y la apreciación de la prueba ilícita -por las partes o de oficio por el Tribunal- que debe llevarse a cabo tan pronto como sea conocida, a los fines de que sea declarada en todo caso con anterioridad a su práctica y que comprende audiencia a las partes y la práctica de las pruebas pertinentes a tal efecto. La resolución sobre la ilicitud se realiza en forma de auto en el acto de la vista, previamente a la práctica del resto de pruebas -en el juicio verbal- o en el acto del juicio -en los procedimientos -, contra la cual cabe recurso de reposición, que será resuelto en el mismo acto del juicio o de la vista.

La trasposición al proceso penal de este artículo -aún con los efectos que la aplicabilidad directa de la norma puede ocasionar al no ajustarse plenamente a las características del proceso penal- obliga a diferenciar entre las distintas fases de este procedimiento.

En la fase de investigación, el Juez podría decretar de oficio la nulidad de la prueba obtenida con infracción de derechos fundamentales de acuerdo con el art. 240.2 LOPJ (artículo que, por otra parte, puede utilizarse en todos los procesos y en todas sus fases, ya que se encuentra ubicado en el Libro III, del régimen de los juzgados y Tribunales; Título III, de las actuaciones judiciales; Capítulo III, de la nulidad de los actos judiciales)<sup>266</sup>. La apreciación de la prueba ilícita en fase de investigación implica, por tanto, su eliminación absoluta del proceso y, si no hay otros elementos distintos que sirvan de base probatoria, no puede el Juez instructor adoptar medidas cautelares, imputar formalmente a la persona sospechosa, ni incoar el procedimiento<sup>267</sup>. Igualmente, cabe recurso contra

---

<sup>263</sup> ASECIO MELLADO, J.M., “Prueba ilícita: declaración...”, *Op. Cit.*, pp. 37, 16.

<sup>264</sup> ASECIO MELLADO entiende, con respecto a este precepto, que “el legislador español no considera a la prueba ilícita como una simple prohibición de valoración, antes al contrario, la entiende siempre como un supuesto de ineficacia que debe decretarse y denunciarse lo antes posible y que no debe equipararse con una mera cuestión valorativa”, en ASECIO MELLADO, J.M., “Prueba ilícita: declaración...”, *Op. Cit.*, p. 42.

<sup>265</sup> La LEC recoge su supletoriedad en su artículo 4.

<sup>266</sup> DEL MORAL GARCÍA matiza que, por tratarse de actuaciones previstas para actos judiciales, no es un incidente válido para las actuaciones policiales ilícitas, en la ponencia “La conexión de antijuridicidad como presupuesto de la nulidad de...”, *Cit.*, p. 61, en la que afirma que “si se trata de cimentar la exclusión de la prueba ilícita en postulados no conectados con el efecto disuasorio, se corre el riesgo, en mi opinión, de llegar a soluciones ininteligibles e inasumibles”.

<sup>267</sup> ARMENTA DEU, T., *La prueba ilícita...*, *Op. Cit.*, pp. 108-109.

las resoluciones judiciales que decreten una intromisión indebida en los derechos y las partes podrán instar los recursos procedentes frente a aquéllas que decreten medidas cautelares, conclusión de la investigación, apertura de la siguiente fase, transformación del procedimiento o imputación sobre la base de actos que infrinjan derechos fundamentales (art. 779 LECrim ). En el proceso ordinario por delitos graves el artículo 311 LECrim recoge que el juez instructor podrá considerar determinadas diligencias como inútiles o perjudiciales, que puede utilizar para decretar la ilicitud.

Si las partes (o el Ministerio Fiscal) no lo han hecho antes, en la fase intermedia del proceso penal ordinario por delitos graves, éstas pueden solicitar -y el órgano judicial acordar- el sobreseimiento si la única prueba existente es ilícita o derivadas de ésta, de acuerdo con el artículo 659 LECrim.

Finalmente, es posible la denuncia de una prueba ilícita si no se ha anulado anteriormente, en la fase del juicio oral. En el juicio ordinario por delitos graves del proceso penal se permite dicha posibilidad como artículo de previo pronunciamiento<sup>268</sup> y en el trámite judicial previsto en el artículo 785 LECrim, si se trata del procedimiento abreviado o de un juicio rápido<sup>269</sup>, evitando así que el medio sea practicado, aunque no hay una norma específica que disponga un procedimiento a tal efecto<sup>270</sup>. Si, no obstante, la prueba es practicada, podrá el órgano de enjuiciamiento no valorarla si estima su ilicitud y decretar su ilegitimidad en la sentencia (de acuerdo con los artículos 734 LECrim -para el procedimiento ordinario- y 788.3 LECrim -para el procedimiento abreviado-); y si, finalmente, es tomada en consideración, podrán las partes recurrir la sentencia por medio de los mecanismos legalmente previstos.

Estas disposiciones son una restricción del principio de libre valoración, sino que las pruebas ilícitas no pueden considerarse, en efecto, pruebas<sup>271</sup>. Al respecto, ASECIO MELLADO advierte que si se admite la prueba ilícita en la fase enjuiciadora, aunque no forme parte de la sentencia, puede transmitir (quizás con propósito perfectamente preconcebido, en palabras del autor) información al Juez de la que difícilmente podrá abstraerse con posterioridad. Para evitar este efecto psicológico, el autor propone la posibilidad de relevar al Juez que conoce del asunto y que ha presenciado y tomado

---

<sup>268</sup> Aunque la LECrim no hace mención a este motivo, la jurisprudencia -STS de 7 de junio de 1997 y ATS 19 de febrero de 1998- ha permitido encuadrarlo en el artículo 666 LECrim.

<sup>269</sup> El artículo 802 LECrim remite para la regulación de los juicios rápidos a la normativa del procedimiento abreviado.

<sup>270</sup> ASECIO MELLADO, J.M., "Prueba ilícita: declaración...", *Op. Cit.*, pp. 39, 44.

<sup>271</sup> ASECIO MELLADO, J.M., *Prueba prohibida y...*, *Op. Cit.*, p. 75.

conocimiento del suceso por otro que ignore lo anteriormente acaecido<sup>272</sup>. El efecto, por tanto, es eliminar la prueba de las actuaciones, para evitar que produzca efectos o que sea convalidada o subsanada<sup>273</sup>.

Hay dos procedimientos especiales en los que el legislador sí ha querido introducir alguna referencia a la prueba ilícita, el del Jurado y el procedimiento de menores. En relación con los juicios ante el Tribunal del Jurado, la ley prevé tres momentos en el que las partes pueden alegar la vulneración de algún derecho fundamental: como cuestión previa, cuando se personen, con anterioridad a la constitución del Tribunal por los ciudadanos<sup>274</sup>, en la comparecencia de los investigados ante el Juez de instrucción en el que podrán manifestar lo que estimen oportuno en su defensa<sup>275</sup>; y una audiencia preliminar para la práctica de las diligencias propuestas por las partes, tras la cual se decidirá sobre el sobreseimiento o la apertura de juicio oral<sup>276</sup>. Para el caso de que la prueba hubiese accedido a la fase de enjuiciamiento, se insta al Magistrado-presidente que advierta a los jurados sobre las pruebas ilícitas -así reza el apartado tercero del artículo 54 LOTJ, que establece las instrucciones a los jurados<sup>277</sup>- e, incluso, es posible recurrir a la disolución anticipada del Jurado que contempla el artículo 49 LOTJ si no existe prueba de cargo suficiente<sup>278</sup>.

El otro procedimiento que cuenta con especial referencia a la prueba ilícita es el procedimiento de menores que, al margen de las normas supletorias del procedimiento abreviado<sup>279</sup>, recoge dos trámites en la fase de audiencia para la valoración de la licitud de una prueba a tenor de lo establecido en los artículos 31 y 37 de la *Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores*.

Como anteriormente se ha expresado, la identificación de la ilicitud probatoria también puede realizarse en fase de recurso. En este sentido, si la prueba ilícita ha integrado el

---

<sup>272</sup> ASENCIO MELLADO, J.M., *Prueba prohibida y...*, *Op. Cit.*, p. 85.

<sup>273</sup> ASENCIO MELLADO, J.M., "Prueba ilícita: declaración...", *Op. Cit.*, pp. 32-33.

<sup>274</sup> Vid. artículo 36 LOTJ.

<sup>275</sup> Vid. Apartado tercero del artículo 25 LOTJ.

<sup>276</sup> Artículo 31 LOTJ.

<sup>277</sup> ARMENTA DEU alerta de la evidente dificultad para garantizar la ausencia de contaminación del jurado, en ARMENTA DEU, T., *La prueba ilícita...*, *Op. Cit.*, p. 151.

<sup>278</sup> Téngase presente que, al margen de la regulación expresa de la Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado, se prevé la aplicación supletoria de la LECrim para el Tribunal del Jurado, de acuerdo con el artículo 24.2 LOTJ.

<sup>279</sup> Disposición final primera de la *Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores*: "Derecho supletorio. Tendrán el carácter de normas supletorias, para lo no previsto expresamente en esta Ley Orgánica, en el ámbito sustantivo, el Código Penal y las leyes penales especiales, y, en el ámbito del procedimiento, la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en particular lo dispuesto para los trámites del procedimiento abreviado regulado en el Título III del Libro IV de la misma".

acervo probatorio para fundamentar una condena, está prevista la declaración de su ilicitud en una instancia distinta por medio de la impugnación de la sentencia a través de los recursos de apelación o casación<sup>280</sup>. El recurso de amparo solo procede una vez agotadas las posibilidades de protección por la vía ordinaria<sup>281</sup>. Si en un recurso de amparo el TC declara la ilicitud de alguna prueba de cargo existen dos posibilidades: la primera, implica la retroacción de las actuaciones al momento anterior a la sentencia si existen otras nuevas pruebas que exigen de valoración -porque TC no puede valorar pruebas-; y la segunda, conlleva el mantenimiento de la sentencia eliminando las pruebas lícitas, sin retroacción de actuaciones, si la resolución judicial impugnada ha realizado una valoración pormenorizada, motivada y expresa de cada medio de prueba practicado que permita apreciar el alcance de la ilicitud sobre el pronunciamiento inicial<sup>282</sup>. Más discutible es la conveniencia de un recurso de revisión con base en los motivos del artículo 954 LECrim<sup>283</sup>.

Otro tema relevante a tratar es la legitimación para hacer valer la impugnación probatoria. En ese sentido, es claro que la denuncia de la ilegitimidad de las pruebas pueden realizarla las partes<sup>284</sup>, entendiéndose entre ellas al Ministerio Fiscal<sup>285</sup>. Ello no obstante, parece que la jurisprudencia no es homogénea acerca de si puede denunciarse la conculcación de derechos fundamentales ajenos, puesto que se trata de derechos individuales, aunque produzca efectos indirectos<sup>286</sup>.

---

<sup>280</sup> FERNÁNDEZ ENTRALGO alerta que los motivos casacionales exigidos en el artículo 852 LECrim plantea dificultades, en FERNÁNDEZ ENTRALGO, J., “Prueba ilegitimamente...”, *Op. Cit.*

<sup>281</sup> ASECIO MELLADO, J.M., “Prueba ilícita: declaración...”, *Op. Cit.*, p. 38.

<sup>282</sup> STC 7/2004, de 9 de febrero, FJ 9.

<sup>283</sup> URBANO CASTRILLO, E. de, TORRES MORATO, M. A., URBANO CASTRILLO, E. de, TORRES MORATO, M. A., *La prueba ilícita penal...*, *Op. Cit.*, pp. 71-72. Adviértase que este precepto ha sido modificado por la *Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales*.

<sup>284</sup> ASECIO MELLADO matiza que sea la parte “que no haya provocado el defecto”, en ASECIO MELLADO, J.M., “Prueba ilícita: declaración...”, *Op. Cit.*, pp. 26-27.

<sup>285</sup> En este sentido lo recoge el artículo 773 LECrim y lo recuerda el TS en su STS 1259/1998, de 27 de octubre, FD 2º: “el Fiscal no ejercita derechos propios en rigor, sino derechos que son de toda la Sociedad frente al Estado (intereses difusos). El Fiscal representa a la Sociedad y no al Estado y en el ejercicio de esos derechos de la Sociedad se le debe reconocer los mismos derechos procesales que a las demás partes”.

<sup>286</sup> En relación con la posibilidad de habilitar a cualquier sujeto que tenga interés la posibilidad de invocar la inadmisión de una prueba vulneradora de derechos fundamentales, aunque la afectación le sea indirecta, véase ASECIO MELLADO, J.M., *Prueba prohibida y...*, *Op. Cit.*, p. 87 y SSTS 8 de marzo de 1999; de 1 de junio de 2001; de 20 de julio de 2001; de 22 de julio de 2004; de 18 de diciembre de 2009 y SSTC 239/1999, de diciembre; 165/2005, de 20 de junio, citadas por RIVES SEVA en RIVES SEVA, A.P., “Tratamiento procesal...”, *Op. Cit.*, pp. 319-320. Sobre la prohibición de que los ciudadanos puedan denunciar la vulneración de derechos fundamentales de terceros, véanse las SSTS de 4 de diciembre de 1995; de 21 de septiembre de 1995; de 11 de marzo de 1996; de 9 de julio de 1998; de 31 de octubre de 1998; de 2 de noviembre de 1999; de 12 de diciembre de 2000; 14 de febrero de 2000; 10 de diciembre de



Otra cuestión controvertida al respecto es la posible admisión de la valoración de la prueba ilícita en los casos en los que tal material probatorio beneficiase al investigado o acusado, es decir, cuando sirva de prueba de descargo para demostrar la inocencia de un acusado<sup>287</sup>. Sobre el particular, la doctrina no se muestra unísona, aunque los autores coinciden en que ningún inocente puede ser condenado en virtud una prueba ilícita y que ésta no pueda limitar su derecho de defensa<sup>288</sup>.

El control de la legitimidad también queda encomendado al órgano jurisdiccional, si bien es extraño que conozcan de oficio tal irregularidad<sup>289</sup>. En este sentido, hay voces que, sorprendentemente, afirman que los derechos fundamentales son derechos subjetivos y que, por tanto, deben ser esgrimidos para su reconocimiento, por lo que, si no se alega la vulneración de los mismos, se acepta tácitamente la actuación irregular<sup>290</sup>.

Ahora bien, los terceros ajenos al proceso cuyos derechos fundamentales han sido vulnerados, tienen un innegable interés en protegerlos actuando en el proceso, máxime si se repara en que no cuentan con los derechos reconocidos para los acusados<sup>291</sup>.

Ello no obstante, otro sector doctrinal afirma que ya que no existe un derecho fundamental autónomo a la no recepción jurisdiccional de las pruebas de posible origen antijurídico, de cualquier actuación atentatoria de los derechos fundamentales no puede deducirse necesariamente y siempre la falta de eficacia de la misma<sup>292</sup>.

Debe tenerse igualmente en cuenta la diferencia entre fuente y medio de prueba para evitar que la ilegalidad del primero pueda formalmente subsanarse por la legalidad del segundo de modo automático, reduciendo la prueba ilícita a una mera afirmación retórica. Así, en “materia de intervención de las comunicaciones, siendo la fuente las

---

2004; 571/2000, 31 de marzo; 974/2012, de 5 de diciembre; 143/2013, de 28 de febrero; 285/2014, de 8 de abril, citadas por RIVES SEVA en RIVES SEVA, A.P., “Tratamiento procesal...”, *Op. Cit.*, pp. 319-320.

<sup>287</sup> FERNÁNDEZ ENTRALGO afirma que el artículo 11.1 no hace distinciones y que alcanza a pruebas de cargo y de descargo, en FERNÁNDEZ ENTRALGO, J., “Prueba ilegítimamente...”, *Op. Cit.*, p. 30. ARMENTA DEU, T., *La prueba ilícita...*, *Op. Cit.*, pp. 81-83, aporta las soluciones al problema en el derecho comparado: Brasil aboga por una concepción *pro reo* de la prueba ilícita; Italia aceptan la posibilidad de utilizar la prueba ilícita a favor del imputado cuando se violó un derecho del mismo (aunque no cuando la conculcación es sobre un derecho ajeno); y Alemania se permite que un interrogatorio de un coimputado declarado ilícito sea utilizado con respecto a otros acusados.

<sup>288</sup> En este sentido, DEL MORAL GARCÍA defiende la utilización de una prueba ilícita que acredite la inocencia de un individuo y lo exculpe, vid. la ponencia “La conexión de antijuridicidad como presupuesto de la nulidad de...”, *Cit.*, p. 6.

<sup>289</sup> FERNÁNDEZ ENTRALGO, J., “Prueba ilegítimamente...”, *Op. Cit.*, p. 31.

<sup>290</sup> GIMÉNEZ PERICÁS, A., “Sobre la prueba...”, *Op. Cit.*, pp. 34-35. En contra, ARMENTA DEU, T., *La prueba ilícita...*, *Op. Cit.*, p. 147 que sostiene la relevancia constitucional de la lesión para afirmar la potestad del tribunal para apreciar de oficio la ilicitud probatoria.

<sup>291</sup> ASENCIO MELLADO, J.M., *Prueba prohibida y...*, *Op. Cit.*, pp. 85-86.

<sup>292</sup> PLANCHADELL GARGALLO, A., *La prueba prohibida...*, *Op. Cit.*, p. 38.

conversaciones obtenidas y declaradas estas nulas, [no] pudieran validarse mediante la incorporación al proceso de éstas a través de la declaración como testigos de los funcionarios que las ejecutaron o de la transcripción de las grabaciones o de las grabaciones originales por vía documental”<sup>293</sup>. Cuando la fuente obtenida se declara ilícita, el medio debe sufrir la misma calificación por ser expresión directa e inmediata de la primera.

También ha suscitado un amplio debate doctrinal el momento procesal en el que debe expulsarse la prueba ilícita del proceso<sup>294</sup>. No se trata de una cuestión baladí y, quizás por ello, tampoco es una cuestión pacífica ni en la doctrina ni en ordenamientos jurídicos comparados<sup>295</sup>. La cuestión principal se centra en dirimir si la exclusión de las pruebas ilícitamente obtenidas debe realizarse necesariamente antes del juicio oral o durante el mismo y, en este caso, si debe llevarse a cabo en la fase inicial o en la resolución del mismo, esto es, en la sentencia.

Quienes apoyan que la prueba vulneradora de derechos fundamentales sea excluida del proceso cuanto antes, a ser posible, en la fase de instrucción, esgrimen principalmente seis motivos que cabría sintetizar en los siguientes: en primer lugar, por razones de economía procesal; en segundo, evitar que las partes adopten una estrategia defensiva equivocada (a veces, desproporcionada e innecesaria) y, en sentido contrario, impedir que las partes actúen de mala fe omitiendo la denuncia de la ilicitud y proponiendo como pruebas lo que saben que no alcanza ese rango, incluso de forma sorpresiva -lo que atenta a la igualdad de las partes, a la buena fe y al derecho de defensa-<sup>296</sup>; en tercer lugar, otra de las razones más utilizadas es la de evitar el efecto psicológico que la práctica de la prueba ilícita ante el tribunal tenga en la percepción del juzgador, especialmente cuando

---

<sup>293</sup> ASECIO MELLADO, J.M., “Prueba ilícita: declaración...”, *Op. Cit.*, p. 25.

<sup>294</sup> En especial, la discusión doctrinal entre GIMENO SENDRA y ASECIO MELLADO, por medio de la publicación de una concatenación de artículos doctrinales en la revista *La Ley*: ASECIO MELLADO, J.M., “La exclusión de la prueba ilícita en la fase de instrucción como expresión de garantía de los derechos fundamentales”, 25 de enero de 2013; GIMENO SENDRA, V., “La improcedencia de la exclusión de la prueba ilícita en la instrucción (contestación al artículo del Prof. ASECIO)”, *Diario La Ley*, nº 8021, Sección Tribuna, año XXXIV, Editorial LA LEY, 12 de febrero de 2013; ASECIO MELLADO, J.M., “Otra vez sobre la exclusión de las pruebas ilícitas en fase de instrucción penal (respuesta al Prof. Gimeno Sendra)”, *Diario La Ley*, nº 8026, *Diario La Ley*, Nº 8026, Sección Doctrina, 19 de Febrero de 2013; GIMENO SENDRA, V., “La improcedencia de la exclusión de la prueba ilícita en la instrucción (contestación a la réplica del Prof. ASECIO)”, *Diario La Ley*, nº 8027, Sección Tribuna, año XXXIV, Editorial LA LEY, 20 de febrero de 2013.

<sup>295</sup> ARMENTA DEU, T., *La prueba ilícita...*, *Op. Cit.*, p. 134.

<sup>296</sup> ARMENTA DEU cita esta estrategia procesal como fraude procesal que impide nuevas líneas de defensa, en ARMENTA DEU, T., *La prueba ilícita...*, *Op. Cit.*, p. 134.

se trata del Tribunal del Jurado<sup>297</sup>; también alegan la posibilidad de utilizar las excepciones a la eficacia refleja de la prueba obtenida con violación de derechos fundamentales que permiten, incluso, condenas sobre la base de las pruebas materialmente derivadas, pero milagrosamente desconectadas jurídicamente; en quinto lugar, evitar medidas cautelares como la prisión provisional o adoptar otras injerencias en derechos fundamentales; y, por último, que no tengan lugar juicios paralelos contruidos sobre resultados de un acto que es nulo e ineficaz<sup>298</sup>.

De acuerdo con este planteamiento, el juez instructor controla que las pruebas presentadas por las acusaciones sean lícitas y, por tanto, no fueron obtenidas con infracción de derechos fundamentales, de modo que sólo abrirá juicio oral cuando la acusación esté fundada en otras pruebas lícitas independientes<sup>299</sup>.

Ello no obstante, existen también críticas a esta postura, ya que la declaración de la ilicitud en fase instructora reduce el derecho de defensa, en tanto en cuanto el mismo es, en esta fase, muy limitado y se puede vedar el conocimiento de hechos relevantes; y no permite, por ejemplo, que el juez instructor aplique, con el concurso de otras fuentes o medios de prueba, el principio de proporcionalidad<sup>300</sup>. Pero, más allá de estos argumentos, ARMENTA DEU hace alusión al cimiento del derecho probatorio -que la prueba se

---

<sup>297</sup> ASENCIO MELLADO insiste, en varios trabajos, en la influencia de la prueba ilícita en la percepción interna de los juzgadores. Sobre el particular, FERNÁNDEZ ENTRALGO admite que “los especialistas han puesto de relieve la dificultad de que el órgano jurisdiccional pueda prescindir -consciente o inconscientemente- de tomar en consideración el material probatorio viciado, una vez que ha tenido conocimiento de él” y hace referencia a una propuesta de SENTÍS MELENDO, que defiende separar al Juez que ha intervenido hasta entonces para garantizar la imparcialidad de sus sucesores, de la misma manera que el artículo 219 LOPJ incluye como causa de abstención y recusación “*haber participado en la instrucción de la causa penal o haber resuelto el pleito o causa en anterior instancia*”, en FERNÁNDEZ ENTRALGO, J., “Prueba ilegítimamente...”, *Op. Cit.*, p. 30. En sentido contrario, URBANO CASTRILLO, E. de, TORRES MORATO, M. A., URBANO CASTRILLO, E. de, TORRES MORATO, M. A., *La prueba ilícita penal...*, *Op. Cit.*, p. 53 admiten esta “inevitable influencia psicológica” que, en todo caso, consideran como “un riesgo que debe correrse pues en caso contrario, entendemos, puede afectarse seriamente al artículo 24 de la Constitución Española mutilando el juicio y privando a sus actores, partes y órganos jurisdiccionales, de la posibilidad de debatir y examinar su exacto alcance en sí y en relación al resto del material probatorio”.

<sup>298</sup> ASENCIO MELLADO, J.M., “Prueba ilícita: declaración...”, *Op. Cit.*, pp. 37, 42-44. El autor añade que esta posición evita considerar la prueba ilícita como una mera prohibición de valoración, p. 9. URBANO CASTRILLO, E. de, TORRES MORATO, M. A., URBANO CASTRILLO, E. de, TORRES MORATO, M. A., *La prueba ilícita penal...*, *Op. Cit.*, p. 71 hablan de “higienización procesal” que evite su contaminación y “metástasis procesal”.

<sup>299</sup> MIRANDA ESTRAMPES, M., “La prueba ilícita: la regla...”, *Op. Cit.*, p. 138.

<sup>300</sup> ARMENTA DEU, T., *La prueba ilícita...*, *Op. Cit.*, p. 133. La autora también cita un informe holandés de un comité asesor que rechaza la inclusión de un incidente previo para excluir una prueba ilícita con base en que el juez puede, no obstante, conocer de la ilicitud posteriormente -*ex officio* o planteada por la defensa- y produce efectos disuasorios.

practique en el juicio de acuerdo a los principios de contracción y publicidad- al que la exclusión de la prueba ilícita en un momento tan incipiente se contraponen<sup>301</sup>.

Los detractores de que el juez solventa la licitud o ilicitud de la prueba en esta fase también ponen de manifiesto que las competencias del juez instructor no alcanzan a esta cuestión y que el material resultante de la vulneración de derechos fundamentales no ha podido adquirir, ni siquiera, la categoría de prueba, que se reconoce en la fase enjuiciadora<sup>302</sup>. Además, para determinar cuándo adjetivar una prueba (fuente o medio) como ilícita, debe alcanzarse el grado de convicción necesario para decretar su nulidad y, en muchas ocasiones, es precisa la concurrencia de elementos que solo el contradictorio puede proporcionar plenamente<sup>303</sup>.

Para quienes defienden el tratamiento procesal de la ilicitud probatoria en la fase del juicio, el debate se centra en si el examen debe realizarlo el Tribunal sentenciador al inicio o en la sentencia, tras la práctica de la prueba y sin su valoración<sup>304</sup>.

Ello no obstante, no son tesis contrapuestas, ya que también plantean que, de no realizarse el examen de la ilicitud en la fase investigadora, se haga con posterioridad<sup>305</sup>. Así, en la fase de enjuiciamiento el juez no deberá practicarla; y, si la practica, no la debe tomar en consideración para fundamentar la condena<sup>306</sup>. Es decir, que en el juicio si la prueba ilícita es apreciada al inicio, se decretará su exclusión y si se aprecia al dictar sentencia, no puede valorarse en una eventual condena<sup>307</sup>.

En mi opinión, la solución pasa por regular un procedimiento adaptado al proceso penal en el que se expulse la prueba ilícita en la fase de instrucción. Si no es clara la ilicitud en fase de investigación y la prueba es apreciada en fase enjuiciadora, deberá declararse ilícita previamente a la sentencia, a fin de que las partes puedan adaptar su defensa.

---

<sup>301</sup> ARMENTA DEU, T., *La prueba ilícita...*, *Op. Cit.*, p. 134; URBANO CASTRILLO, E. de, TORRES MORATO, M. A., URBANO CASTRILLO, E. de, TORRES MORATO, M. A., *La prueba ilícita penal...*, *Op. Cit.*, p. 53 advierten que la fase sumarial sirve para preparar el juicio aportando los materiales de cargo y descargo que servirán en el plenario obtener el resultado conclusivo con observancia de los principios de oralidad, publicidad y contradicción.

<sup>302</sup> ARMENTA DEU, T., *La prueba ilícita...*, *Op. Cit.*, p. 135.

<sup>303</sup> ASECIO MELLADO, J.M., "Prueba ilícita: declaración...", *Op. Cit.*, p. 37.

<sup>304</sup> MIRANDA ESTRAMPES, M., "La prueba ilícita: la regla...", *Op. Cit.*, p. 138.

<sup>305</sup> ASECIO MELLADO afirma que esta posibilidad conlleva "el agravante de que la fuente ilícita, en su momento ajena a un medio probatorio y no practicada, ya fue dotada de otra entidad, ejecutada y valorada con todo lo que ello supone", en ASECIO MELLADO, J.M., "Prueba ilícita: declaración...", *Op. Cit.*, p. 20.

<sup>306</sup> ASECIO MELLADO, J.M., "Prueba ilícita: declaración...", *Op. Cit.*, p. 29.

<sup>307</sup> ARMENTA DEU, T., *La prueba ilícita...*, *Op. Cit.*, pp. 108-109.

Vista, así, una panorámica general de las cuestiones relativas a la ilicitud probatoria, es preciso el análisis de la posible afectación a los derechos fundamentales con respecto a la incidencia de las TICs en el derecho probatorio. En un mundo tecnológico, los derechos fundamentales de los ciudadanos son más vulnerables y requieren de una protección ante injerencias externas más intrusivas por parte del Estado y de los ciudadanos<sup>308</sup>. La incidencia de la limitación de derechos fundamentales en la obtención de fuentes de prueba y de su incorporación al proceso por medio de los medios legalmente habilitados es una cuestión compleja que requiere de unos criterios claros en su determinación<sup>309</sup>. En ausencia de éstos, ha sido la doctrina y la jurisprudencia quienes han ido ponderando los distintos intereses -colectivos o particulares- en estos conflictos, que deben –quizás- actualizarse en el caso de las pruebas tecnológicas, tanto respecto de los derechos fundamentales afectados, cuanto en relación con la obtención de estas nuevas fuentes probatorias y el medio por el que se aportan y practican al proceso.

El mismo TC reconoce que “los teléfonos móviles actuales permiten múltiples funciones, tanto de recopilación y almacenamiento de datos como de comunicación con terceros (llamadas, grabación de voz, mensajes de texto, acceso a internet y comunicación con terceros a través de internet, archivos con fotos, videos, etc.), susceptibles, según los diferentes supuestos a considerar en cada caso, de afectar no sólo al derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE), sino también a los derechos al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen (art. 18.1 CE), e incluso al derecho a la protección de datos personales (art. 18.4 CE)”<sup>310</sup>.

---

<sup>308</sup> Sirva de ejemplo la advertencia que el gobierno chino ha realizado a sus ciudadanos en relación con el posible acceso remoto de hackers a cámaras privadas conectadas a Internet (piénsese cámaras de guarderías o de establecimientos públicos). Vid. <http://www.elmundo.es/tecnologia/2017/06/20/5948e0df46163fb1298b4626.html> (fecha de consulta: 23/06/17).

<sup>309</sup> Véase STC 11/1981, de 8 de abril.

<sup>310</sup> Vid. STC 115/2013, de 9 de mayo.



## **CAPÍTULO II. FUENTES DE PRUEBA TECNOLÓGICA**

### **1. Derechos fundamentales afectados por la obtención de pruebas tecnológicas**

La afectación de derechos fundamentales en la obtención de fuentes de prueba tiene un claro resultado negativo en el proceso: su ilicitud. En ese sentido, es preceptivo analizar los derechos fundamentales que protegen a los ciudadanos a fin de determinar si las nuevas tecnologías conllevan un mayor sacrificio de los mismos en la obtención de las modernas fuentes probatorias.

Orientar la atención sobre los derechos fundamentales inherentes a la personalidad para el estudio de la licitud de las pruebas tecnológicas se justifica, precisamente, en la intromisión que la tecnología realiza en la privacidad, espacio protegido por las garantías previstas en el artículo 18 de la Constitución Española<sup>311</sup>.

En líneas generales, la limitación de estos derechos fundamentales puede venir dada por resolución judicial habilitante que motive la proporcionalidad de la medida investigadora o con el consentimiento del titular del derecho, si bien la CE autoriza también la limitación de la inviolabilidad domiciliaria en situaciones de flagrante delito, excepción que la jurisprudencia ha ampliado en algunos supuestos de los apartados del citado artículo 18.

#### **1.1. Derecho fundamental al honor**

El derecho fundamental al honor tiene un reconocimiento constitucional en el primer apartado del artículo 18 y legal en la *LO 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen*. Esta garantía constitucional protege a los ciudadanos frente a atentados en la reputación personal impidiendo la difusión de expresiones o mensajes insultantes, insidias infamantes o vejaciones que provoquen objetivamente su descrédito<sup>312</sup>. Se trata, por tanto, de la protección de la dignidad personal reflejada en la consideración de los demás y en el

---

<sup>311</sup> VELASCO NÚÑEZ afirma que la investigación sobre o con medios tecnológicos afecta principalmente al conjunto de derechos fundamentales que se engloban bajo la denominación del derecho a nuestra vida privada, en alusión a los previstos en el artículo 18 CE, en VELASCO NÚÑEZ, E., “Investigación procesal penal de redes, terminales, dispositivos informáticos, ...”, *Op. Cit.*, p. 3.

<sup>312</sup> Véanse, en este sentido, las SSTC 14/2003, de 28 de enero y 216/2006, de 3 de julio.

sentimiento de la propia persona<sup>313</sup>. Así pues, la extensión del derecho al honor está vinculada a la realidad social vigente en cada momento temporal<sup>314</sup>.

Este derecho fundamental protege a los sujetos de la difusión no consentida de los datos de su esfera privada por parte de un tercero y el descrédito que, por los usos sociales, esto pueda ocasionarle<sup>315</sup>. En este sentido, la existencia de intromisión ilegítima en el derecho al honor está íntimamente relacionada con que esta información difundida sea o no de interés público, pero, también y especialmente, con la veracidad de la misma<sup>316</sup>.

Así, se trata de un derecho íntimamente relacionado con la libertad de información y expresión y, en ese sentido, son muchos los pronunciamientos judiciales que resuelven esta pugna de intereses constitucionales situando el límite en el contenido injurioso, denigrante o desproporcionado<sup>317</sup>. Es decir, aunque la libertad de expresión tenga un ámbito de acción muy amplio, amparando incluso la crítica, el conflicto entre uno y otro derecho se resuelve en función de si ésta resulta innecesaria y ofensiva.

Para el caso de dirigentes políticos o de personalidades destacadas, la jurisprudencia del TS ha entendido que los dirigentes políticos deben tolerar un nivel de crítica superior a las demás personas, consecuencia de su actividad pública<sup>318</sup>, en tanto en cuanto también se les reconoce una mayor libertad a la hora de comunicar opiniones<sup>319</sup>.

---

<sup>313</sup> Vid. SSTTS de 16 de febrero; de 1 de junio de 2010; de 18 de febrero de 2013; 551/2017, de 11 de octubre y SSTC 185/1989, de 13 de noviembre; 223/1992, de 14 de diciembre.

<sup>314</sup> SELIGRAT GONZÁLEZ, V.M., “La protección del honor de los agentes del deporte y el alcance de la libertad de expresión de los deportistas profesionales”, *Revista Aranzadi de Derecho y Entretenimiento*, nº 55, abril-julio, 2017, pp. 101, 103. En la misma línea, la STC 180/1999, de 11 de octubre.

<sup>315</sup> SERRA CRISTÓBAL, R., “Intimidad de la víctima en el proceso. Un ejemplo en la mujer víctima de la trata”, en *La protección jurídica de la intimidad* (Dir. BOIX REIG; Coord. JAREÑO LEAL), Iustel, Madrid, 2010, pp. 251.

<sup>316</sup> Las SSTC 134/1999, de 15 de julio; 154/1999, de 14 de septiembre; 52/2002, de 25 de febrero destacan que el derecho a la libertad de información resulta esencial como garantía para la formación de una opinión pública libre, indispensable para el pluralismo político que exige el principio democrático. En ese sentido, la protección constitucional de la libertad de información es mayor cuando es ejercitada por los profesionales de la información -tal y como refieren las SSTC 105/1990, de 6 de junio, y 29/2009, de 26 de enero-, por lo que resulta muy gráfica la condena del Juzgado de Primera Instancia número 6 de Madrid a Televisión Española por atentar contra el honor de los funcionarios judiciales a los que acusó de corruptos en un reportaje emitido en Informe Semanal (vid. <http://hemeroteca.abc.es/nav/Navigate.exe/hemeroteca/madrid/abc/1987/03/14/022.html>).

<sup>317</sup> SSTS 1089/2008, de 12 de noviembre; 849/2008, de 19 de septiembre; 65/2009, de 5 de febrero; 111/2009, de 19 de febrero; 507/2009, de 6 de julio; 427/2009, de 4 de junio; 800/2010, de 22 de noviembre; 17/2011, de 1 de febrero; 35/2017, de 19 de enero. DEL MORAL se refiere al menoscabo del honor ocasionado al acusado por la difusión poco cuidadosa de noticias sobre un proceso en curso, en DEL MORAL GARCÍA, A., “Derecho a un juicio público, libertad de información y derechos al honor y a la vida privada: relaciones, conflictos, interferencias”, *Persona y Derecho*, nº 59, 2008, pp. 262-263

<sup>318</sup> SSTS de 8 de julio de 1986, 1 de junio de 2010 y 15 de marzo de 2011.

<sup>319</sup> SSTEDH de 26 de abril de 1992; de 7 de noviembre de 2006; 8 de julio de 2008 y 15 de julio de 2010.



En la actualidad, sin embargo, ha cobrado especial interés y relevancia la protección del derecho al honor frente a la información divulgada en redes sociales. Así, podemos citar una sentencia que condena a la investigada por una intromisión ilegítima al honor realizada en la red social Facebook y que se expresa en los siguientes términos: “el enorme medio de comunicación que son las redes sociales y que han supuesto un evidente progreso e innovación en las formas de comunicación social. Publicar un mensaje en un perfil de red social con más de 300 «amigos» supone una importante repercusión”<sup>320</sup>. En un sentido similar, otra sentencia confirma la condena a un ciudadano por verter comentarios sobre personalidades políticas que infirieron en su derecho al honor<sup>321</sup>. El derecho al honor, por tanto, también tiene virtualidad en las expresiones realizadas en Internet o a través de medios tecnológicos.

## 1.2. Derecho fundamental a la intimidad personal y familiar

El derecho fundamental a la intimidad personal y familiar está reconocido en el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos<sup>322</sup> y en el apartado primero del artículo 18 de la CE, junto con los derechos fundamentales al honor y la propia imagen<sup>323</sup>.

Se trata de un derecho personalísimo, sólo previsto para las personas físicas que se extingue con el fallecimiento y de carácter irrenunciable<sup>324</sup>. Además, como se puede

---

<sup>320</sup> Vid. Sentencia 330/2016 del Juzgado de primera instancia e instrucción único de Sepúlveda, de 6 de noviembre de 2017, que enjuicia unos comentarios publicados en Facebook por una concejala en relación con la muerte de un torero.

<sup>321</sup> Vid. Audiencia Provincial de Zamora 70/2017, de 19 de octubre.

<sup>322</sup> Artículo 8 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, y enmendado por los Protocolos adicionales números 3 y 5, de 6 de mayo de 1963 y 20 de enero de 1966, respectivamente, ratificado por España el 4 de octubre de 1979: “1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás”.

<sup>323</sup> Es interesante la reflexión que realiza REVENGA SÁNCHEZ con respecto al reconocimiento conjunto que realiza la Constitución de estos tres -o cuatro, si separamos la intimidad personal de la intimidad familiar- derechos fundamentales. El autor afirma desconocer si la relación de los mismos intenta ofrecer un sentido conjunto o son garantías heterogéneas que han sido incorporadas en un mismo precepto por mera practicidad, en REVENGA SÁNCHEZ, M., “El derecho a la intimidad: un derecho en demolición”, en *El derecho a la privacidad en un nuevo entorno tecnológico*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2016, pp. 73-74.

<sup>324</sup> El derecho a la intimidad no es predicable de las personas jurídicas- véase SSTC 124/1985, de 17 de octubre y 69/1999, de 26 de abril- y se extingue con el fallecimiento, vid. STC 231/1988, de 2 de diciembre. Así lo establece también el artículo 1.3 de la *Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen*.

inferir de la propia redacción del precepto constitucional, tiene una doble dimensión, la personal y la familiar, por lo que el sujeto activo encuentra protección tanto de su propia intimidad como la de su familia<sup>325</sup>.

Otras dimensiones de la intimidad han sido reconocidas autónomamente de manera más específica, como, por ejemplo, la prohibición de declarar sobre la ideología, religión o creencias propias que proclama el art. 16.2 CE, la inviolabilidad del domicilio promulgado en el art. 18.2 CE o el secreto de las comunicaciones reconocido en el artículo 18.3 CE<sup>326</sup>. En este sentido, tanto la doctrina científica cuanto la jurisprudencia sostienen que a la definición de este derecho le falta cierta dosis de concreción, en tanto en cuanto su propia amplitud y la difícil delimitación de sus contornos generan, no en pocas ocasiones, cierta inseguridad jurídica<sup>327</sup>.

Ello no obstante, pese a la amplitud de sus contornos, parece que este derecho se circunscribe a la protección material de un ámbito personal y familiar de dignidad de los ciudadanos frente a la acción, al conocimiento y a la divulgación de terceros<sup>328</sup>.

Por lo que a la denominación del derecho hace referencia, es habitual su confusión con la privacidad, fruto, quizás, de una inadecuada traducción de la palabra anglosajona que define la intimidad, *privacy*<sup>329</sup>. En realidad, estos términos -privacidad e intimidad- no son sinónimos y, a fin de realizar la diferenciación entre ellos y poder definir correctamente el concepto lato de intimidad al que se refiere el artículo 18.1 CE,

---

<sup>325</sup> En ese sentido, véase STS 592/2011, de 12 de septiembre; en sentido contrario, véase STC 190/2013, de 18 de noviembre.

<sup>326</sup> Sobre la base de esta idea, el derecho a la intimidad ha sido calificado como un “paraguas” de garantías específicas. Véase en ese sentido REVENGA SÁNCHEZ, M., “El derecho a la intimidad: un derecho en demolición”, en *El derecho a la privacidad... Op. Cit.*, p. 76. En el mismo sentido se ha pronunciado el TC en la sentencia 114/1989, de 29 de noviembre.

<sup>327</sup> Sentencia del Tribunal europeo de Derechos Humanos S y Marper contra Reino Unido, de 4 de diciembre de 2008, disponible en [http://actu.dalloz-etudiant.fr/fileadmin/actualites/pdfs/MAI\\_2013/AFFAIRE\\_S\\_ET\\_MARPER\\_c.ROYAUMEUNI.pdf](http://actu.dalloz-etudiant.fr/fileadmin/actualites/pdfs/MAI_2013/AFFAIRE_S_ET_MARPER_c.ROYAUMEUNI.pdf) (en francés). Un análisis sobre esta sentencia en GONZÁLEZ FUSTER, G., “TEDH-Sentencia de 04.12.2008, S y Marper c. Reino Unido, 30562/04 y 30566/04”, en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n° 33, 2009, pp. 619-633.

<sup>328</sup> Vid. SSTC 231/1988, de 2 de diciembre; 197/1991, de 17 de octubre; 142/1993, de 22 de abril; 57/1994, de 28 de febrero; 98/2000, de 10 de abril; 186/2000, de 10 de julio; 70/2002, de 3 de abril; 218/2002, de 25 de noviembre; 127/2003, de 30 de junio; 23/2007, de 30 de junio o STS 882/2011, de 7 de diciembre, que enjuicia la emisión de imágenes privadas de los padres de los demandantes en un programa televisivo

<sup>329</sup> En el Reino Unido, la *privacy* se identifica con “*the right to be let alone*” que DESDENTADO BONETE y MUÑOZ RUIZ traducen como “el derecho a que nos dejen en paz”, en DESDENTADO BONETE, A.; MUÑOZ RUIZ, A.B., *Control informático, videovigilancia y protección de datos en el trabajo*, Lex Nova, Valladolid, 2012, p. 43.

GIMENO SENDRA acude a la teoría de las esferas de los alemanes HUBMANN y SEIDEL<sup>330</sup>.

A este respecto, se identifican tres niveles que, explicados gráficamente como esferas concéntricas, se refieren a ámbitos de mayor o menor envergadura de protección. Atendiendo a estas consideraciones se encuentra, como esfera más amplia, la esfera pública, que versa sobre las noticias difundidas por el particular o con su autorización a extensos grupos sociales o a la sociedad; en un nivel intermedio consta la conocida como esfera privada, cuyo contenido son los datos o informaciones no íntimos que el particular puede (o no) dar a conocer a una determinada persona o a un grupo reducido de personas, pero que excluye del conocimiento de grupos más amplios o de la sociedad en general; y, en tercer lugar, queda la esfera íntima, que representa el conjunto de datos sensibles referentes a las relaciones afectivas y sexuales, religiosas, ideológicas, raciales, de salud o profesionales.



*Las esferas de HUBMANN y SEIDEL*

De conformidad con dicho régimen, el bien jurídico protegido de este derecho fundamental a la intimidad personal y familiar es, precisamente, la información referida en esta última esfera, que constituye también su contenido esencial, inviolable, y cuya libre custodia representa para su titular la defensa de su dignidad.

Sin embargo, la información relativa al nivel intermedio afecta a facetas de la personalidad no tan íntimas pero que, aunque aisladamente tienen una significación menor, en su conjunto sí ofrecen una visión importante del sujeto<sup>331</sup>. La protección de tales datos privados respecto del conocimiento de terceros se extiende en un nivel distinto

<sup>330</sup> GIMENO SENDRA, V., “Las intervenciones electrónicas y la policía judicial”, Diario La Ley, Sección Tribuna, Editorial LA LEY, nº 7298, 4 de diciembre de 2009.

<sup>331</sup> CÓRDOBA CASTROVERDE, D.; DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., “Reflexiones sobre los retos de la protección de la privacidad en un entorno tecnológico”, en *El derecho a la privacidad en un nuevo entorno tecnológico*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2016, p. 104.

al del derecho fundamental a la intimidad y queda dentro del radio de amparo del derecho fundamental a la protección de datos personales, un derecho de configuración jurisprudencial.

En cualquier caso, el alcance objetivo del derecho fundamental a la intimidad no es absoluto, sino que, por el contrario, encuentra determinados límites motivados por la necesaria tutela de otros derechos o intereses constitucionales<sup>332</sup>. Los mecanismos que permiten la limitación de este derecho fundamental son la reserva jurisdiccional y el consentimiento del titular del mismo<sup>333</sup>. Además, excepcionalmente, tras el correspondiente juicio de proporcionalidad, en determinados casos, podrá limitarse el contenido de dicho derecho sin autorización judicial ni consentimiento del propio titular<sup>334</sup>.

La limitación de este derecho fundamental puede encontrar su origen, igualmente, en el consentimiento de su titular, expreso -incluso verbal- o tácito<sup>335</sup>, en tanto en cuanto, cada cual ofrece una mayor o menor exposición a terceros sobre su información<sup>336</sup>. Como límite para la validez de dicho acto es preciso que el tercero garantice que al titular del derecho se le ha dado la información suficiente y que la divulgación no exceda del alcance

---

<sup>332</sup> STC 110/1984, de 26 de noviembre recoge que “todo derecho tiene sus límites que en relación a los derechos fundamentales establece la Constitución por sí misma en algunas ocasiones, mientras en otras el límite deriva de una manera mediata o indirecta de tal norma, en cuanto ha de justificarse por la necesidad de proteger o preservar no sólo otros derechos constitucionales, sino también otros bienes constitucionalmente protegidos”.

<sup>333</sup> QUERALT, J.J., “(Tele)comunicaciones e intimidad: aproximación a su intervención judicial en la instrucción penal”, en *El derecho a la privacidad en un nuevo entorno tecnológico*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2016, pp. 161-162 refiere un mandamiento judicial que valore y pondere la limitación del derecho fundamental a la intimidad.

<sup>334</sup> Se realiza una valoración con los intereses del Estado siguiendo las exigencias del principio de proporcionalidad: legalidad, jurisdiccional y necesidad. Véanse las SSTC 70/2002, de 3 de abril; 281/2006, de 9 de octubre; 206/2007, de 24 de septiembre; 173/2011, de 7 de noviembre; 115/2013, de 9 de mayo. La STC 70/2002, de 3 de abril establece que “de no existir ésta (preceptiva autorización judicial motivada conforme a criterios de proporcionalidad), 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”. En la sentencia reseñada del año 2011, el TC legitima diligencias policiales llevadas a cabo por la policía sin autorización judicial con base en un juicio de proporcionalidad en el que se constataba “la existencia de un interés constitucionalmente prevalente al interés de la persona en mantener la privacidad de determinada información”.

<sup>335</sup> Los actos concluyentes se consideran autorización tácita, vid. SSTC 22/1984, de 17 de febrero; 196/2004, de 15 de noviembre; 209/2007, de 24 de septiembre o STS 97/2015, de 24 de febrero. En el mismo sentido, la STS 786/2015, de 4 de diciembre determina que la aportación de las cuentas y de las claves de correo electrónico supone un acto tácito de otorgamiento de consentimiento para su acceso por parte de la Policía Judicial.

<sup>336</sup> Vid. SSTC 83/2002, de 22 de abril; 196/2006, de 3 de julio.

propio del consentimiento<sup>337</sup>. En ese sentido, el Preámbulo de la *Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen* (en adelante, LO 1/82) enuncia que el consentimiento del titular del derecho fundamental a la intimidad personal y familiar no supone ni su renuncia, ni su absoluta abdicación, sino el parcial desprendimiento de algunas de las facultades que lo integran<sup>338</sup>. Todo ello, sin perjuicio de que el consentimiento prestado pueda ser revocado en cualquier momento<sup>339</sup>.

Para los casos en los que el titular del derecho es un personaje público, principalmente se pondera con respecto al derecho fundamental de libertad de expresión e información. A juicio del TC, la notoriedad reduce el ámbito de intimidad constitucionalmente asegurado, pero los únicos motivos que legitiman una supremacía de las libertades de información son el interés general y la formación de opinión pública en una sociedad democrática<sup>340</sup>.

Las tecnologías emergentes plantean nuevos escenarios que afectan con una mayor injerencia al derecho fundamental a la intimidad personal y familiar por parte de otros particulares, por parte de empresas o por parte de los poderes públicos, especialmente, tras el impacto de las políticas de seguridad que aparentemente legitiman cualquier intromisión en la intimidad de los ciudadanos. El estudio de estas nuevas posibilidades prácticas exige de una comparación teórica con las injerencias clásicas sobre este derecho que permita, por ejemplo, la contraposición entre las intervenciones electrónicas y la lectura de las cartas, el registro físico con respecto al informático o las intervenciones de las comunicaciones finalizadas con las intervenciones electrónicas. Tal es así que ha cobrado especial relevancia el término “extimidad” para definir la constante exposición de información íntima en comunidades virtuales, lo que provoca una redefinición de la

---

<sup>337</sup> Vid. STC 206/2007, de 24 de septiembre.

<sup>338</sup> Así: “(...) *tampoco tendrán este carácter las consentidas por el propio interesado, posibilidad ésta que no se opone a la irrenunciabilidad abstracta de dichos derechos, pues ese consentimiento no implica la absoluta abdicación de los mismos, sino tan sólo el parcial desprendimiento de alguna de las facultades que los integran. Ahora bien, la ley exige que el consentimiento sea expreso, y dada la índole particular de estos derechos, permite que pueda ser revocado en cualquier momento, aunque con indemnización de los perjuicios que de la revocación se siguieren al destinatario del mismo*”.

<sup>339</sup> En este sentido, véanse SSTC 196/2004, de 15 de noviembre; 159/2009, de 29 de junio y SSTS 22/1984 y 209/2007.

<sup>340</sup> Véase MEDINA ALCOZ, L., “La doctrina constitucional sobre Derechos Fundamentales «sustantivos»”, en *El derecho a la privacidad en un nuevo entorno tecnológico*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2016, pp. 361-365.

garantía constitucional, que parece tornarse más débil en tanto en cuanto tácitamente ofrecemos el consentimiento a su limitación<sup>341</sup>.

El avance legislativo se ha desarrollado, en este sentido, por medio de leyes especiales - véase la Ley 25/2007, que exige a las compañías que revelen información sobre el titular y el histórico de comunicaciones- o de modificaciones de los textos procesales. Si bien la Ley 25/2007 no diferencia entre el titular de la dirección IP y el titular de un número de teléfono, sí lo hace, sin embargo, la LECrim, que exige orden judicial para la primera (vid. art. 588 ter k) y no para la segunda (vid. 588 ter m), si bien tiene una redacción confusa.

Sirva como ejemplo el artículo 588 sexies c) de la LECrim que indica los términos en los que debe aprobarse un registro informático -autorización judicial con referencia expresa a su alcance (salvo en caso de urgencia, cuando la Policía Judicial podrá ampliar el registro de dispositivos, e, incluso, examinar directamente los datos contenidos en el terminal incautado, siempre que se comunique al Juez en el plazo de veinticuatro horas<sup>342</sup>)- y faculta a autoridades y agentes a solicitar información sobre el sistema informático o las medidas que protegen a los datos contenidos en el mismo a quién conozca de su funcionamiento, excepto que se trate del investigado o encausado, parientes dispensados de declarar, bajo apercibimiento de incurrir en delito de desobediencia.

### 1.3. Derecho fundamental a la propia imagen

El derecho fundamental a la propia imagen viene reconocido constitucionalmente en el primer apartado del artículo 18, conjuntamente con los derechos al honor y a la intimidad

---

<sup>341</sup> OROZCO PARDO, G., “Intimidad, privacidad, «extimidad» y protección de datos del menor ¿un cambio de paradigma?, en *La protección jurídica de la intimidad* (Dir. BOIX REIG; Coord. JAREÑO LEAL), Iustel, Madrid, 2010, pp. 392-393.

<sup>342</sup> Esta facultad que relega la exigencia de judicialidad ha motivado un considerable rechazo doctrinal, v. gr. FUENTES SORIANO en FUENTES SORIANO, O., “Comunicaciones telemáticas: práctica y valoración de prueba”, en *El proceso penal. Cuestiones fundamentales*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 280-281. Sobre el particular, LÓPEZ-BARAJAS crítica que la norma no precisa ni cómo se determina la urgencia del caso, ni cuando concurre un interés constitucional legítimo, lo que puede significar una excepción muy amplia para la intensidad de la medida de investigación, en LÓPEZ-BARAJAS PEREA, I., “Nuevas tecnologías aplicadas a la investigación penal: el registro de equipos informáticos”, *Revista de internet, Derecho y Política*, nº 24, 2017, pp. 69-70.

personal y familiar y en la *Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen*<sup>343</sup>.

Ello no obstante, este derecho fundamental no se reconoce expresamente ni en la Declaración Universal de los Derechos Humanos ni en el Convenio de Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales e, incluso, se debatió su inclusión en la CE de 1978, si bien, hoy en día, se trata de un derecho autónomo con pleno reconocimiento<sup>344</sup>.

El derecho fundamental a la propia imagen ha sido definido por el TC como el derivado de la dignidad humana y encaminado a determinar la información gráfica generada por sus rasgos físicos personales, pudiendo llegar a una dimensión pública<sup>345</sup>. Por tanto, este derecho protege los rasgos o atributos característicos que individualizan e identifican a un sujeto -la imagen y la voz- del conocimiento de terceras personas que no cuenten con el consentimiento del titular del derecho, independientemente de la finalidad que se persiga<sup>346</sup>. Así, se puede hablar de imagen como derecho cuando actúe como elemento de la reconocibilidad<sup>347</sup>.

Aunque se trata de un derecho autónomo, se encuentra relacionado con los derechos a la intimidad y al honor<sup>348</sup>. La distinción con el derecho fundamental a la intimidad radica en el consentimiento prestado, ya que, aunque alguien publique una imagen que no afecte a intimidad, si ésta no cuenta con el consentimiento de su protagonista, vulnera derecho a disposición de la imagen propia<sup>349</sup>. En ese sentido, el consentimiento debe ser expreso y la prueba del mismo recae sobre quien difunde la imagen y puede revocarse en cualquier momento<sup>350</sup>.

---

<sup>343</sup> El art. 2.2 de la Ley 1/1982 advierte que “no se apreciará la existencia de intromisión ilegítima en el ámbito protegido, cuando estuviere expresamente autorizado por Ley o cuando el titular del derecho hubiere otorgado al efecto su consentimiento expreso”.

<sup>344</sup> JAREÑO LEAL, Á., “El derecho a la imagen como bien penal”, en *La protección jurídica de la intimidad* (Dir. BOIX REIG; Coord. JAREÑO LEAL), Iustel, Madrid, 2010, pp. 109-110.

<sup>345</sup> STC 117/1994, de 25 de abril.

<sup>346</sup> HEREDERO CAMPO, M. T., “Uso social de la imagen...”, *Op. Cit.*, p. 59. Las SSTs de 26 de marzo de 2003; 17 de junio de 2004 y de 19 de julio de 2004 exigen que con la imagen se reconozca al sujeto que aparezca.

<sup>347</sup> HEREDERO CAMPO, M. T., “Uso social de la imagen...Op. Cit. , p. 59.

<sup>348</sup> STC 139/2001, de 18 de junio.

<sup>349</sup> JAREÑO LEAL, Á., “El derecho a la imagen *Op. Cit.*, p. 118.

<sup>350</sup> La autorización o el consentimiento expreso es la manifestación de voluntad, libre, inequívoca, específica e informada de autorización del tratamiento de datos, revocable por causa justificada en cualquier momento, como contempla la propia Ley 1/1982, aunque, ésta puede ocasionar una indemnización por los daños y perjuicios que pudiera ocasionar, incluido el lucro cesante, en HEREDERO CAMPO, M. T., “Uso social de la imagen ...Op. Cit., p. 59.

La imagen resulta, también, susceptible de ser tratada -y protegida- como un dato de carácter personal, tratamiento éste que recibe incluso en la *Ley Orgánica 15/1999 de Protección de Datos* de la incluye -en su artículo 3- como un dato de carácter personal<sup>351</sup>.

La protección que brinda este derecho cobra especial relevancia en el entorno tecnológico, en el que la difusión de la imagen puede realizarse de una manera sencilla, poco costosa y que alcance a un mayor número de personas y, por tanto, con mayor perjuicio para el titular del derecho.

Especialmente interesante es su colisión con el derecho de información en los casos en los que la imagen publicada se refiere a “personas sometidas a la acción de la justicia”. Es doctrina mayoritaria -y defendida también por el TEDH- la que sostiene que, de no ser un personaje público, la difusión de estas imágenes no contribuye a la formación de una sociedad democrática y pluralista<sup>352</sup>.

Así, se puede realizar una distinción en función de si la imagen difundida de la tercera persona es relevante o no, por ejemplo, cuando se sube una foto de uno mismo a una red social pero aparecen personas desconocidas que simplemente pasaban en ese momento.

#### **1.4. Derecho fundamental a la inviolabilidad domiciliaria**

El derecho a la inviolabilidad del domicilio lo consagran el artículo 18.2 CE, el artículo 171 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York, el artículo 8 del Convenio Europeo de protección de los Derechos Humanos de 4 de noviembre de 1950 y el artículo 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos<sup>353</sup>. La LECrim también protege este derecho consignando requisitos para el acto de investigación que lo limita, regulado en el capítulo I “de la entrada y registro en lugar cerrado”, del Título VIII, del Libro II (arts. 545 y siguientes)<sup>354</sup>.

---

<sup>351</sup> Art. 3.1: “A los efectos de la presente Ley Orgánica se entenderá por: a) Datos de carácter personal: cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables (...)”.

<sup>352</sup> JAREÑO LEAL, Á., “El derecho a la imagen... *Op. Cit.*, 2010, p. 120. En relación con la jurisprudencia europea, véase la STEDH Sciascia vs. Italia.

<sup>353</sup> La Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España sirven de interpretación a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, de acuerdo con el artículo 10.2 CE.

<sup>354</sup> Con anterioridad a la reforma de la *Ley 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 tecnológicas* el Título VIII del Libro II no estaba subdividido en capítulos y se titulaba “De



La protección constitucional del domicilio está íntimamente relacionada con el derecho fundamental a la intimidad, en tanto en cuanto se trata de una manifestación de éste<sup>355</sup>. En ese sentido, se afirma que el derecho fundamental a la inviolabilidad domiciliaria -de la misma manera que el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones- protege de forma instrumental la vida privada de la persona.<sup>356</sup>

El contenido de este derecho se concreta en la facultad de su titular -persona física o jurídica<sup>357</sup>- de impedir la agresión, entrada o la permanencia de un tercero en su domicilio, por ser éste un ámbito espacial reservado a su libertad más íntima<sup>358</sup>. Ello no obstante, existen otros ámbitos espaciales que la jurisprudencia ha asimilado al domicilio por ser utilizados como tal y quedan, por tanto, igualmente protegidos. En este sentido, se han considerado domicilio la habitación de un hotel -o pensión, hostel o similar-<sup>359</sup>, una

---

la entrada y registro en lugar cerrado, del de libros y papeles y de la detención y apertura de la correspondencia escrita y telegráfica”.

<sup>355</sup> ÁLVARO LÓPEZ, M.C., “Una visión práctica sobre la diligencia de entrada y registro y el concepto constitucional de domicilio”, *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad*, nº 4, enero-junio, 2014, p. 47. Véanse en el mismo sentido las SSTs de 19 de enero de 1995; 8 de mayo de 1995; de 14 de junio de 1995; de 4 de marzo de 1997; de 18 de febrero de 1999 y SSTC 22/1984, de 17 de febrero; 110/1984, de 26 de noviembre; 160/1991, de 18 de julio; 50/1995, de 23 de febrero; 126/1995, de 25 de julio; 94/1999, de 31 de mayo; 8/2000, de 17 de enero; 136/2000, de 29 de mayo; 283/2000, de 27 de noviembre; 119/2001, de 29 de mayo; 10/2002, de 17 de enero.

<sup>356</sup> STC 94/1999, de 31 de mayo.

<sup>357</sup> El titular del derecho a la inviolabilidad domiciliaria puede ser persona física o jurídica, de acuerdo con la STC 137/1985, de 17 de octubre, que afirma que “parece claro que nuestro Texto Constitucional al establecer el derecho a la inviolabilidad del domicilio no lo circunscribe a las personas físicas, siendo pues extensivo o predicable igualmente en cuanto a las personas jurídicas”. Otras sentencias que afirman la titularidad de este derecho a personas jurídicas son las SSTs 7 de abril de 1997; 20 de marzo del 2007; 25 de marzo de 2009 y SSTC 22/1984, de 17 de febrero; 160/1991, de 16 de julio; 50/1995, de 23 de febrero; 69/1999, de 26 de abril; 54/2015, de 16 de marzo. También el TEDH afirma la protección del domicilio de las personas jurídicas en las sentencias de 16 de abril de 2002, 27 de septiembre de 2005, 2 de abril de 2015

<sup>358</sup> CADENA SERRANO, F.Á., “Registro domiciliario”, en *La prueba en el Proceso Penal. Doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo* (Dir. RIVES SEVA), Tomo II, Editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2016, pp. 691-692. En el mismo sentido, CASANOVA MARTÍ afirma que “el domicilio constituye el espacio en el que el individuo puede ejercer su libertad más amplia e íntima, quedando formalmente protegido o inmune frente a toda clase de injerencia externa”, en CASANOVA MARTÍ, R., “La captación y grabación de comunicaciones...”, *Op. Cit.*, p. 4.

<sup>359</sup> Así se han pronunciado las SSTs 14 de enero de 1992; 3 de julio de 1992; 25 de octubre de 1992; 17 de marzo de 1993; 21 de noviembre de 1997; 8 de octubre de 1998; 16 de mayo de 2000; 16 de marzo de 2001; 6 de junio de 2001; 22 de junio de 2001 y las SSTC 22/1984, de 17 de febrero; 10/2002, de 17 de enero (que admite la concepción de domicilio de una habitación de hotel si su destino es como tal y no para realizar actividades profesionales). No obstante, se trata de un supuesto conflictivo, principalmente porque el artículo 557, en su redacción original, disponía que “*las tabernas, casas de comidas, posadas y fondas no se reputarán como domicilio de los que se encuentren o residan en ellas accidental o temporalmente, y o serán tan sólo de los taberneros, hosteleros, posaderos y fondistas que se hallen a su frente y habiten allí con sus familias en la parte del edificio a este servicio destinada*” (artículo declarado inconstitucional y derogado por la STC 10/2002, de 17 de enero), por lo que las SSTs 11 de junio de 1991; 11 de diciembre de 1992; 13 de mayo de 1993; 28 de enero de 1995; 7 de julio de 1995 entendieron que no merecían la protección del artículo 18.2 CE.

habitación alquilada<sup>360</sup>, una tienda de campaña<sup>361</sup>, el camarote o zona privada de una embarcación<sup>362</sup>, un domicilio móvil (esto es, *roulotte*, auto-caravana o furgoneta)<sup>363</sup>; o un despacho profesional no abierto al público<sup>364</sup>, la parte privada de un negocio<sup>365</sup>, un aseo público<sup>366</sup>, un local de reunión<sup>367</sup> e incluso una cueva<sup>368</sup>.

Concurren otros espacios que la jurisprudencia no ha considerado domicilio, por no quedar afecto a la privacidad constitucionalmente protegida, verbigracia una casa deshabitada o abandonada destinada a otros usos distinto del de habitabilidad<sup>369</sup>, la zona

---

<sup>360</sup> Vid. STS 25 de abril de 1996, si bien la STS 157/2015, de 9 de marzo no protege una habitación arrendada por ser utilizada con el fin de manipular sustancias tóxicas y no como espacio de vida doméstica

<sup>361</sup> Vid. SSTS 8 de julio de 1994; 20 de noviembre de 1995; 30 de abril de 1996; 181/1997, de 15 de febrero; 23 de septiembre de 1997; 19 de mayo de 1999; 18 de noviembre de 2005.

<sup>362</sup> La jurisprudencia reconoce la protección constitucional de la inviolabilidad del domicilio para las zonas de la embarcación que se puedan estar utilizando como morada o, *in sensu contrario*, la rechaza para las zonas destinadas a otros usos o cuando el barco no constituye un lugar privado asimilable a un domicilio, para lo que utiliza como argumentos el reducido espacio o la ausencia de elementos necesarios para realizar actividades privadas, vid. SSTS 1200/1998, de 9 de octubre; 13 de marzo de 1999; 6 de septiembre de 1999; 1534/1999, de 16 de diciembre; 15 de noviembre de 2000; 29 de noviembre de 2001; 624/2002, de 10 de abril; 28 de febrero de 2003; 2 de abril de 2004; 919/2004, de 12 de julio; 151/2006, de 20 de febrero; 1009/2006, de 18 de octubre; 20 de abril de 2007; 894/2007, 31 de octubre; 671/2008, de 22 de octubre; 151/2009 de 11 de febrero; 932/2009 de 17 de septiembre; 111/2010 de 24 de febrero; 18 de marzo de 2011; 29 de abril de 2011; 58/2014, de 6 de febrero; 513/2014, de 24 de junio y SSTC 219/200, de 3 de julio; 16 de diciembre de 1997. Con respecto a la entrada y registro de embarcaciones CADENA SERRANO advierte que la autorización del abordaje por parte de funcionarios aduaneros incluye su inspección sin que afecte al derecho a la inviolabilidad domiciliaria, en CADENA SERRANO, F.Á., "Registro domiciliario", *Op. Cit.*, pp. 740-744.

<sup>363</sup> SSTS 19 de septiembre de 1994; 24 de enero de 1995; 15 de noviembre de 1995; 18 de octubre de 1996; 29 de enero de 2001; 5 de febrero de 2003; 24 de noviembre de 2009.

<sup>364</sup> Este supuesto también es conflictivo, pues aunque existen sentencias que admiten la protección de estos espacios de privacidad -STS de 11 de octubre de 1993-, otras resoluciones afirman que un lugar sólo ocupado durante la jornada laboral no pertenece a su esfera de privacidad protegida por la CE -vid. SSTS 29 de octubre de 2003; 27 de junio de 1994-. A esta cuestión se añaden mayores matices, como el análisis de si se trata de una oficina abierta al público (o no) -SSTS 6 de julio de 1995; 22 de marzo de 2004- o si se trata de un despacho de un Abogado, cuyo registro puede vulnerar el secreto profesional o el secreto a no declarar del acusado -SSTS de 11 de octubre de 1993; de 25 de febrero de 2004; 22 de marzo de 2004; 13 de octubre de 2009; 79/2012, de 9 de febrero; 974/2012, de 5 de octubre; 165/2013, de 26 de marzo; STC 37/1989, de 15 de febrero y SSTEDH 16 de diciembre de 1992 (Niemietz); 20 de junio de 2000 (Foxley contra Reino Unido); 5 de octubre de 2006 (caso Viola); 13 de marzo de 2007 (Castravet contra Moldavia); 22 de mayo de 2008 (caso Ililla Stelanor c. Bulgaria)-.

<sup>365</sup> Con respecto a la sección privada de un establecimiento público se ha protegido, por ejemplo, una zona privada de una farmacia -la rebotica- en la STS 576/2002, de 3 de septiembre.

<sup>366</sup> La STS 937/1998, de 7 de julio justifica que los lavabos de un establecimiento público son una prolongación de la privacidad de los ciudadanos y que, por tanto, quedan igualmente protegidos, si bien el Alto Tribunal matiza esta tesis en la STS 11/2002, de 16 de enero con respecto a un cuarto de aseo reservado al titular del negocio, del que entiende que sirve para determinadas necesidades pero que no merece especial protección.

<sup>367</sup> El TS entiende que un local en el que se reunían arrendatarios y amigos para el consumo de hachís es un espacio privado protegido por estar destinado al libre desarrollo de la personalidad, en STS 11 de julio de 1996.

<sup>368</sup> STS 19 de octubre de 1994.

<sup>369</sup> SSTS de 27 de noviembre de 1993; de 14 de septiembre de 1994; de 15 de octubre de 1994; 31 de enero de 1995; de 10 de junio de 1995; de 27 de septiembre de 1995 (Roj: STS 4736/1995); 673/1996, de 11 de octubre; 181/1997, de 15 de febrero; 1411/1999, de 13 de octubre; 323/2009, de 18 de febrero; 157/2015, de 9 de marzo.

no privada de un establecimiento abierto al público -bar, restaurante, librería, tienda de comestibles, gimnasio, ...-<sup>370</sup>, un trastero, un patio o jardín visible desde el exterior<sup>371</sup>, un garaje o trastero (cuando no forme parte del domicilio)<sup>372</sup>, un almacén, sótano o cocina de un negocio abierto al público<sup>373</sup>, el lugar común de una comunidad de vecinos (patio, cuarto de contadores, portería, ascensor)<sup>374</sup>, una parcela sin construir<sup>375</sup>, espacios abiertos<sup>376</sup>, un vehículo (tampoco el habitáculo de descanso de los camiones)<sup>377</sup>, naves industriales o ganaderas<sup>378</sup>, zulos<sup>379</sup>, celdas<sup>380</sup>, buzones de correo<sup>381</sup> o taquillas personales<sup>382</sup>.

---

<sup>370</sup> Así lo han afirmado las SSTS 27 de septiembre de 1989; 11 de junio de 1991; 19 de junio de 1992; 24 de octubre de 1992; 9 de diciembre de 1993; 6 de abril de 1994; 1 de octubre de 1994; 10 de diciembre de 1994; 20 de diciembre de 1994; 10 de marzo de 1995; 7 de abril de 1995; 10 de abril de 1995; 29 de abril de 1995; 18 de mayo de 1995; 8 de mayo de 1997; 26 de septiembre de 1997; 15 de abril de 1998; 26 de diciembre de 2000; 16 de abril de 2007; 8 de abril de 2008; 25 de marzo de 2009; 1 de abril de 2009; 5 de noviembre de 2009; 28 de enero de 2010; 17 de febrero de 2010; 25 de noviembre de 2010; 1155/2010, de 1 de diciembre; 160/2011, de 15 de marzo.

<sup>371</sup> SSTS 27 de septiembre de 1995; 15 de abril de 1997; 18 de febrero de 1999.

<sup>372</sup> Vid, entre otras, SSTS de 21 de diciembre de 1992; 11 de noviembre de 1993; de 14 de noviembre de 1993; 22 de noviembre de 1994; 27 de abril de 1995; 824/1995, de 30 de junio de; 686/1996, 10 de octubre; de 4 de marzo de 1997; 6 de octubre de 1997; 1234/1997, de 10 de octubre; 19 de febrero de 1998; 143/1999 de 13 de octubre; 282/2004, de 1 de marzo; 616/2005 de 12 de mayo; 27 de enero de 2009; 929/2009, de 7 de octubre (o 924??); 7 de febrero de 2011; 143/2013, de 28 de febrero; 279/2013, de 6 de marzo; 747/2015, de 19 de noviembre. Ello no obstante, el TC disiente con esta doctrina y sí amplía la protección constitucional del artículo 18.2 CE a garajes y trasteros, vid. SSTC 22/1984, de 17 de febrero; 137/1985, de 17 de octubre; 50/1995, de 23 de febrero; 126/1995, de 26 de julio; 94/1999, de 31 de mayo; 171/1999, de 27 de septiembre.

<sup>373</sup> Las SSTS de 24 de septiembre de 1990; 24 de octubre de 1992; 19 de julio de 1993; 20 de noviembre de 1995; 23 de enero de 1997; 30 de junio de 1997; 18 de febrero de 1998; 18 de junio de 1999; 11 de febrero de 2000; 27 de julio de 2001; 25 de noviembre de 2010; 849/2013, de 12 de noviembre

<sup>374</sup> Entre otras, SSTS 26 de febrero de 1993; 30 de abril de 1996; 12 de mayo de 2000; 18 de junio de 2010; 29 de octubre de 2010.

<sup>375</sup> SSTS 13 de mayo de 2009; 429/2015, de 9 de julio.

<sup>376</sup> SSTS de 19 de enero de 1995; 26 de junio de 1995.

<sup>377</sup> Vid. SSTS 31 de octubre de 1988; 28 de abril de 1993; 19 de julio de 1993; 15 de noviembre de 1993; 13 de octubre de 1993; 6 de julio de 1994; 19 de septiembre de 1994; 11 de octubre de 1994; 24 de enero de 1995; 1 de abril de 1996; 19 de junio de 1996; 18 de julio de 1996; 16 de septiembre de 1996; 18 de octubre de 1996; 17 de diciembre de 1996; 21 de abril de 1997; 5 de junio de 1997; 16 de noviembre de 1998; 1 de junio de 1999; 14 de octubre de 1999; 24 de marzo de 2000; 5 de mayo de 2000; 14 de febrero de 2001; 2 de enero de 2002; 27 de febrero de 2002; 21 de noviembre de 2002; 11 de septiembre de 2003; 14 de mayo de 2004; 1 de marzo de 2007; 29 de junio de 2007; 856/2007 de 25 de octubre; 27 de febrero de 2008; 7 de junio de 2011; 143/2013, de 28 de febrero; 334/2013, de 15 de abril; 387/2013, de 24 de abril; 569/2013, de 26 de junio; 963/2013, de 18 de diciembre.

<sup>378</sup> SSTS 15 de julio de 1994; 14 de junio de 1995; 1 de diciembre de 1995; 5 de diciembre de 1996; 6 de marzo de 2009; 4 de junio de 2010.

<sup>379</sup> STS 22 de mayo de 1993.

<sup>380</sup> El centro penitenciario se considera un edificio público y las penas privativas de libertad limitan el respeto a los derechos a la privacidad y al domicilio de los presos, vid. SSTS 11 de octubre de 1994; 24 de noviembre de 1995; 6 de abril de 1998 y SSTC 283/2000, de 2 de noviembre; 89/2006, de 27 de marzo; 106/2012, de 21 de mayo.

<sup>381</sup> STS 18 de noviembre de 2008.

<sup>382</sup> El registro de taquillas queda fuera de la protección del derecho a la inviolabilidad domiciliaria en establecimientos militares (SSTS 26 de enero de 1995; 9 de junio de 2000), pero tiene una especial protección en los centros de trabajo.

En ese sentido -y desde una concepción amplia- lo determinante para la definición del término domicilio parece residir en un espacio físico cerrado en el que se desarrolla la vida privada de manera habitual o eventual<sup>383</sup>.

La protección que brinda el artículo 18.2 al domicilio -con todas las acepciones que la jurisprudencia ha aceptado para este espacio- puede limitarse lícitamente si se da alguna de los requisitos que contempla la propia CE: consentimiento del morador<sup>384</sup>, autorización judicial o flagrancia delictiva.

El consentimiento es, por tanto, una de las causas que permiten la intromisión en el domicilio ajeno<sup>385</sup> siempre que sea otorgado por una persona capaz y con capacidad de obrar<sup>386</sup>, informado<sup>387</sup>, libre<sup>388</sup> y expreso, claro e inequívoco<sup>389</sup>. La prestación del consentimiento merece, no obstante, atención cuando el domicilio es compartido. En principio, el consentimiento otorgado por cualquier morador, habilita el registro de las zonas comunes<sup>390</sup> y así también cuando la convivencia es conyugal -o de relación análoga-<sup>391</sup>. No obstante, este consentimiento no puede prestarse si lo realiza la parte acusadora contra los intereses de la parte investigada, esto es, si existe un conflicto de intereses<sup>392</sup>. La jurisprudencia también ha discutido la validez del consentimiento

---

<sup>383</sup> CADENA SERRANO, F.Á., “Registro domiciliario”, *Op. Cit.*, pp. 700, 715. Véanse también las SSTS 11 diciembre 1992; 6 de noviembre de 1995; 123/1997, de 16 de diciembre; 999/1997, de 27 de junio; 1431/1999, de 13 de octubre; 87/2005, de 21 de diciembre; /2007, de 31 de octubre; 861/2011, de 30 de junio; 444/2012, de 21 de mayo; 773/2013, de 22 de octubre.

<sup>384</sup> Aunque la CE se refiere al “consentimiento del titular”, la jurisprudencia entiende que podrá ser del propietario, usufructuario, arrendatario, precarista, pero no de quién se encuentre en el domicilio casa sin derecho a ello, vid. SSTS 27 de noviembre de 1992; 24 de enero de 1998 y 24 de mayo de 1999.

<sup>385</sup> Véase artículo 545 LECrim.

<sup>386</sup> SSTS 9 de noviembre de 1994; 4 de noviembre de 2002; 719/2013, de 9 de octubre.

<sup>387</sup> Vid. SSTS 698/2014, de 28 de octubre. La información también debe versar sobre el objeto de la entrada y registro, vid. SSTS 6 de junio de 2001; 14 de noviembre de 2007.

<sup>388</sup> La jurisprudencia exige un consentimiento libre que no sea fruto de presiones ni de causas de invalidación (Artículo 1265 CC: “*Será nulo el consentimiento prestado por error, violencia, intimidación o dolo*”), vid. SSTS 20 de enero de 1995; 24 de enero de 1995; 18 de octubre de 1996; 7 de marzo de 1997; 4 de marzo de 1999; 12 de abril de 2002; 951/2007, de 12 de noviembre; 698/2014, de 28 de octubre

<sup>389</sup> Aunque el artículo 551 LECrim permite un consentimiento tácito (adviértase que el artículo 6.º al que hace referencia es de la Constitución del año 1876, que actualmente corresponde con el artículo 18.2 de la Constitución Española), la STS /2014, de 28 de octubre y las SSTS 5 de marzo de 1996; 30 de septiembre de 1996; 26 de junio de 1998; 12 de noviembre de 2007 y 28 de octubre de 2010 realizan una interpretación restrictiva del precepto y entienden, por tanto, que la facilitación de la entrada con ausencia de consentimiento expreso se traduce en un rechazo a la entrada y registro. Ello no obstante, el estudio de la tacha del consentimiento exige también del análisis del comportamiento previo y posterior del morador, a fin de evitar la invalidez de un consentimiento prestado voluntariamente, como advierten las SSTS 19 de septiembre de 1994; 24 de enero de 1995; 4 de marzo de 1999; 9 de noviembre de 1999; 18 de abril de 2011.

<sup>390</sup> SSTS 23 de diciembre de 1993; 9 de noviembre de 1994; 17 de abril del 2000; /2008, de 24 de junio; 15 de octubre de 2010. Cuando uno de los comoradores lo es en precario ...STC 189/2004, de 2 de noviembre.

<sup>391</sup> STC 22/2003, de 10 de febrero; STS /2000, de 14 de noviembre; /2002, de 30 de diciembre.

<sup>392</sup> Especialmente ilustrativa a este respecto son las SSTC C 189/2004, de 2 de noviembre; 209/2007, de 24 de septiembre y las STS 688/2013, de 30 de septiembre; 77/2014, de 30 de septiembre.

ofrecido cuando el investigado está detenido, pues, en esa situación la *vis psicológica* coactiva puede forzar un consentimiento si no se cuenta con asistencia letrada<sup>393</sup>.

Otra circunstancia habilitante para la entrada y registro es la autorización judicial<sup>394</sup>. Ésta ha de ser en forma de Auto motivado<sup>395</sup>, acordada por el Juez competente del territorio

---

<sup>393</sup> El Tribunal Supremo se refiere a la “intimidación ambiental” o “ambiente intimidatorio” que la presencia de agentes policiales y la ausencia de asistencia letrada puede viciar el consentimiento en las SSTS 29 de septiembre de 1989; 13 de junio de 1992; 18 de febrero de 1994; 8 de julio de 1994; 19 de septiembre de 1994; 26 de febrero de 1996; 18 de diciembre de 1997; 2 de diciembre de 1998; 11 de diciembre de 1998; 21 de enero de 1999; 8 de noviembre de 1999; 13 de marzo de 2000; 16 de mayo de 2000; 14 de noviembre de 2000; 24 de mayo de 2001; 5 de noviembre de 2001; 22 de febrero de 2002; 2 de abril de 2004; 29 de septiembre de 2005; 25 de mayo de 2010; 849/2013, de 12 de noviembre; 719/2013, de 9 de octubre. En la STS 13 de marzo de 2001, se confirma la validez del consentimiento del acusado detenido -y, por tanto, de la entrada y registro- sin la preceptiva presencia de Abogado porque en el acto del juicio oral el acusado confirma la concesión de consentimiento sin que mediase intimidación.

<sup>394</sup> Artículo 546 LECrim: “El Juez o Tribunal que conociere de la causa podrá decretar la entrada y registro, de día o de noche, en todos los edificios y lugares públicos, sea cualquiera el territorio en que radiquen, cuando hubiere indicios de encontrarse allí el procesado o efectos o instrumentos del delito, o libros, papeles u otros objetos que puedan servir para su descubrimiento y comprobación” y artículo 550 LECrim: “Podrá asimismo el Juez instructor ordenar en los casos indicados en el artículo 546 la entrada y registro, de día o de noche, si la urgencia lo hiciere necesario, en cualquier edificio o lugar cerrado o parte de él, que constituya domicilio de cualquier español o extranjero residente en España, pero precediendo siempre el consentimiento del interesado conforme se previene en el artículo 6.º de la Constitución, o a falta de consentimiento, en virtud de auto motivado, que se notificará a la persona interesada inmediatamente, o lo más tarde dentro de las veinticuatro horas de haberse dictado” (el artículo 6.º al que hace referencia es de la Constitución del año 1876, actualmente corresponde con el artículo 18.2 de la Constitución Española). GALLEGOS MORENO califica el término “indicios” que utiliza el precepto 546 como sospechas fundadas y no como mera *noticia criminis*, en GALLEGOS MORENO, A., “La inviolabilidad del domicilio y la diligencia de entrada y registro en domicilios de particulares”, *Jueces para la democracia*, abril 1994, pp. 32-33. Por su parte, QUINTANA LÓPEZ advierte que, pese a la exclusiva referencia a los delitos de la redacción del artículo 546, también se precisa autorización judicial específica para la ejecución de un acto administrativo o una resolución judicial civil que precise de la entrada a un domicilio, de acuerdo con el criterio establecido en la STC 22/1984, de 17 de febrero, en QUINTANA LÓPEZ, T., “La autorización judicial: garantía de la inviolabilidad de domicilio y límite de la ejecución forzosa de los actos administrativos”, *Revista de estudios de la vida local*, nº 224, 1984.

<sup>395</sup> Vid. Arts. 550 y 558 LECrim, SSTC 14/1991; 122/1991; 191/1991; 27/1992; 159/1992; 175/1992; 53/2003, de 24 de marzo y SSTS 30 de diciembre de 1994; 18 de julio de 1998; 30 de mayo de 2008; 17 de julio de 2008. La jurisprudencia también ha entendido motivados, aunque indeseables, aquellos Autos judiciales que remiten su justificación al oficio policial que solicita la medida de investigación, siempre que éste sea detallado, así las SSTS 28 de enero de 1994; 7 de febrero de 1995; 22 de marzo de 1996; 1 de abril de 1996; 3 de abril de 1996; 207/1996, de 16 de diciembre; 18 de septiembre de 1997; 18 de julio de 1998; 30 de abril de 2008; 1 de junio de 2009; 17/2014, de 28 de enero. Sin embargo, la autorización debe constar por escrito, en este sentido, las sentencias del Tribunal Supremo de 24 de marzo de 1994 y de 25 de noviembre de 1996 anularon autorizaciones judiciales realizadas verbalmente.

en el que se encuentra el domicilio<sup>396</sup>, proporcional<sup>397</sup> y con referencia expresa a las circunstancias personales, temporales y espaciales<sup>398</sup>.

Y, finalmente, la exigencia de flagrancia para entender lícita una entrada y registro de un domicilio sin la concurrencia del consentimiento del titular o de autorización judicial ha sido concretada como la evidencia directa -que no la prueba concluyente<sup>399</sup>- de la comisión de un delito -que se está ejecutando o que se acaba de cometer- que necesite de una actuación policial urgente e inmediata (para evitar la consumación del delito o que desaparezcan sus huellas)<sup>400</sup>. Se trata, por tanto, de una concepción restrictiva que garantiza un mayor respeto al derecho fundamental a la inviolabilidad domiciliaria<sup>401</sup>. En ese sentido, es necesaria proporcionalidad en su adopción<sup>402</sup> y no puede apreciarse con

---

<sup>396</sup> Así el artículo 268.1 LOPJ -aunque se prevé que la práctica de una diligencia en una circunscripción distinta la realice otro Juzgado por medio del auxilio judicial ex art. 274.1 LOPJ- y las SSTS 31 de diciembre de 1996; 16 de noviembre de 1998, aunque un Tribunal puede realizar investigaciones de territorios próximos de acuerdo con los arts. 275 LOPJ y 323 LECrim. Puede ocurrir también que la instrucción de un delito se inicie en una jurisdicción distinta a la que finalmente conocerá del asunto, lo que no conlleva una vulneración de la competencia territorial (SSTS 26 de septiembre de 1995; 4 de diciembre de 1995; 207/1996, de 16 de diciembre; 2 de julio de 2003; 6 de julio de 2007).

<sup>397</sup> Una autorización judicial que habilita la entrada y registro de un domicilio es proporcional cuando es acorde a derecho y supera los juicios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, vid. SSTC 62/1982, de 15 de octubre; 13/1985, de 31 de enero; 151/1997, de 29 de septiembre; 175/1997, de 27 de octubre; 177/1998, de 14 de septiembre; 18/1999, de 22 de febrero; 200/1999, de 24 de noviembre; 239/1999, de 20 de diciembre; 207/1996, de 16 de diciembre; 136/2006, de 29 de mayo; 14/2001, de 29 de enero; 202/2001, de 15 de octubre; 299/2001, de 11 de diciembre; 123/2002, de 20 de mayo; 239/2006, de 17 de julio y SSTS 23 de abril de 1993; 21 de octubre de 1996; 31 de diciembre de 1996; 2 de enero de 1997; 181/1997, de 15 de febrero; 22 de febrero de 2000; 5 de marzo de 2004; 17 de noviembre de 2005.

<sup>398</sup> STC 181/1995, de 11 de diciembre. Sin embargo, la jurisprudencia también ha admitido autorizaciones que omitían la identificación del titular del domicilio (STS 17/2014, de 28 de enero) o la referencia al día y la hora del registro (STS 77/2014, de 11 de febrero).

<sup>399</sup> En este sentido, la STS 24 de febrero de 1998 señala que “un delito no está probado hasta que no se declara así tras la celebración del juicio oral”.

<sup>400</sup> Definen este concepto las SSTC 341/1993, de 18 de noviembre (esta sentencia declaró inconstitucional el artículo 21.2 de la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana que equiparaba flagrancia con conocimiento fundado); 94/1996, de 28 de mayo y las SSTS 29 de marzo de 1990; 21 de enero de 1993; 7 de abril de 1993; 23 de junio de 1993; 20 de julio de 1993; 8 de septiembre de 1993; 10 de diciembre de 1993; 17 de enero de 1994; 28 de enero de 1994; 24 de marzo de 1994; 13 de julio de 1994; 22 de julio de 1994; 3 de octubre de 1994; 19 de octubre de 1995; 22 de noviembre de 1994; 15 de noviembre de 1995; 1 de abril de 1996; 11 de julio de 1996; 13 de febrero de 1997; 24 de febrero de 1997; 24 de febrero de 1998; 15 de octubre de 1998; 14 de junio de 1999; 12 de septiembre de 2001; 10 de febrero de 2003; 7 de marzo de 2007; 9 de octubre de 2008; 30 de junio de 2010; 1031/2010, de 22 de noviembre; 453/2010, de 25 de noviembre. SSTS 31 de enero de 1994; 18 de febrero de 1994; 4 de marzo de 1994; 29 de junio de 1994; 19 de octubre de 1994; 15 de octubre de 1994; 20 de octubre de 1994; 5 de diciembre de 1995; 24 de febrero de 1998; 7 de marzo de 2000; 13 de marzo de 2000; 23 de febrero de 2001; 15 de noviembre de 2002; 22 de octubre de 2008; 19 de octubre de 2009; 30 de noviembre de 2010; 240/2015, de 20 de marzo. MATIA PORTILLA realiza una interesante aproximación a la definición del término “flagrancia”, a propósito de la STC 341/1993, de 18 de noviembre, en MATIA PORTILLA, F.J., “Delito flagrante e inviolabilidad del domicilio (comentario a la STC 341/1993)”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 42, septiembre-diciembre, 1994.

<sup>401</sup> STS 29 de marzo de 1990.

<sup>402</sup> STS de diciembre de 1994.

respecto a los delitos permanentes, que, una vez consumados, exigen de la concurrencia de una autorización judicial habilitante<sup>403</sup>.

Es preceptiva la presencia del imputado morador de la vivienda -incluso si está detenido- en la práctica de la entrada en su domicilio para respetar el principio de contradicción<sup>404</sup>, si bien se ha permitido introducir en el proceso un registro efectuado sin sus moradores a través del acta del mismo o de las declaraciones de testigos o de los agentes intervinientes<sup>405</sup>.

Pero, además de la consecuencia procesal de la ilicitud probatoria, la irrupción en un domicilio sin autorización judicial, consentimiento del morador ni flagrancia, puede conllevar también una sanción penal, tipificada como allanamiento de morada<sup>406</sup>.

Este derecho fundamental también se ha visto afectado con la irrupción de las nuevas tecnologías. En ese sentido, el TS ha advertido que el acceso y registro legítimo de un domicilio no incluye el acceso al contenido de un ordenador o dispositivo de almacenamiento masivo de información, amparado por el derecho al propio entorno virtual y que requiere un acto jurisdiccional habilitante específico<sup>407</sup>, tal como posteriormente ha admitido la LECrim<sup>408</sup>.

Sin embargo, no es necesaria la entrada física al domicilio para quebrantar su protección, ya que las nuevas tecnologías ya permiten la denominada “intrusión virtual” al domicilio, que se define como aquella injerencia al mismo que se produce a distancia y sin contacto directo que, además, es imperceptible para los investigados y que se contrapone a una entrada material en el mismo<sup>409</sup>. En este sentido, aunque la jurisprudencia ha permitido la observación policial cuando en ausencia de elementos que protejan el espacio íntimo

---

<sup>403</sup> SSTS 29 de junio de 1994; 19 de septiembre de 1999; 14 de junio de 1999. En ese sentido, RICHARD GONZÁLEZ advierte que el “tráfico de sustancias estupefacientes (...) es un supuesto delictivo que, por lo general, no requiere de actuaciones urgentes”, en RICHARD GONZÁLEZ, M., “Nulidad de la prueba por la intromisión virtual en domicilio. Una breve reflexión sobre la observación policial ilícita de la intimidad personal y familiar”, *Diario La Ley*, nº 8788, Sección Reseña de Jurisprudencia, Editorial LA LEY, 22 de junio de 2016, pp. 4-5.

<sup>404</sup> Vid. Artículo 569 LECrim y SSTS 833/1997, de 20 de junio; 40/1999, de 19 de enero; 163/2000, de 11 de febrero; 1944/2002 de 9 de abril; 711/2003, de 16 de mayo; 94/2005, de 4 de febrero; 550/2005 de 28 de marzo; 7 de octubre de 2009; 2 de octubre de 2001; /2003, de 15 de mayo; 1108/2005, de 22 de septiembre; 143/2013, de 28 de febrero; 865/2013, de 13 de noviembre; 17/2014, de 28 de enero.

<sup>405</sup> SSTC 303/1993, de 25 de octubre; 171/1999, de 27 de septiembre; 259/2005, de 24 de octubre; 219/2006, de 3 de julio y SSTS 12 de julio de 1996; 7 de abril del 2000; 352/2006, de 15 de marzo; 79/2015, de 13 de febrero.

<sup>406</sup> Vid. Arts. 202 y 203 CP si la entrada no permitida la realiza un particular y art. 204 CP si ésta es cometida por una autoridad o funcionario público.

<sup>407</sup> STS 342/2013, de 17 de abril.

<sup>408</sup> Así el artículo 588 sexies a) LECrim.

<sup>409</sup> RICHARD GONZÁLEZ, M., “Nulidad de la prueba por la intromisión virtual...”, *Op. Cit.*, p. 1.

de en el que se desarrolla la vida personal y familiar (cortinas, ventanas, toldos, vallas,...)<sup>410</sup>, no así cuando el observador recurra a medios técnicos para tal fin - teleobjetivos fotográficos, dispositivos direccionales de grabación de sonido, prismáticos o telescopios, drones-<sup>411</sup>. Sobre este particular, la doctrina critica que la licitud de la observación policial de un domicilio sin autorización judicial, consentimiento del titular ni flagrancia dependa del uso de medios tecnológicos<sup>412</sup>.

Otra técnica de investigación tecnológica que puede afectar a la vulneración del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio (y a otros derechos fundamentales, como el derecho a la intimidad y el derecho al secreto de las comunicaciones) es la utilización - sin el preceptivo amparo judicial o consentimiento del titular- de medios técnicos de escucha y su posterior empleo<sup>413</sup>, que el estado de la ciencia también permite actualmente realizar sin necesidad de acceder físicamente al interior de un domicilio, mediante lo que se denomina “vigilancia acústica del domicilio” que, del mismo modo, vulnera el derecho a la inviolabilidad del domicilio<sup>414</sup>. Ídem ocurre el uso de equipos de imágenes térmicas que nos permiten ver lo que sucede intramuros de un domicilio<sup>415</sup>. Como se verá más adelante, la mayor o menor intrusión en el derecho a la inviolabilidad del domicilio también depende de si el acceso al mismo se realiza directamente o de forma remota.

### 1.5. Derecho fundamental al secreto de las comunicaciones

El derecho fundamental al secreto de las comunicaciones se regula en los artículos 18.3 CE, 8 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las

---

<sup>410</sup> SSTS 15 abril 1997 y 18 febrero 1999.

<sup>411</sup> La STS 329/2016, de 20 abril anula una condena cuya prueba de cargo era la observación policial del interior de un domicilio en la décima planta de un edificio por medio de unos prismáticos sin autorización judicial. Esta intromisión virtual -posible gracias a que no existían cortinas en el ventanal del salón de la vivienda- permitió que los agentes advirtiesen como uno de los condenados entregaba al otro condenado una bolsa con unos paquetes sospechosos de contener drogas, y su posterior detención y cacheo. Afirma el TS que “cuando los agentes utilizan instrumentos ópticos que convierten la lejanía en proximidad, no puede ser neutralizada con el argumento de que el propio morador no ha colocado obstáculos que impidan la visión exterior. El domicilio como recinto constitucionalmente protegido no deja de ser domicilio cuando las cortinas no se hallan debidamente cerradas”. Un breve análisis de esta resolución en HERRERO GIMÉNEZ, R., “Intimidad (artículo 18.2 CE), investigación policial y sus límites: la intromisión virtual. Estudio de la STS núm. 329/2016, de 20 de abril de 2.016 y algunas manifestaciones jurisprudenciales”, *Estudios penales y criminológicos*, vol. XXXVII, 2017.

<sup>412</sup> RICHARD GONZÁLEZ, M., “Nulidad de la prueba por la intromisión virtual...”, *Op. Cit.*, pp. 7-8.

<sup>413</sup> CASANOVA MARTÍ, R., “La captación y grabación de comunicaciones...”, *Op. Cit.*, p. 4.

<sup>414</sup> ORTIZ PRADILLO, J.C., *Problemas Procesales de la...*, *Op. Cit.*, p. 172.

<sup>415</sup> ORTIZ PRADILLO, J.C., *Problemas Procesales de la...*, *Op. Cit.*, p. 172, p. 218.



Libertades Fundamentales<sup>416</sup>, 12 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos del 10 de diciembre 1984<sup>417</sup>, 17 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos de Nueva York, del 19 de diciembre de 1966<sup>418</sup> y II-67 de la Constitución Europea<sup>419</sup>.

Este derecho protege la existencia de un proceso de comunicación en marcha entre dos o más personas (físicas o jurídicas, nacionales o extranjeras)<sup>420</sup> y su contenido - independientemente de que éste sea íntimo o no<sup>421</sup> - del conocimiento de terceros<sup>422</sup>.

---

<sup>416</sup> Artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos: “1. *Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.* 2. *No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás*”. Únicamente las versiones inglesa y francesa del Convenio son auténticas, esta traducción está disponible en la página web del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, vid. [http://www.echr.coe.int/Documents/Convention\\_SPA.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SPA.pdf) (fecha de consulta: el 25 de septiembre de 2017).

<sup>417</sup> Artículo 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos: “*Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques*”.

<sup>418</sup> Artículo 17 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos: “1. *Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación.* 2. *Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques*”, ratificado por España a través del Instrumento de Ratificación de España del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966 en el «BOE» núm. 103, de 30 de abril de 1977.

<sup>419</sup> Artículo II-67 de la Constitución Europea: “*Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de sus comunicaciones*”.

<sup>420</sup> DÍAZ REVORIO, F.J., “El derecho fundamental al secreto de las comunicaciones”, *Derecho PUC. Revista de la Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica del Perú*, nº 59, 2007, p. 161, que advierte que, para el caso de las comunicaciones de las personas jurídicas, que se realizan mediante personas físicas, concurren dos titularidades. También en este sentido las SSTS 20 de febrero de 1995; 19 de octubre de 1996; 4 de febrero de 1997; 26 de mayo de 1997; 2 de diciembre de 1997; 22 de abril de 1998. La *Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil* reconoce expresamente este derecho para los menores en su artículo 4.

<sup>421</sup> DESDENTADO BONETE y MUÑOZ RUIZ destacan el carácter formal de este derecho que permite la reserva de las comunicaciones sin importar la trascendencia de su contenido, en contraposición de la protección material del derecho a la intimidad, de modo que toda comunicación es secreta, pero no toda es íntima, en DESDENTADO BONETE., A.; MUÑOZ RUIZ, A.B, *Control informático, videovigilancia...*, *Op. Cit.*, p.189. En el mismo sentido, DÍAZ REVORIO, F.J., “El derecho fundamental al secreto...” *Op. Cit.*, p. 162; MARTÍN MORALES, R., *El régimen constitucional del secreto de las comunicaciones*, *Op. Cit.*, p. 40 y ORTIZ PRADILLO, J.C., *Problemas Procesales Op. Cit.* En ese sentido, véanse también las SSTC 114/1984, de 29 de noviembre; 70/2002, de 3 de abril; 123/2002, de 20 de mayo; 56/2003, de 24 de marzo; 70/2009, de 23 de marzo; 241/2012, de 17 de diciembre; 170/2013, de 7 de octubre y la STS 786/2015, de 4 de diciembre. Este derecho fundamental no ampara el contenido de las conversaciones a las que ya se han puesto término, en cuyo caso pueden quedar protegidas por los derechos fundamentales a la intimidad o a la protección de datos.

<sup>422</sup> Los terceros frente a los que se protegen las comunicaciones son tanto el Estado, cuanto los particulares, como señala DÍAZ REVORIO, F.J., “El derecho fundamental al secreto...” *Op. Cit.*, p. 163.

Se entiende por comunicación aquel proceso comprendido entre personas, sea a través de sonidos, caracteres, señales, etc.<sup>423</sup> E, incluso, según la última jurisprudencia, se considera comunicación aquella realizada con el uso de emoticonos<sup>424</sup>.

Como ocurre con el derecho a la inviolabilidad domiciliaria, es evidente que el secreto de las comunicaciones también es una garantía relacionada con el amparo que brinda el artículo 18.1, pero que, por su especial trascendencia, ha merecido un reconocimiento autónomo<sup>425</sup>.

Cabe apreciar, no obstante, que la protección del derecho no rige frente a quienes han formado parte de la comunicación. En este sentido, la STC 114/1984, de 29 de noviembre marca un hito importante en tanto en cuanto determina que no se vulnera el derecho al secreto de las comunicaciones por quien tomó parte en la comunicación, si bien, se puede conculcar el derecho a la intimidad garantizado en el artículo 18.1 de la Constitución si lo transmitido entrase en la esfera «íntima» del interlocutor<sup>426</sup>. Esta interpretación constitucional está plenamente implantada y así se refleja en las resoluciones judiciales –

---

<sup>423</sup> la STC 281/2006, de 9 de octubre se refiere a comunicación como “los mensajes pueden expresarse no solo mediante palabras, sino a través de otro conjunto de signos o señales que componen otras clases de lenguajes...”.

<sup>424</sup> La sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid 247/2017, de 31 de marzo por el quebrantamiento de una medida de no comunicación a través del envío desde Facebook a su ex pareja de dos emoticonos y la STS 54/2016 del 10 de mayo analiza un recurso por casación contencioso-disciplinario militar ordinario por una falta leve impuesta por la concurrencia de unos mensajes y emoticonos en el estado de *WhatsApp*.

<sup>425</sup> A este respecto, la STC 123/2002, de 20 de mayo señala que “nuestra Constitución exige que toda limitación de un derecho fundamental esté prevista en la ley (art. 53.1 CE) y que dicha limitación sea adecuada a las exigencias derivadas del principio de proporcionalidad, esto es, necesaria para alcanzar un fin legítimo, proporcionada al efecto y, en todo caso, respetuosa del contenido esencial del derecho (por todas, SSTC 181/1995, de 11 de diciembre, FJ 5; 292/2000, de 30 de noviembre, FJ 9; y 169/2001, de 16 de julio, FJ 4)”. DÍAZ REVORIO observa, en este sentido que “esta relación entre ambos derechos no impide una necesaria delimitación entre el contenido y sentido constitucional de los mismos”, DÍAZ REVORIO, F.J., “El derecho fundamental al secreto...” *Op. Cit.*, p. 160. Otras sentencias que reconocen el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones como una manifestación del derecho a la intimidad son las SSTC 114/1984, de 29 de noviembre; 34/1996, de 11 de marzo; 136/2000, de 29 de mayo; 10/2002, de 17 de enero y las SSTS 181/1996, de 1 de marzo; 914/1996, de 20 de diciembre.

<sup>426</sup> La STC 114/1984, de 29 de noviembre, se expresa en estos términos: “quien graba una conversación de otros atenta, independientemente de toda otra consideración, al derecho reconocido en el art. 18.3 de la Constitución; por el contrario, quien graba una conversación con otro no incurre, por este solo hecho, en conducta contraria al precepto constitucional citado. Si se impusiera un genérico deber de secreto a cada uno de los interlocutores o de los corresponsables ex art. 18.3, se terminaría vaciando de sentido, en buena parte de su alcance normativo, a la protección de la esfera íntima personal ex art. 18.1, garantía ésta que, «a contrario», no universaliza el deber de secreto, permitiendo reconocerlo sólo al objeto de preservar dicha intimidad (dimensión material del secreto, según se dijo). Los resultados prácticos a que podría llevar tal imposición indiscriminada de una obligación de silencio al interlocutor son, como se comprende, del todo irrazonables y contradictorios, en definitiva, con la misma posibilidad de los procesos de libre comunicación humana.

ordinarias<sup>427</sup> o constitucionales<sup>428</sup>-. Tal es así, que en la actualidad se ha acuñado el término *bugging* para denominar el pinchazo de las conversaciones telefónicas mantenidas por el propio usuario y partícipe de la conversación. Esta es, por tanto, una práctica permitida, incluso con respecto a su revelación, divulgación o la comunicación de la misma, ya que los propios interlocutores son dueños de sus propias conversaciones, pudiendo disponer libremente de ellas, y no estando obligados a guardar secreto de lo que en una conversación particular han dicho u oído. En cualquier caso, y pese a ser una doctrina ya asentada y asumida jurisprudencialmente, las nuevas comunicaciones tecnológicas hacen necesario estudiar si la protección constitucional protección constitucional del derecho al secreto de las comunicaciones finaliza una vez consumada la comunicación y cuando ésta ciertamente ha finalizado.

El ámbito de actuación de este derecho fundamental abarca aquellas comunicaciones cerradas realizadas a través de un medio -postal, telegráfico o telefónico (como recoge expresamente la CE), pero también videofónico, electrónico, fax, mensajería instantánea,...-, por lo que, en principio, no ampara aquellas comunicaciones directas, vis a vis –sin perjuicio de que afecten al derecho a la intimidad-; ni tampoco aquella información comunicada a un número indeterminado de personas<sup>429</sup>. En este sentido, la información publicada en redes sociales no estaría amparada en por el secreto de las comunicaciones<sup>430</sup>.

Para la limitación de este derecho fundamental sin que se considere conculcado, el propio constituyente ha establecido un único requisito: la autorización judicial. En este sentido,

---

<sup>427</sup> SSTs 1993, de 9 de julio; 1994, de 11 de mayo; 1995, de 30 de mayo; de 5 de febrero de 1995; de 1 de marzo de 1996; 1997, de 27 de noviembre; 1998, de 18 de octubre; 1999, de 29 de septiembre; de 9 de noviembre de 2001; de 27 de febrero de 2002; 239/2010, de 24 de marzo; 682/2011, de 24 de junio; 1014/2012, de 31 de mayo; 45/2014, de 7 de febrero; 421/2014, de 16 de mayo; 423/2015, de 26 de junio.

<sup>428</sup> Vid. SSTC 56/2003, de 24 de marzo.

<sup>429</sup> Entre otros, LANZAROTE MARTÍNEZ, P., “Intervenciones de las comunicaciones”, en *La prueba en el Proceso Penal. Doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo* (Dir. RIVES SEVA), Tomo II, Editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2016, p. 238; DÍAZ REVORIO, F.J., “El derecho fundamental al secreto...” *Op. Cit.*, p. 163.

<sup>430</sup> Los servicios de redes sociales (SRS) son plataformas en las que los usuarios crean perfiles públicos en el que incluyen información personal y comparten intereses comunes con otros individuos, tal y como los define MORENO NAVARRETE, M.Á., “Aspectos jurídico privados de las tecnologías Web 2.0 y su repercusión en el derecho a la intimidad”, en *La protección jurídica de la intimidad* (Dir. BOIX REIG; Coord. JAREÑO LEAL), Iustel, Madrid, 2010, pp. 335-342. El autor clasifica las redes sociales en aquellas de ocio (que se subdivide, a su vez en aquellas basadas en información de perfil, las de intercambio de contenido; o *microblogging*); las de carácter profesional; o las de uso educativo. MORILLAS FERNÁNDEZ pone el acento en las redes sociales de ocio por ser aquellas con un riesgo mayor de exposición de las vivencias, gusto, ideología y experiencias del usuario, en MORILLAS FERNÁNDEZ, M., “La protección jurídica del menor ante las redes sociales”, en *La protección jurídica de la intimidad* (Dir. BOIX REIG; Coord. JAREÑO LEAL), Iustel, Madrid, 2010, p. 364.

los actos de investigación que limiten el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones -la intervención telefónica, la lectura de correos electrónicos enviados y no recibidos, la apertura de correspondencia o la interceptación de cualquier comunicación tecnológica, entre otros- requieren de un auto especialmente motivado del Juez de Instrucción competente en el curso de un procedimiento penal<sup>431</sup>.

Además, esta autorización judicial debe basarse en una investigación en curso sobre un hecho punible constitutivo de una infracción de especial gravedad “en atención al bien jurídico protegido y a la relevancia social del mismo y, a la existencia de indicios sobre el hecho constitutivo de delito y sobre la conexión con el mismo de las personas investigadas”<sup>432</sup>.

Además de las exigencias propias para la constitucionalidad del auto de la intervención de una comunicación, el intérprete constitucional ha expandido las garantías de este derecho al momento de ejecución policial de la medida y de control judicial de la misma.

Con respecto a la ejecución de la medida limitativa del derecho al secreto de las comunicaciones, ésta debe atenerse a los términos temporales -esto es, no ampliarse más tiempo del autorizado ni más allá del estrictamente necesario e imprescindible para poder preconstituir la prueba del hecho punible y la participación de su autor-<sup>433</sup>, personales -no se permite la investigación a personas distintas a las autorizadas-, y materiales -tampoco se permite la investigación sobre hechos distintos de los descritos en la autorización judicial- en los que se adoptó<sup>434</sup>.

---

<sup>431</sup> DÍAZ REVORIO destaca que la motivación –que ha de ser expresa y proporcional- es un requisito imprescindible para conocer las circunstancias por las que resulta admisible la injerencia en el derecho fundamental, en DÍAZ REVORIO, F.J., “El derecho fundamental al secreto...” *Op. Cit.*, p. 171. Sirva de ejemplo la La STC 184/2003, de 23 de octubre estima un recurso de amparo en el que se solicita la anulación de condenas por los delitos de cohecho y falsedad en documento mercantil con base en que las pruebas aportadas (confesiones coimputados, declaraciones testificales de los policías que llevaron a cabo las escuchas, prueba documental y pericial grafológica) tienen su origen en una intervención telefónica que vulneró el derecho al secreto de las comunicaciones por falta de motivación en las autorizaciones judiciales, prórrogas autorizadas fuera de plazo y ausencia de control judicial. La sentencia contiene un voto particular del Magistrado don Roberto García-Calvo y Montiel, al que se adhiere el Magistrado don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, que defiende que las pruebas citadas son independientes a las intervenciones telefónicas.

<sup>432</sup> A estos efectos, la catalogación como delito grave es lo decisivo, independientemente de la concreta calificación jurídica. Así se ha pronunciado el TC en su sentencia 166/1999, de 27 de septiembre con referencia a un Auto judicial que autorizaba la intervención de comunicaciones en relación con unos hechos investigados como constitutivos de un delito de contrabando, en lugar de por el delito de tráfico de drogas. También DÍAZ REVORIO formula la exigencia de que la interceptación de las comunicaciones se realice en el marco de la investigación de una infracción grave, en DÍAZ REVORIO, F.J., “El derecho fundamental al secreto...” *Op. Cit.*, p. 168.

<sup>433</sup> La STC 205/2005, de 18 de julio ha establecido que el plazo se inicia con la aprobación de la autorización judicial y no con su ejecución.

<sup>434</sup> STC 166/1999, de 27 de septiembre, FJ 3.

Y, en relación con el control judicial, es necesario dar cuenta al Juez o Magistrado del seguimiento, del cese y de los resultados de la medida por él adoptada. La práctica normal consiste en la entrega del material original recabado por parte del cuerpo de FFCCSS autorizado a la medida de investigación restrictiva del derecho al secreto de las comunicaciones al Juez instructor, con la presencia y fe pública del Letrado de la Administración de Justicia. Estas copias se escuchan, se copian –con su correspondiente confrontación y con fe pública de su coincidencia- se identifican y se facilitan a las partes del proceso. Estas actuaciones quedan reflejadas en un acta que deja constancia. En alguna ocasión, se ha puesto de manifiesto que se realiza una selección de audios que podría vulnerar la exigencia del control judicial, si bien el Tribunal Constitucional entiende que la elección de los fragmentos que contienen la información más relevante no significa que el juez no tenga plena disposición de las cintas originales que le permitan tener acceso al significado conjunto de las conversaciones<sup>435</sup>.

Ello no obstante, cabe diferenciar los distintos tipos de comunicaciones que protege este derecho fundamental, ya que tienen particularidades. Así, en cuanto al envío postal, éste viene regulado en el artículo 579 LECrim, que exige autorización judicial motivada que habilite para la la detención, su apertura o examen de la correspondencia privada, postal y telegráfica, de faxes, burofaxes y giros. El plazo para la ejecución de esta diligencia deber limitarse al plazo indispensable, hasta un máximo de tres meses, prorrogable por iguales o inferiores períodos hasta el límite de dieciocho meses<sup>436</sup>. Además, esta autorización exige que el delito investigado sea castigado con una pena máxima de, al menos, tres años de prisión; que se haya cometido en el seno de un grupo u organización criminal; o se trate de un delito de terrorismo; y que existan indicios de que por estos medios se vaya a obtener el descubrimiento o la comprobación del algún hecho o circunstancia relevante para la causa<sup>437</sup>.

La protección de este derecho referida al envío de comunicaciones postales no incluye los elementos u objetos que, por sus características o finalidades, no contienen

---

<sup>435</sup> STC 166/1999, de 27 de septiembre, FJ 9.

<sup>436</sup> Con respecto al plazo de la medida y a su encaje con los plazos de instrucción instaurados con la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal operada por Ley 41/2015, de 5 de octubre, la FGE se ha pronunciado en el sentido de que, hasta que no se consolide jurisprudencialmente otra interpretación, esta medida de investigación genera la suspensión del cómputo de los plazos del instrucción que regula el art. 324, en la *Circular de la FGE 5/2015, sobre los plazos máximos de la fase de instrucción*, p. 14.

<sup>437</sup> Artículo modificado por 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*.

correspondencia, aunque se envíen por correo postal<sup>438</sup>. La autorización judicial (que puede ir acompañada de un auto que permita la entrada y registro domiciliario, si es necesario) habilitante debe ser necesaria y proporcional<sup>439</sup> y exige que la apertura de correspondencia se realice ante el Juez instructor y, a ser posible, el interesado<sup>440</sup>. Se permite, eso sí, la apertura de paquetes postales por parte de las autoridades administrativas y aduaneras, de acuerdo con la *Ley 43/2010, de 30 de diciembre, del servicio postal universal, de los derechos de los usuarios y del mercado postal*<sup>441</sup> e, incluso, con autorización del Ministro del Interior o, en su defecto, el Secretario de Estado de Seguridad para casos relacionados con la actuación de bandas armadas o elementos terroristas y en los que concurra urgencia<sup>442</sup>.

Con respecto a la intervención de las comunicaciones tecnológicas, la exigua regulación anterior motivó varias condenas del Tribunal Europeo de Derechos Humanos por la ausencia de previsibilidad legal e insuficiencia de garantías<sup>443</sup>. Frente a esta situación, la

---

<sup>438</sup> En este sentido se ha venido pronunciando la jurisprudencia -STC 281/2006, de 9 octubre; SSTS 28 de diciembre de 1194; 30 de junio de 1994; 29 de febrero de 1996; 18 de octubre de 1996; 10 de febrero de 2003; 20 de marzo de 2007; 3 de noviembre de 2010; 4 de noviembre de 2010; 7 de octubre de 2010; 3 de noviembre de 2010; 16 de diciembre de 2010; 10 de febrero de 2011; 847/2012, de 23 de octubre; 723/2013, de 2 de octubre; 733/2014, de 12 de noviembre; 115/2015, de 5 de marzo; 577/2015, de 6 de octubre- y así ha recogido el artículo 579 de la LECrim, tras una de las reformas operadas en 2015: “4. No se requerirá autorización judicial en los siguientes casos: a) Envíos postales que, por sus propias características externas, no sean usualmente utilizados para contener correspondencia individual sino para servir al transporte y tráfico de mercancías o en cuyo exterior se haga constar su contenido. b) Aquellas otras formas de envío de la correspondencia bajo el formato legal de comunicación abierta, en las que resulte obligatoria una declaración externa de contenido o que incorporen la indicación expresa de que se autoriza su inspección. c) Cuando la inspección se lleve a cabo de acuerdo con la normativa aduanera o proceda con arreglo a las normas postales que regulan una determinada clase de envío”. LANZAROTE MARTÍNEZ, P., “Intervenciones de las comunicaciones”, *Op. Cit.*, pp. 247-252 realiza un examen del envío postal de los paquetes y de la controversia jurisprudencial sobre su consideración (o no) como correspondencia.

<sup>439</sup> Vid. SSTS 13 de marzo de 1995; 12 de abril de 1996; 5 de octubre de 1996; 4 de marzo de 1997.

<sup>440</sup> Artículo 584 LECrim: “Para la apertura y registro de la correspondencia postal será citado el interesado. Éste o la persona que designe podrá presenciar la operación”. La jurisprudencia defiende la invalidez de la diligencia cuando, pudiéndose haberse citado al interesado, no se realizó tal exigencia, vid. SSTS 22 de febrero de 1994; 23 de marzo de 1995; 5 de octubre de 1995; 20 de marzo de 1996; 20 de marzo de 2000; 6 de junio de 2005. En principio, no es obligado que el interesado cuente con asistencia letrada, si bien es facultativo; salvo que se encuentre detenido, en cuyo caso es preceptivo, según el artículo 767 LECrim.

<sup>441</sup> Las SSTS 53/2001, de 10 de febrero ha enjuiciado asuntos de apertura por profesionales distintos a los contemplados en la norma.

<sup>442</sup> Así se desprende de la redacción del artículo 579.3 de la LECrim, modificado por modifica por el art. único.11 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*, que exige que esta medida se comunique al juez competente inmediatamente o, en su defecto, en el plazo máximo de veinticuatro horas, justificando la adopción de la medida, la actuación realizada, explicando la forma en que se ha efectuado y el resultado de la misma, para que el Juez la revoque o la confirme en un plazo máximo de setenta y dos horas desde que fue ordenada la medida.

<sup>443</sup> El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha condenado en dos ocasiones a España por la ausencia de previsibilidad legal y a la insuficiencia de garantías con respecto a la intervención de las comunicaciones, en las sentencias *Valenzuela Contreras contra España, del 30 de julio de 1998* y *Prado Bugallo contra*

*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* ha incorporado -entre otros- seis capítulos nuevos en el título VIII “De las medidas de investigación limitativas de los derechos reconocidos en el artículo 18 de la Constitución”, del libro II, los capítulos IV a IX, que regulan las siguientes cinco medidas de investigación tecnológicas: la interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas -arts. 588 ter a)-588 ter m)-, la captación y grabación de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos -arts. 588 quarter a)-588 quarter e)-, la utilización de dispositivos técnicos de captación de la imagen, de seguimiento y de localización -arts. 588 quinquies a)-588 quinquies c)-, el registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información -arts. 588 sexies a)-588 sexies c)- y los registros remotos sobre equipos informáticos -arts. 588 septies a)-588 septies c)-. Las disposiciones comunes a estas diligencias -aunque algunas no afectan al derecho al secreto de las comunicaciones- exigen que la autorización judicial habilitante cumpla con los principios de especialidad, idoneidad, excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad<sup>444</sup>. Ello no obstante, no todas estas prácticas afectan al derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, ya que, como se ha visto, las comunicaciones orales directas no son objeto de protección de este derecho, y la grabación de imagen, el seguimiento y localización, así como el registro de dispositivos

---

*España, de 18 de febrero de 2003*, que traen causa de la modificación de la LECrim. Sobre la potestad jurisdiccional del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, BUJOSA VADELL señala que, pese a que no se trata de una instancia superior, es un órgano jurisdiccional que ejerce su potestad dentro de las limitaciones que le son propias y sin que esto constituya una excepción a la unidad jurisdiccional reconocida en los artículos 117.5 CE y 3 LOPJ, vid. BUJOSA VADELL, L., *Las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el ordenamiento español*, Tecnos, Madrid, 1997, pp. 72-83. En un sentido similar, la STC 303/1993, de 25 de octubre disponía que “la jurisprudencia del TEDH (...) de conformidad con lo dispuesto en el artículo 10.2 de nuestra Constitución, ha de servir de criterio interpretativo en la aplicación de los preceptos constitucionales tuteladores de los derechos fundamentales y que es de aplicación inmediata en nuestro ordenamiento jurídico”.

<sup>444</sup> Así lo exige el artículo 588 bis a) de la LECrim para 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. Tal y como destaca BUENO JIMÉNEZ, el artículo 588 bis a) LECrim se refiere al momento de “la instrucción”, por lo que estas medidas sólo podrán solicitarse y adoptarse en el procedimiento ordinario y en el abreviado, pero no en los juicios rápidos o en el enjuiciamiento de los nuevos delitos leves, en los que “no puede hablarse técnicamente y en puridad jurídica de verdadera instrucción”, en “Las intervenciones telefónicas: doctrina general a la luz de la LO 13/2015, de 5 de octubre”, comentario en el blog <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/10986-las-intervenciones-telefonicas:-doctrina-general-a-la-luz-de-la-lo-13-2015-de-5-de-octubre/> (fecha de consulta: 14/02/2018).

de almacenamiento masivo de información<sup>445</sup> puede afectar al derecho a la intimidad, pero no concurre ninguna comunicación susceptible de ser amparada.

Así, de entre las diligencias previstas que sí afectan al secreto de las comunicaciones, la ley prevé, respecto a la interceptación de las comunicaciones telefónicas o telemáticas, que la autorización solo se conceda para los delitos dolosos castigados con pena con límite máximo de, al menos, tres años de prisión; los cometidos a través de instrumentos informáticos o de cualquier otra tecnología de la información o la comunicación o servicio de comunicación, los cometidos en el seno de un grupo u organización criminal y los de terrorismo<sup>446</sup>, si bien podrá llevarse a cabo con la orden del Ministro del Interior o, en su defecto, el Secretario de Estado de Seguridad en la investigación de delitos relacionados con la actuación de bandas armadas o elementos terroristas en los que concurra urgencia y existan razones fundadas que hagan imprescindible la medida prevista<sup>447</sup>.

Con respecto a los registros remotos sobre equipos informáticos, la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones en un ordenador únicamente vendrá dada cuando exista un acceso a comunicaciones vigentes -correos electrónicos no leídos, control de comunicaciones telemáticas en tiempo real,...- por quién no es el titular del mismo, sin autorización judicial. En este sentido, dependerá de si se accede, o no, en los equipos informáticos a comunicaciones en curso. En todo caso, la LECrim permite la autorización judicial para el examen del contenido de un ordenador, dispositivo electrónico, sistema informático, instrumento de almacenamiento masivo de datos informáticos o base de datos -a través de la utilización de datos de identificación y códigos o la instalación de un software- a distancia, sin conocimiento de su titular o usuario, cuando se investiguen delitos cometidos en el seno de organizaciones criminales, de terrorismo, cometidos contra menores o personas con capacidad modificada judicialmente, contra la Constitución, de traición y relativos a la defensa nacional o cometidos a través de instrumentos informáticos o de cualquier otra tecnología de la

---

<sup>445</sup> No vulnera el secreto de las comunicaciones el acceso a la información contenida en una unidad externa de almacenamiento masivo, como un disco extraíble, una *Tablet*, un CD, entre otros. Circular 1/2013 de la FGE; STS 782/2007, de 3 de octubre y STC 173/2011, de 7 de noviembre.

<sup>446</sup> Así lo expresa el artículo 588 ter a) LECrim.

<sup>447</sup> Artículo 588.3 ter d) LECrim, que obliga a la comunicación inmediata al juez competente -siempre previa al plazo máximo de veinticuatro horas- con la justificación de la adopción de la medida y los detalles de la actuación realizada, la forma en que se ha llevado a cabo y su resultado, para que la autoridad judicial revoque o confirme motivadamente la medida en un plazo máximo de setenta y dos horas desde que fue ordenada.



información o la telecomunicación o servicio de comunicación (artículo 588 septies a) LECrim).

Se constata que las comunicaciones -y, por tanto, el secreto a las mismas- son, hoy por hoy mayoritariamente tecnológicas<sup>448</sup>. En ese sentido, es fácil encontrar ejemplos jurisprudenciales en los que se alega, por alguna de las partes, vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones con relación a métodos de comunicación tecnológicos<sup>449</sup>.

Una muestra de estos elementos tecnológicos es el acceso –físico o remoto- a un ordenador personal u terminal móvil que contiene, además de información protegida por los derechos a la intimidad o a la protección de datos, elementos relativos a la comunicación<sup>450</sup>. La intervención del correo electrónico –y, de la misma manera, de la mensajería instantánea- también afecta al derecho fundamental a las comunicaciones cuando el proceso de comunicación no ha terminado, es decir, son objeto de la protección de este derecho los correos electrónicos enviados y recibidos no leídos y los mensajes en proceso de transferencia<sup>451</sup>. Se considera a la comunicación a través de correos electrónicos una modalidad de comunicación telefónica, ya que considerarlo como correspondencia implicaría citar al interesado para su “apertura”<sup>452</sup>.

---

<sup>448</sup> La Encuesta sobre Equipamiento y Uso de Tecnologías de Información y Comunicación en los Hogares del año 2018 del Instituto Nacional de Estadística señala que el 86,1% de la población de 16 a 74 años ha usado internet en los tres últimos meses y que el 72,1% lo hace a diario. Dentro de estos porcentajes, un 70,5 % de las mujeres y un 64,4% de los hombres utilizan Internet para participar en redes sociales y un porcentaje superior (79,3 % de mujeres y 81,1% de hombres) lo usan para recibir o enviar correos electrónicos. Véase nota de prensa en [https://www.ine.es/prensa/tich\\_2018.pdf](https://www.ine.es/prensa/tich_2018.pdf) (última visita 3 de noviembre de 2018).

<sup>449</sup> El propio TC afirma en su sentencia 70/2002, de 3 de abril que el 18.3 debe proteger las comunicaciones derivadas de los avances tecnológicos.

<sup>450</sup> Véanse las SSTs 985/2009, de 13 de diciembre; 173/2011, de 7 de noviembre; 142/2012, de 2 de julio; 342/2013, de 17 de abril; 587/2014, de 18 de julio; 97/2015, de 24 de febrero.

<sup>451</sup> En este sentido se ha pronunciado la STC 70/2002, de 3 de abril. LANZAROTE MARTÍNEZ clasifica los correos electrónicos en dos grupos, el primero de ellos compuesto por aquellos mensajes enviados pero no leídos, cuya interceptación sí afecta al derecho al secreto de las comunicaciones y, el segundo, integrado por los correos no enviados o por aquellos enviados, recibidos y leídos, que se enmarcan en la protección del derecho fundamental a la intimidad, en LANZAROTE MARTÍNEZ, P., “Intervenciones de las comunicaciones”, *Op. Cit.*, pp. 310-311. La STS 786/2015, de 4 de diciembre, determina que el acceso policial sin autorización policial a programas de mensajería instantánea de un ordenador intervenido no vulneraba el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones porque no se inmiscuía en un proceso de comunicación en marcha. En sentido contrario se pronuncia Rivero Sánchez-Covisa, quien considera a los correos electrónicos abiertos y archivados sujetos a la garantía constitucional del secreto de las comunicaciones, en RIVERO SÁNCHEZ-COVISA, F.J., *Revisión del concepto constitucional del secreto de las comunicaciones*, Dykinson, 2017, p. 86.

<sup>452</sup> LANZAROTE MARTÍNEZ, P., “Intervenciones de las comunicaciones”, *Op. Cit.*, p. 313 y, en el mismo sentido, la STS 931/2013, de 14 de noviembre.

La jurisdicción social se ha pronunciado profusamente en este asunto<sup>453</sup>, aunque, dígase con antelación, la jurisprudencia penal ha negado la extrapolación de la doctrina asentada en el ámbito laboral, pese a que los hechos penalmente reprochables objeto de enjuiciamiento son, en muchas ocasiones, más graves que los conocidos en el ámbito profesional<sup>454</sup>.

En ese sentido, la sala de lo social del el TSJ de Galicia se pronuncia sobre la nulidad de las transcripciones de “WhatsApp” que se adjuntan a la carta de despido que es recurrido. El tribunal entiende que la aportación es legítima porque la conversación privada es facilitada a la empresa por una de las intervinientes en la misma, lo que -siguiendo la jurisprudencia constitucional- no vulnera el secreto de las comunicaciones contemplado en el art 18.3 de la CE<sup>455</sup>.

En el mismo orden jurisdiccional, el TSJ de La Rioja enjuicia sobre un asunto similar en el que se justifica un despido de una trabajadora en el acoso que realizó a un compañero por medio del envío de una gran cantidad de mensajes a través de una aplicación de mensajería instantánea y que éste dio a conocer a la empresa. El TSJ entiende que ni se vulnera el derecho al secreto de las comunicaciones -pues es un miembro de la comunicación el que facilita esta-, ni tampoco el derecho a la intimidad de la recurrente -pues el contenido de los mensajes no afecta ni a la “vida íntima” de la emisora, ni a la del receptor-<sup>456</sup>.

En cualquier caso, es necesario diferenciar el contenido de una conversación de los datos de tráfico a ella asociada, esto es, aquella información de identificación de los medios de comunicación emisores y receptores que se generan como consecuencia de la conducción de una comunicación<sup>457</sup>. Estos datos son, por ejemplo, el número de teléfono emisor de una comunicación, el número de teléfono que recibe una llamada, una dirección postal, los datos de identificación de los medios de comunicación electrónica, nombre y dirección del abonado o usuario registrado de Internet, el IMS (*Mobile Subscriber Identity*), la identificación asignada del usuario de una cuenta de correo electrónico, su número de

---

<sup>453</sup> Sobre el particular, ROQUETA BUJ, R., “El derecho a la intimidad de los trabajadores y el control audiovisual del empresario”, en *La protección jurídica de la intimidad* (Dir. BOIX REIG; Coord. JAREÑO LEAL), Iustel, Madrid, 2010, pp. 405-462.

<sup>454</sup> Sobre el particular, véanse las SSTs 26 de septiembre de 2007; de 8 de marzo de 2011; de 6 de octubre de 2011; 528/2014, de 16 de junio y SSTC de 17 de diciembre de 2012; de 7 de octubre de 2013.

<sup>455</sup> STSJ Galicia 2432/2014, de 25 de abril.

<sup>456</sup> STSJ de La Rioja 14/2016, de 22 de enero.

<sup>457</sup> GIMENO SENDRA, V., “La prueba preconstituida de la policía judicial”, en VVAA., *Problemas actuales de la justicia penal* (Dir.: GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, N.), Colex, Madrid, 2013, p. 203.

teléfono, nombre, dirección y demás datos necesarios para identificar el destino de la comunicación, etc.

En relación a estos datos de tráfico, no es clara la protección constitucional que la regulación les brinda o la jurisprudencia les reconoce. Por un lado, parece que los datos de tráfico se ubican en el ámbito del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, lo que conlleva preceptiva autorización judicial para conocerlos<sup>458</sup>; por otro, se considera que estos datos no afecten al derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, si bien sí pueden quedar amparados por el derecho fundamental a la intimidad, por lo que la policía judicial puede solicitarlos sin intervención judicial<sup>459</sup>. La tendencia legislativa parece encaminarse hacia la no exigencia de autorización judicial para la cesión de datos de tráfico<sup>460</sup>.

---

<sup>458</sup> Así la STEDH Malone; STC 114/1984, de 29 de noviembre; 281/22006, de 9 de octubre; STJCE de 29 de enero de 2008 y SSTS 1219/2004, de 10 de diciembre; 130/2007, de 19 de febrero y 20 de mayo 2008. En este sentido, la solicitud al operador para conocer la identidad del titular de un número de teléfono debe provenir del juez ordinario, tal y como establece la *Ley 25/2007, de 18 de octubre, de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones* o por un Magistrado del TS cuando sea el Centro Nacional de Inteligencia quien solicite la intervención de comunicaciones, de acuerdo con la LO 2/2002, de 6 de mayo. Sobre el acceso al listado de llamadas sin previa autorización judicial, un sector de la jurisprudencia entiende que vulnera el artículo 18.3, vid. SSTS 1231/2003, de 25 de septiembre; 156/2008, de 8 de abril; 51/2009, de 29 de enero; 13 de mayo de 2010; SSTC 123/2002, de 20 de mayo; 230/2007, de 5 de septiembre. Sobre la naturaleza de las comunicaciones que se llevan a cabo peer to peer (P2P), LLORIA GARCÍA considera que el TS erra al establecer que no se necesita autorización judicial para rastrear los números IP porque considera que sí es un dato de tráfico que identifica al sujeto que realiza la comunicación, en LLORIA GARCÍA, P., “El secreto de las comunicaciones: su interpretación en el ámbito de los delitos cometidos a través de Internet. Algunas consideraciones”, en *La protección jurídica de la intimidad* (Dir. BOIX REIG; Coord. JAREÑO LEAL), Iustel, Madrid, 2010, p. 198. En el mismo sentido, FRÍGOLS I BRINES advierte que los teléfonos móviles, los ordenadores o los *pen drive* - en definitiva, los dispositivos tecnológicos- contienen información muy cuantiosa y sensible, cuyo acceso debiese protegerse con resolución judicial habilitante previa, pese a la errática evolución jurisprudencial sobre la materia y a que la CE no la prevea con respecto a la restricción del derecho a la intimidad, en FRÍGOLS I BRINES, E., “La protección constitucional de los datos de las comunicaciones: delimitación de los ámbitos de protección del secreto de las comunicaciones y del derecho a la intimidad a la luz del uso de las nuevas tecnologías”, en *La protección jurídica de la intimidad* (Dir. BOIX REIG; Coord. JAREÑO LEAL), Iustel, Madrid, 2010, pp. 66, 87.

<sup>459</sup> Aunque la cuestión no es pacífica, algunas sentencias consideran que conocer el listado de las llamadas efectuadas o recibidas y registradas en el interior de un determinado teléfono celular sin previa autorización judicial no vulnera el artículo 18.3 CE, v. gr. SSTS 316/2000, de 3 de marzo; 1235/2002, de 27 de junio; SSTC 70/2002, de; 142/2012, de 2 de julio; 115/2013, de 9 de mayo. GIMENO SENDRA considera que la intervención de los programas que no necesitan de servidor, como los P2P no afecta al derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, en GIMENO SENDRA, V., “Las intervenciones electrónicas y...”, *Op. Cit.* Con respecto a la captación del IMSI (el acrónimo de International Mobile Subscriber Identity, un código de identificación único para cada dispositivo de telefonía móvil, representado por una serie de algoritmos, que se integra en la tarjeta SIM y que permite su identificación a través de las redes GSM y UMTS), la STS 249/2008, de 20 de mayo considera que no vulnera el derecho al secreto de las comunicaciones.

<sup>460</sup> Vid. los artículos 588 ter l) y 588 ter m) LECrim, que prevén la obtención de un determinado número de abonado la titularidad de un número de teléfono o de cualquier otro medio de comunicación, o, en sentido inverso, el número de teléfono o los datos identificativos de cualquier medio de comunicación, sin necesidad de autorización judicial.

Los datos de tráfico pertenecen a la “privacidad”, con respecto a la cual el TEDH nunca ha podido establecer la exigencia de la reserva jurisdiccional, porque la mayoría de las legislaciones europeas contienen incluso, intervenciones administrativas de las comunicaciones<sup>461</sup>.

En este sentido, el acceso por parte de los agentes de la Policía Nacional, sin consentimiento del afectado y sin autorización judicial, a la relación de números telefónicos contenidos en la agenda de contactos telefónicos de un teléfono móvil (listado de números identificados mediante un nombre) encontrado por los agentes en el lugar de comisión de un delito no afecta al derecho al secreto de las comunicaciones del propietario de dicho aparato de telefonía, sino exclusivamente al derecho a la intimidad (art. 18.1 CE), que prevé cierta injerencia sin previa autorización judicial y sin consentimiento del afectado, siempre que exista la suficiente y precisa habilitación legal y se hayan respetado las exigencias dimanantes del principio de proporcionalidad<sup>462</sup>.

El Tribunal Supremo ha afirmado que el conocimiento de dichos datos identificadores de un determinado teléfono móvil no permite conocer ninguno de los citados elementos externos de las comunicaciones mantenidas a través del mismo, por lo que, en principio, dicho conocimiento no afecta propiamente al derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas. De hecho, rechaza su consideración como “datos de tráfico” y estima que su obtención no debe sujetarse a la normativa actual referida a la obtención de datos de tráfico producidos con ocasión de una comunicación electrónica, sino como datos de carácter personal relacionados con el art. 18.4 CE.

## 1.6. Derecho fundamental a la protección de datos

El derecho a la protección de datos, también conocido como derecho a la autodeterminación informativa<sup>463</sup> o *habeas data*, ha sido definido como la garantía que

---

<sup>461</sup> GIMENO SENDRA, V., “Las intervenciones electrónicas y...”, *Op. Cit.*, p. 7. GIMENO SENDRA defiende, en el mismo artículo, la posibilidad de que la adopción también la acuerde un órgano técnico, imparcial defensor de los derechos de los ciudadanos y de la legalidad constitucional al Ministerio Fiscal, al afectar a la privacidad, pero no al núcleo duro de la intimidad.

<sup>462</sup> Vid. STC 115/2013, de 9 de mayo; SSTS 316/2000, de 3 de marzo; 1235/2002, de 27 de junio; 1086/2003, de 25 de julio; 1231/2003, de 25 de septiembre; 449/2006, de 17 de abril; y 1315/2009, de 18 de diciembre; 493/2010, de 25 de abril; 444/2014, de 9 de junio.

<sup>463</sup> GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, F., “Legalidad de los mecanismos de barrido policial que permiten obtener los números IMEI/ IMSI de las tarjetas de telefonía móvil”, *Revista General de Derecho Procesal*, Nº 18, Iustel, [www.iustel.com](http://www.iustel.com), 2009, p. 11. Se afirma que el origen de esta expresión tiene su origen en la jurisprudencia alemana, vid. GUERRERO PICÓ, M.C., *El impacto de Internet en el Derecho Fundamental a la Protección de Datos de Carácter Personal*, Thomson Civitas-Aranzadi, Cizur Menor,

tiene toda persona física -no se reconoce para las personas jurídicas<sup>464</sup>- de control y disposición sobre sus datos personales frente a terceros y a los poderes públicos<sup>465</sup>. En palabras de PÉREZ GIL, el derecho a la protección de datos es “la facultad de un sujeto de decidir qué es lo que los demás conocen de él”<sup>466</sup>.

Aunque la CE no reconoce explícitamente este derecho, en la actualidad -y desde las relevantes SSTC 290/2000 y 292/2000<sup>467</sup>, ambas de 30 de noviembre- constituye un derecho fundamental autónomo enmarcado en el artículo 18.4 de la CE, con un desarrollo jurídico propio en la *Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales* (en adelante, LOPDGDD)<sup>468</sup>, que ha entrado en vigor recientemente y que sustituye a la *Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal* (en adelante, LOPD), sucesora,

---

2006, p. 187.

<sup>464</sup> GUERRERO PICÓ, M.C., *El impacto de Internet...*, *Op. Cit.*, pp. 222-223.

<sup>465</sup> ORTEGA GIMENEZ, A.; HEREDIA SÁNCHEZ, L.S., “Los archivos históricos y la protección de datos de carácter personal”, *Canelobre: Revista del Instituto Alicantino de Cultura “Juan Gil-Albert”* (ejemplar dedicado al cuidado de la memoria. Archivos de la provincia de Alicante), nº 58, 2011; p. 1.

<sup>466</sup> Vid. PÉREZ GIL, J., “Investigación penal y nuevas tecnologías: algunos de los retos pendientes”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, nº 7, 2005, p. 227. En un sentido similar, LUCENA CID lo refiere a “la facultad de toda persona para ejercer control sobre la información personal almacenada en medios informáticos tanto por las administraciones públicas como entidades u organizaciones privadas”, en LUCENA CID, I.V., “La protección de la intimidad en la era tecnológica: hacia una reconceptualización”, *Revista internacional de pensamiento político*, I época, volumen 7, 2012, p. 135; y GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO formula el derecho a la autodeterminación informativa como “el derecho de los ciudadanos a saber quién, cómo y cuándo se tiene información sobre uno mismo; dicho de otro modo, consiste en el derecho a elegir libremente al destinatario de la conversación y al testigo de la esfera privada, con especial cuidado de no incurrir en confusión alguna con el derecho al secreto de las comunicaciones, protector de la comunicación de interferencias de terceros ajenas a ella”, en GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO, M., “La prohibición constitucional del uso de cámaras ocultas en el marco del denominado periodismo de investigación”, *Derecom*, nº 10, Nueva Época, 2012, pp. 10-11.

<sup>467</sup> Esta sentencia señala que “el objeto de protección del derecho fundamental a la protección de datos no se reduce solo a los datos íntimos de la persona, sino a cualquier tipo de dato personal, sea o no íntimo, cuyo conocimiento o empleo por tercero pueda afectar a sus derechos sean o no fundamentales, porque su objeto no es solo la intimidad individual, que para ello está la protección que el art. 18.1 CE otorga, sino los datos de carácter personal” y que “persigue garantizar a esa persona el poder de control sobre sus datos personales, sobre su uso y destino, con el propósito de impedir su tráfico ilícito y lesivo para la dignidad y derecho del afectado”.

<sup>468</sup> Esta ley tiene por objeto adaptar el ordenamiento jurídico español al Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y el Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de sus datos personales y a la libre circulación de estos datos. El está actualmente ha sido recientemente aprobado por el Pleno. Se puede consultar el trámite parlamentario del Proyecto de Ley Orgánica de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales en el Congreso de los Diputados en la dirección [http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/Iniciativas?\\_piref73\\_2148295\\_73\\_1335437\\_1335437.next\\_page=/wc/servidorCGI&CMD=VERLST&BASE=IW12&FMT=INITXDSS.fmt&DOC=S=1-1&DOCORDER=FIFO&QUERY=%28121%2F000013\\*.NDOC.%29](http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/Iniciativas?_piref73_2148295_73_1335437_1335437.next_page=/wc/servidorCGI&CMD=VERLST&BASE=IW12&FMT=INITXDSS.fmt&DOC=S=1-1&DOCORDER=FIFO&QUERY=%28121%2F000013*.NDOC.%29) (última visita el 26 de octubre de 2018).

a su vez, de la *Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, Reguladora del Tratamiento Automatizado de Datos*<sup>469</sup>.

En su proceso de conceptualización, éste derecho fundamental se consideraba una ramificación del derecho a la intimidad, si bien, tienen finalidades distintas<sup>470</sup>. El derecho fundamental a la protección de datos sirve a los ciudadanos de garantía sobre el control del uso y destino de la información que pueda afectar a su persona<sup>471</sup> y va más allá del espectro de la intimidad. Así lo expresa el Fundamento Jurídico 4º de la STC 292/2000, de 30 de noviembre, que califica al derecho a la protección de datos como “un instituto de garantía de otros derechos, fundamentalmente el honor y la intimidad, pero también de un instituto que es, en sí mismo, un derecho o libertad fundamental, el derecho a la libertad frente a las potenciales agresiones a la dignidad y a la libertad de la persona provenientes de un uso ilegítimo del tratamiento mecanizado de datos, lo que la Constitución llama «la informática»“. La citada sentencia advierte, además, que el objeto del derecho a la protección de datos se refiere a cualquier tipo de dato personal que afecte a derechos -fundamentales o no- de terceros<sup>472</sup>.

También se ha planteado la relación de este derecho con el derecho de acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos que la CE reconoce en el artículo 105 b)<sup>473</sup>. De un tiempo a esta parte se observa la reivindicación la transparencia administrativa o la participación ciudadana en la conducción de los asuntos públicos como derecho fundamental, especialmente tras su desarrollo legislativo en la *Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen*

---

<sup>469</sup> ORTEGA GIMENEZ, A.; GONZALEZ MARTINEZ, J.A., “Protección de datos, secreto de las comunicaciones, utilización del correo electrónico por los trabajadores y control empresarial”, *Diario La Ley*, nº 7188, Sección Doctrina, Ed. La Ley, 2009, p. 2. Sobre el particular, GUERRERO PICÓ califica la inclusión del precepto cuarto en el artículo 18 de la CE (el artículo 18.4 CE establece que “La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos”) de un hito, en un momento, 1978, en el que sólo la Constitución portuguesa de 1976 hacía referencia a la utilización de la informática -apunta la autora, que el texto constitucional luso utiliza incluso técnica jurídica más depurada, dígase de paso- en su artículo 35 (“1. Todos los ciudadanos tienen derecho a tener conocimiento de lo que consta en registro mecanográficos respecto a ellos y del fin a que se destinan informaciones, pudiendo exigir la rectificación de los datos y su actualización. 2. La informática no puede ser utilizada para el tratamiento de datos referentes a convicciones políticas, fe religiosa o vida privada, salvo cuando se trate de procedimiento de datos no identificativos con fines estadísticas. 3. Está prohibida la atribución de un número nacional único a los ciudadanos”), en GUERRERO PICÓ, M.C., *El impacto de Internet...*, *Op. Cit.*, p. 135.

<sup>470</sup> LUCENA CID, I.V., “La protección de la intimidad...”, *Op. Cit.*, p. 135.

<sup>471</sup> ORTEGA GIMENEZ, A.; GONZALEZ MARTINEZ, J.A., “Entidades financieras, privacidad y protección de datos”, *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, nº 25, 2011, pp. 36-37.

<sup>472</sup> En este sentido, GUDE FERNÁNDEZ, A., “La videovigilancia laboral y el derecho a la protección de datos de carácter laboral”, *Revista de Derecho Político UNED*, nº 91, 2014, p. 53.

<sup>473</sup> GUERRERO PICÓ, M.C., *El impacto de Internet...*, *Op. Cit.*, p. 136.

*gobierno*. Resulta imprescindible señalar como antesala de esta regulación las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) *Társaság a Szabadságjogokért v. Hungary*, de 14 abril 2009<sup>474</sup>, *Kenedi v. Hungary*, de 26 mayo 2009<sup>475</sup> o *Youth Initiative for Human Rights v. Serbia*, de 25 de junio de 2013<sup>476</sup>, en las que se ha avanzado hacia el reconocimiento de este derecho de acceso a la información<sup>477</sup>.

Con respecto al derecho fundamental a la protección de datos, éste encuentra un primer reconocimiento jurisprudencial en la STC 254/1993, de 20 de julio, que otorgó amparo al recurrente que solicitaba ser informado de la existencia, finalidad e identidad del responsable de sus datos en la Administración del Estado o en organismos de ella dependiente<sup>478</sup>. El intérprete constitucional refiere el artículo 18.4 como “forma de respuesta a una nueva forma de amenaza concreta a la dignidad y a los derechos de las personas, de forma en último término no muy diferente a como fueron originándose e incorporándose históricamente los distintos derechos fundamentales”<sup>479</sup>.

Pese a que en estos primeros pronunciamientos jurisprudenciales se confunde el derecho a la autodeterminación informativa con la intimidad, acudiendo a la teoría enunciada de las esferas de HUBMANN y SEIDEL<sup>480</sup>, es posible ubicar esta garantía constitucional en la protección de la privacidad, que se encuentra en un marco más amplio al que encuadra el concepto de intimidad<sup>481</sup>.

---

<sup>474</sup> Sentencia disponible en <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-92171>.

<sup>475</sup> Sentencia disponible en <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-92663>.

<sup>476</sup> Sentencia disponible en <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-120955>.

<sup>477</sup> a mayor abundamiento, véase PIÑAR MAÑAS, J.L., “Transparencia y derecho de acceso a la información pública. Algunas reflexiones en torno al derecho de acceso en la ley 19/2013, de transparencia, acceso a la información y buen gobierno”, *Revista catalana de dret públic*, nº 49, 2014. Desde una perspectiva meramente divulgativa, se puede ahondar sobre el particular en el blog de Miguel Ángel Blanes Climent, <https://miguelangelblanes.com/2015/09/30/el-derecho-de-acceso-a-la-informacion-publica-es-un-derecho-fundamental/>.

<sup>478</sup> Pronunciamientos posteriores del Tribunal Constitucional relativos a este derecho fundamental - anteriores a las célebres sentencias 290 y 292/2000, de 30 de noviembre- son los realizados por las SSTC 143/1994, de 9 de mayo, referido a la legitimidad de la creación del Número de Identificación Fiscal (NIF) con respecto al artículo 18.4 y sus consecuencias con respecto a la automatización de datos personales; 11/1998, de 13 de enero; 33/1998, de 11 de febrero; 35/1998, de 11 de febrero; 45/1998, de 24 de febrero; 60/1998, de 16 de marzo; 77/1998, de 31 de marzo; 94/1998, de 4 de mayo; 104/1998, de 18 de junio; 105/1998, de 18 de junio; 106/1998, de 18 de junio; 123/1998, de 15 de junio; 124/1998, de 15 de junio; 125/1998, de 15 de junio; 126/1998, de 15 de junio; 1587/1998, de 13 de julio; 198/1998, de 13 de octubre; 223/1998, de 24 de noviembre; 30/1999, de 8 de marzo; 202/1999, de 8 de noviembre.

<sup>479</sup> STC 254/1993, de 20 de julio, FJ 6.

<sup>480</sup> GIMENO SENDRA, V., “Las intervenciones electrónicas y la policía judicial”, *Op. Cit.*

<sup>481</sup> Esta misma conclusión es compartida por CÓRDOBA CASTROVERDE y DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ cuando afirman que “la privacidad es más amplia que la vida íntima”, en CÓRDOBA CASTROVERDE, D. y DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., “Reflexiones sobre los retos...”, *Op. Cit.*, p. 104.

Para el análisis de la delimitación de este derecho fundamental, la LOPD definía su contenido esencial -el control, por parte de su titular de su información personal- y establecía dos circunstancias que permiten su restricción, por un lado, la previa información -expresa, precisa e inequívoca- de la recogida y destino de los datos al titular del derecho; y, por otro, la obtención de su consentimiento con respecto al tratamiento de sus datos personales.

En primer lugar, la exigencia de informar al titular del derecho a la protección de datos de su limitación consiste en darle a conocer qué datos personales se tratan -o se van a tratar-, con qué finalidad y el reconocimiento de los derechos de acceso, rectificación o cancelación, conocidos como “derechos ARCO” por sus iniciales<sup>482</sup>.

En segundo lugar, el consentimiento del titular como condición para la limitación de este derecho debe ser una manifestación libre e informada del tratamiento de los datos que afecten a su persona. Ello no obstante, el legislador ha entendido que, en determinadas materias como la laboral, el consentimiento puede entenderse implícito<sup>483</sup>.

El análisis de este derecho con respecto a la informática implica numerosas cuestiones de interés, debido a la gran cantidad de datos e imágenes de la vida privada personal y familiar que se incorporan voluntariamente a las redes sociales o que se asocian a correos electrónicos o a perfiles que se generan con el uso de Internet siempre que permitan, individualmente o en relación a otros datos, identificar al titular<sup>484</sup>. La jurisprudencia, por ejemplo, entiende la dirección IP como dato personal que identifica el ordenador o terminal, si bien para conocer la titularidad del usuario propietario se exige autorización judicial<sup>485</sup>.

---

<sup>482</sup> Véase artículo 5 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, que define el tratamiento de datos personales como “cualquier operación o procedimiento técnico, sea o no automatizado, que permita la recogida, grabación, conservación, elaboración, modificación, consulta, utilización, cancelación, bloqueo o supresión, así como las cesiones de datos que resulten de comunicaciones, consultas, interconexiones y transferencias”.

<sup>483</sup> Así, el artículo 6.2 de la LOPD.

<sup>484</sup> GUERRERO PICÓ, M.C., El impacto de Internet..., Op. Cit., pp. 416-519. Sobre la especial relevancia de los datos personales, es especialmente ilustrativo el titular y el contenido del artículo periodístico “El recurso más valioso del mundo ya no es el petróleo, sino los datos”, publicado en la edición inglesa del diario Economist, disponible en <https://www.economist.com/leaders/2017/05/06/the-worlds-most-valuable-resource-is-no-longer-oil-but-data> (última visita el 15 de febrero de 2018).

<sup>485</sup> SSTs 249/2008, de 20 de mayo; 236/2008, de 9 de mayo; 292/2008, de 28 de mayo; 680/2010, de 4 de julio; 16/2014, de 30 de enero.



La ingente cantidad de información personal que se almacena en Internet ha llevado a muchos ciudadanos a exigir, incluso por vía judicial, su borrado, lo que se conoce como el *derecho al olvido*<sup>486</sup>.

### 1.7. Derecho fundamental (en construcción) al propio entorno virtual

El derecho al propio entorno virtual o derecho a la privacidad del entorno virtual o digital es un derecho constitucional de nueva generación que protege la información en formato electrónico que, a través del uso de las nuevas tecnologías, ya sea de forma consciente o inconsciente, con voluntad o sin ella, va generando el usuario, hasta el punto de dejar un rastro susceptible de seguimiento por los poderes públicos<sup>487</sup>.

Lo característico del derecho a la protección del propio entorno virtual es el amparo global que otorga a estos datos contenidos en dispositivos tecnológicos reveladores del perfil personal del investigado configurando, así, un derecho constitucional de nueva generación que ampara de forma unitaria la información que venía protegiéndose de forma separada y con un régimen de protección diferenciado<sup>488</sup>.

La conceptualización de este derecho proviene de una sentencia del Tribunal Constitucional alemán en la que entendió insuficiente la protección constitucional del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones con relación al registro online de equipos informáticos cuando la información excede del contenido de una comunicación, por lo que creó el conocido como *Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme*<sup>489</sup>, enmarcado en el derecho fundamental

---

<sup>486</sup> CORDOBA CASTROVERDE, D. y Díez-PICAZO GIMÉNEZ, I., “Reflexiones sobre los retos de la protección... *Op. Cit.*, p. 102.

<sup>487</sup> SSTS 342/2013, de 17 de abril, FD 8º; 97/2015, de 24 de febrero, FD 4º; 204/2016, de 10 de marzo, FD 11º; 426/2016, de 19 de mayo, FD 7º.

<sup>488</sup> En este sentido, afirman las SSTS 342/2013, de 17 de abril; 97/2015, de 24 de febrero; 204/2016, de 10 de marzo; 426/2016, de 19 de mayo; 786/2015, de 4 de diciembre que “la ponderación judicial de las razones que justifican, en el marco de una investigación penal, el sacrificio de los derechos de los que es titular el usuario del ordenador, ha de hacerse sin perder de vista la multifuncionalidad de los datos que se almacenan en aquel dispositivo. Incluso su tratamiento jurídico puede llegar a ser más adecuado si los mensajes, las imágenes, los documentos y, en general, todos los datos reveladores del perfil personal, reservado o íntimo de cualquier encausado, se contemplan de forma unitaria. Y es que, más allá del tratamiento constitucional fragmentado de todos y cada uno de los derechos que convergen en el momento del sacrificio, existe un derecho al propio entorno virtual”.

<sup>489</sup> Se puede traducir como “derecho fundamental a la garantía de la confidencialidad e integridad de los equipos informáticos”.

a la Autodeterminación informativa para proteger la privacidad electrónica (*elektronische Privatsphäre*)<sup>490</sup>.

Se trata de un derecho fundamental de creación jurisprudencial que está actualmente en fase de asentamiento, que encuentra su legitimación en el derecho a la privacidad que reconoce el artículo 8 CEDH<sup>491</sup> y que engloba, por tanto, la protección de diversos derechos de diferente significado constitucional que pueden -y suelen- concurrir en un mismo dispositivo, como el derecho a la intimidad del artículo 18.1 CE -aplicable para la protección del listado de contactos o de fotografías, entre otros-, el derecho al secreto de las comunicaciones reconocido en el artículo 18.3 CE -garantía de las comunicaciones a través de sistemas de mensajería por ejemplo- o el derecho a la protección de datos que se ubica en el artículo 18.4 CE -que ampara, entre otros, los datos de geolocalización-<sup>492</sup>.

---

<sup>490</sup> ORTIZ PRADILLO, J.C., *Problemas Procesales de la...*, *Op. Cit.*, p. 178. Se puede consultar la *Bundesverfassungsgerichtsentscheidung* de 27 de febrero de 2008 en [http://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2008/02/rs20080227\\_1bvr037\\_007.html](http://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2008/02/rs20080227_1bvr037_007.html).

<sup>491</sup> Artículo 8 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, y enmendado por los Protocolos adicionales números 3 y 5, de 6 de mayo de 1963 y 20 de enero de 1966, respectivamente, ratificado por España el 4 de octubre de 1979: “1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás”.

<sup>492</sup> La STC 173/2011, de 7 de noviembre, afirma que “si no hay duda de que los datos personales relativos a una persona individualmente considerados (...) están dentro del ámbito de la intimidad constitucionalmente protegido, menos aún pueda haberla de que el cúmulo de la información que se almacena por su titular en un ordenador personal, entre otros datos sobre su vida privada y profesional (en forma de documentos, carpetas, fotografías, vídeos, etc.) -por lo que sus funciones podrían equipararse a los de una agenda electrónica-, no sólo forma parte de este mismo ámbito, sino que además a través de su observación por los demás pueden descubrirse aspectos de la esfera más íntima del ser humano. Es evidente que cuando su titular navega por Internet, participa en foros de conversación o redes sociales, descarga archivos o documentos, realiza operaciones de comercio electrónico, forma parte de grupos de noticias, entre otras posibilidades, está revelando datos acerca de su personalidad, que pueden afectar al núcleo más profundo de su intimidad por referirse a ideologías, creencias religiosas, aficiones personales, información sobre la salud, orientaciones sexuales, etc. Quizás, estos datos que se reflejan en un ordenador personal puedan tacharse de irrelevantes o livianos si se consideran aisladamente, pero si se analizan en su conjunto, una vez convenientemente entremezclados, no cabe duda que configuran todos ellos un perfil altamente descriptivo de la personalidad de su titular, que es preciso proteger frente a la intromisión de terceros o de los poderes públicos, por cuanto atañen, en definitiva, a la misma peculiaridad o individualidad de la persona. A esto debe añadirse que el ordenador es un instrumento útil para la emisión o recepción de correos electrónicos, pudiendo quedar afectado en tal caso, no sólo el derecho al secreto de las comunicaciones del art. 18.3 CE (por cuanto es indudable que la utilización de este procedimiento supone un acto de comunicación), sino también el derecho a la intimidad personal (art. 18.1 CE), en la medida en que estos correos o email, escritos o ya leídos por su destinatario, quedan almacenados en la memoria del terminal informático utilizado. Por ello deviene necesario establecer una serie de garantías frente a los riesgos que existen para los derechos y libertades públicas, en particular la intimidad personal, a causa del uso indebido de la informática así como de las nuevas tecnologías de la información”.

La jurisprudencia ha establecido la reserva jurisdiccional para limitar legítimamente el derecho al propio entorno virtual, en tanto en cuanto se exige una autorización jurisdiccional habilitante para el sacrificio de algunos de los derechos fundamentales que se protegen, como el de intimidad, el de secreto de las comunicaciones o el de inviolabilidad domiciliaria (recuérdese que la resolución judicial previa para acceder al domicilio debe motivar las razones para el registro de los aquellos dispositivos que allí se encuentran)<sup>493</sup>.

Esta idea tiene ya un reflejo normativo en la regulación procesal penal, en el Libro II, Título VIII, capítulo VIII de la LECrim, “registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información”, que contempla la exigencia de autorización judicial razonada para el acceso al contenido de ordenadores, instrumentos de comunicación, terminales de almacenamiento masivo de datos, o a repositorios telemáticos de datos. Todo ello sin perjuicio del registro por la Policía Judicial o el fiscal en caso de urgencia, en cuyo caso deberán informar al juez inmediatamente, y en todo caso dentro del plazo máximo de veinticuatro horas, de la actuación realizada, la forma en que se ha efectuado y su resultado, quién deberá, también de forma motivada, revocar o confirmar tal actuación en un plazo máximo de setenta y dos horas desde que fue ordenada la interceptación<sup>494</sup>. Esta legitimación normativa para casos de urgencia reduce la garantía jurisdiccional al excepcionar en estos supuestos el examen previo de proporcionalidad.

Ello no obstante, el TS ha afirmado que la protección de este derecho fundamental es susceptible de ampliación o reducción por el propio titular, de forma que, a modo de ejemplo, compartir documentos digitales en un dispositivo de almacenamiento masivo con varios usuarios o almacenar información personal sensible en un ordenador compartido, en el que varias personas usan una contraseña común implica un consentimiento tácito que difumina la frontera que define los límites entre lo íntimo y lo susceptible de conocimiento por terceros. También pueden darse usos compartidos de

---

<sup>493</sup> Así, la STS 426/2016, de 19 de mayo sostiene que “en consecuencia, el acceso a los contenidos de cualquier ordenador por los agentes de policía, ha de contar con el presupuesto habilitante de una autorización judicial. Esta resolución ha de dispensar una protección al imputado frente al acto de injerencia de los poderes públicos. Son muchos los espacios de exclusión que han de ser garantizados. No todos ellos gozan del mismo nivel de salvaguarda desde la perspectiva constitucional. De ahí la importancia de que la garantía de aquellos derechos se haga efectiva siempre y en todo caso, con carácter anticipado, actuando como verdadero presupuesto habilitante de naturaleza formal”.

<sup>494</sup> Vid. Arts. 588 sexies a) a 588 sexies c) LECrim. La STS 786/2015, de 4 de diciembre afirma que con esta nueva regulación “lo que el legislador pretende, por tanto, es que el Juez de instrucción exteriorice de forma fiscalizable las razones que justifican la intromisión en cada uno de los distintos espacios de exclusión que el ciudadano define frente a terceros”.

dispositivos de esa naturaleza en los que es preciso imponer reglas de autolimitación que salvaguarden el espacio de intimidad de cada uno de los usuarios, si bien pueden permanecer los derechos a la imagen y a la protección de datos<sup>495</sup>.

## **2. Obtención de la prueba tecnológica**

La prueba tecnológica puede obtenerse mediante diligencias de investigación, por las partes o por un tercero. En todos los casos deberá valorarse la posible vulneración de derechos fundamentales, lo que conllevaría, como se ha visto, la ilicitud de la prueba y su expulsión del proceso.

En atención a las diligencias de investigación resultan dignas de mención las introducidas con la reforma de la LECrim operada por la *L.O. 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* (en adelante, LO 13/2015) que ofrecen, al fin, un marco legal a prácticas policiales que venían produciéndose y que merecían una expresa regulación, pese a que la jurisprudencia ha ido señalando los límites de su práctica.

Adviértase que ni las pruebas tecnológicas se obtienen únicamente mediante diligencias de investigación tecnológicas (también pueden aportarse por la parte u obtenerse de otras diligencias no tecnológicas), ni las diligencias conocidas como tecnológicas aportan siempre tales pruebas (piénsese, por ejemplo, en que la grabación de comunicaciones orales puede no aportar más datos -o metadatos- que la propia conversación). Empero, la relevancia de estos nuevos actos de investigación y su estrecha relación con la prueba tecnológica, los hacen meritorios de un estudio pormenorizado.

En relación con la obtención de la prueba por las partes o por un tercero, no ha concurrido ninguna actualización normativa, si bien resulta relevante el análisis del régimen existente en los supuestos de obtención de pruebas tecnológicas.

### **2.1. Obtención de la prueba por la policía mediante diligencias de investigación**

En una primera aproximación, cabe entender por diligencias de investigación aquellos actos policiales tendentes al descubrimiento del hecho punible, su posible autoría y demás

---

<sup>495</sup> STS 287/2017, de 19 de abril.

circunstancias relevantes para su calificación y la determinación de culpabilidad de los investigados. Sirven, principalmente, al propósito de la preparación del juicio y el aseguramiento de las personas y las responsabilidades pecuniarias que de ellas puedan derivarse para que el Juez declare la apertura del juicio oral, en su caso, cuando existan indicios de racionalidad suficientes<sup>496</sup>.

Es fácil advertir que la incorporación de la tecnología al proceso no se ha limitado exclusivamente a las fuentes de prueba, sino que también ha visto su reflejo en los actos de investigación que han tenido, eso sí, un reconocimiento legislativo expreso<sup>497</sup>. En ese sentido, la LECrim incorpora expresamente en el Título VIII del Libro II cinco capítulos (además de otro con disposiciones comunes) en los que regula distintas diligencias de investigación tecnológica<sup>498</sup>. Aunque algunas de estas medidas vienen previstas conjuntamente en el mismo capítulo, se identifican las siguientes: la interceptación de comunicaciones telefónicas y telemáticas, la captación y grabación de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos, la utilización de dispositivos técnicos de seguimiento y localización, el uso de dispositivos de captación de la imagen, el registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información y los registros remotos sobre equipos informáticos<sup>499</sup>.

La incorporación de estos actos de investigación -en una de las tantas reformas que soportó esta decimonónica Ley en el año 2015<sup>500</sup>- merece una valoración positiva por

---

<sup>496</sup> Véase artículo 299 LECrim. En ese sentido, afirma ARMENTA DEU que “los actos de investigación no están encaminados a fundar una sentencia penal. Sólo los actos de prueba practicados en el juicio oral servirán de fundamento a la sentencia”, en ARMENTA DEU, T., *Lecciones de Derecho Procesal Penal* (quinta edición), Marcial Pons, 2010, p. 138.

<sup>497</sup> Como afirma PÉREZ GIL, “en la actualidad la investigación o es tecnológica o no es investigación”, en PÉREZ GIL, J., “Medidas de investigación tecnológica en el proceso penal español: privacidad vs. eficacia en la persecución”, en *Informatica giuridica e informatica forense al servizio della società della conoscenza. Scritti in onore di Cesare Maioli*, Ed. Aracne, 2018.

<sup>498</sup> La regulación de estas diligencias de investigación se ha llevado a cabo con la LO 13/2015, que las define expresamente como “tecnológicas” en su Preámbulo. Ello no obstante, RICHARD GONZÁLEZ pone de manifiesto que el adjetivo “tecnológico” se refiere a la utilización de instrumentos o procedimientos técnicos que también se puede predicar de diligencias tales como la dactiloscopia o la balística, en RICHARD GONZÁLEZ, M., “Conductas susceptibles de ser intervenidas por medidas de investigación electrónica. Presupuestos para su autorización”, *Diario La Ley*, nº 8808, 21 de julio de 2016, p. 4.

<sup>499</sup> Así, por ejemplo, la utilización de dispositivos técnicos de seguimiento y localización y la utilización de dispositivos técnicos de captación de la imagen se contemplan conjuntamente en el capítulo VII del Título VIII del Libro II LECrim.

<sup>500</sup> Una panorámica completa, aunque sintetizada, de las reformas de la LECrim acaecidas en el año 2015 puede consultarse en GIMENO BEVIÁ, J., “La agilización de la justicia penal y el refuerzo de las garantías procesales en las últimas reformas de la LECrim”, *Gabilex*, nº 2, junio 2015, pp. 105-129. Véanse también ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, J., “El nuevo proceso penal: valoración crítica de las reformas procesales de 2015”, *El nuevo proceso penal tras las reformas de 2015* (Dir. ALONSO-CUEVILLAS SAYROL), Atelier, Barcelona, 2016.

normativizar la práctica habitual de la Policía Judicial y, por tanto, precisar los márgenes legales<sup>501</sup>. Ello no obstante, y, como se desprenderá de la lectura de las siguientes líneas, se trata de una reforma que incorpora duplicidades y contradicciones que plantean no pocos interrogantes.

Así pues, la Ley de Enjuiciamiento Criminal ha regulado una serie de diligencias de investigación tecnológicas para las que ha elaborado un marco común general y subsidiario respecto a las regulaciones específicas. Esta previsión colectiva incluye los principios rectores que deben cumplir la autorización judicial habilitante, las exigencias necesarias para la petición al juez de la adopción de una medida de investigación tecnológica, los términos que debe contener la resolución del juez competente, la automaticidad de adopción del secreto de la causa, medidas generales sobre su duración y cese, los requisitos de la solicitud de prórroga, el control judicial del desarrollo de la medida, la posible afectación del acto de investigación a personas ajenas, los hallazgos casuales que puedan producirse y la regulación de destrucción de los registros originales y de sus copias<sup>502</sup>.

En este sentido, la LECrim obliga a que medie previa autorización judicial para acordar alguna medida de investigación tecnológica que respete los clásicos principios de necesidad, idoneidad y proporcionalidad en sentido estricto que venía exigiendo la

---

<sup>501</sup> Así lo habían puesto de manifiesto también los Tribunales, vid. En ese sentido las SSTS 155/2007, de 28 de febrero; 735/2013, de 10 de octubre; 495/2014, de 17 de junio.

<sup>502</sup> Aunque se tratan de disposiciones comunes, algunas de las diligencias tecnológicas a las que se refieren tienen una regulación específica incongruente con este marco general, como es el caso, por ejemplo, de la utilización de dispositivos técnicos de captación de la imagen en lugares públicos, que no necesita de autorización judicial. Tampoco se entiende que exista un precepto destinado al tratamiento común de la duración temporal de la medida que, en realidad, depende de las normas concretas de cada diligencia. VILLAGÓMEZ MUÑOZ atribuye estas discordancias a que esta reforma proviene de los Anteproyectos de Código Procesal Penal de 2011 y 2014, que no tenían estas disposiciones comunes, en la ponencia “Otras medidas de investigación limitativas de derechos reconocidos por el art. 18 CE. Referencia concreta a los dispositivos de seguimiento y localización”, realizada el 27 de abril de 2016 en el curso *La interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas*, p. 19, disponible en [https://www.fiscal.es/fiscal/PA\\_WebApp\\_SGNTJ\\_NFIS/descarga/Ponencia%20Villag%C3%B3mez%20Mu%C3%B1oz,%20Ana.pdf?idFile=1367353b-0fd9-4bab-8f57-36aad20dd137](https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Ponencia%20Villag%C3%B3mez%20Mu%C3%B1oz,%20Ana.pdf?idFile=1367353b-0fd9-4bab-8f57-36aad20dd137) (última consulta: 30/01/2018). RODRÍGUEZ LAINZ también pone de manifiesto que la deficiente redacción de los preceptos referidos al deber de colaboración de terceros en las diligencias de registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información y del registro remoto sobre equipos informáticos tiene su origen en la desacertada trasposición del Borrador de Anteproyecto de Código Procesal Penal de diciembre de 2012 a la reforma operada por la LO 13/2015, en RODRÍGUEZ LAINZ, J.L., “¿Podría un juez español obligar a Apple a facilitar una puerta trasera para poder analizar información almacenada en un iPhone 6?”, *Diario La Ley*, nº 8729, 28 de marzo de 2016, pp. 11-12.

jurisprudencia<sup>503</sup>, a los que añade los de especialidad y excepcionalidad como elementos rectores que deben inspirar su adopción<sup>504</sup>.

Las citadas disposiciones comunes de la norma adjetiva prevén que el Ministerio Fiscal o la Policía Judicial puedan solicitar autorización al juez de instrucción para la adopción de alguna diligencia tecnológica por medio de una petición que haga referencia expresa a la descripción del hecho objeto de investigación; la identidad del investigado o de cualquier otro afectado por la medida (si es conocida); las razones que justifican la medida de acuerdo a los principios rectores establecidos en el artículo 588 bis a); los indicios de criminalidad manifestados durante la investigación previa a la solicitud de autorización del acto de que se trate<sup>505</sup>; los datos de identificación del sujeto pasivo de la medida y los medios de comunicación empleados; la extensión de la medida y la especificación de su contenido; la unidad investigadora de la Policía Judicial que se hará cargo de la intervención; la forma de ejecución de la medida, su duración y el sujeto obligado que la llevará a cabo (si se conoce)<sup>506</sup>.

En consecuencia, la resolución judicial habilitante tendrá la forma de Auto motivado, acordado de oficio o a instancia de parte en el plazo máximo de veinticuatro horas desde

---

<sup>503</sup> Sobre los principios rectores exigidos jurisprudencialmente para la adopción de una medida de investigación véanse las SSTS 453/2010, de 1 de mayo; 561/2010, de 14 de junio; 796/2010, de 17 de septiembre; 1432/2011, de 16 de diciembre y la STC 123/2002, de 20 de mayo.

<sup>504</sup> El artículo 588 bis, letra a), LECrim recoge que los principios que deben inspirar la obtención de pruebas tecnológicas son los de especialidad, idoneidad, excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad de la medida.

<sup>505</sup> Sobre los indicios exigidos en el artículo 588 bis b), la STS 681/2017, de 10 de octubre afirma que deben ser “algo más que simples sospechas, pero también algo menos que los indicios racionales que se exigen para el procesamiento y que desde luego deben ser evaluados en la forma en que se presentan en el momento de adoptarse la decisión judicial, sin que pueda efectuarse la evaluación de la pertinencia de la decisión desde un juicio “ex post””, de acuerdo con la doctrina reiterada del Tribunal Constitucional en las SSTC 49/1999, de 5 de abril; 166/1999, de 27 de septiembre; 171/1999, de 27 de septiembre; 299/2000, de 11 de diciembre, FJ 4 ; 14/2001, de 29 de enero, FJ 5; 138/2001, de 18 de junio; 202/2001, de 15 de octubre; 167/2002, de 18 de septiembre; 184/2003, de 23 de octubre; 261/2005, de 24 de octubre; 220/2006, de 3 de julio; 195/2009 de 28 de septiembre o 5/2010 de 7 de abril. En el mismo sentido, el auto del TS 298/2017, de 26 de enero y las SSTS 1007/2016, de 24 de enero; 689/2016, de 27 de julio.

<sup>506</sup> En relación con la solicitud de autorización judicial a instancia de la Policía Judicial, hay que tener presente que el Juez es el director de la investigación y que la Policía Judicial no es parte en el proceso, de modo que este tipo de resoluciones no se dictan, en realidad, a instancia de la Policía, sino, más bien, de oficio por parte del Juez, que decide a partir de lo que le informen los agentes, tal y como advierte VEGAS TORRES, J., “Las medidas de investigación tecnológica”, *Nuevas tecnologías y derechos fundamentales en el proceso* (Coord. CEDEÑO HERNÁN), Aranzadi, Cizur Menor, 2017, p. 32. Sobre la cuestión CAVERO FORRADELLAS asegura que la adopción de oficio de medidas de investigación es poco común en la práctica, vid. su ponencia “La nueva regulación de las intervenciones telefónicas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal”, *Cit.*, pp. 27-28. En todo caso, ZOCO ZABALA advierte que la legitimación del Ministerio Fiscal o la Policía Judicial para solicitar la intervención de las comunicaciones supone una novedad, al margen de los casos de personas intervenidas sospechosas de actuación con bandas armadas o elementos terroristas, en ZOCO ZABALA, C., *Nuevas tecnologías y control de las comunicaciones*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015, p. 204.

que la Policía judicial o el Ministerio Fiscal presente la petición tras oír al Ministerio Público<sup>507</sup>. El juez podrá requerir, con interrupción del plazo máximo para resolver, una ampliación o aclaración de los términos de la solicitud<sup>508</sup>. Esta facultad del juez puede servir para garantizar que la autorización judicial resultante sea lo más acorde y garantista posible, evitando las nulidad de las pruebas obtenidas por medio de Autos con deficiencias en su motivación.

La resolución judicial que sea habilitante contendrá, *ex* artículo 588 bis c, referencia al hecho punible objeto de investigación y su calificación jurídica -con expresión de los indicios racionales en los que funde la medida-; la identidad de los investigados y de cualquier otro afectado por la medida -de ser conocido<sup>509</sup>-; la extensión de la injerencia en cuanto a su alcance y motivación; la unidad investigadora de Policía Judicial que se hará cargo de la intervención; su duración; la forma y la periodicidad con la que el solicitante informará al juez sobre los resultados; la finalidad perseguida y el sujeto obligado que la llevará a cabo, si se conoce (en cuyo caso se debe mencionar, cuando proceda, el deber de colaboración y de guardar secreto, bajo apercibimiento de incurrir en un delito de desobediencia)<sup>510</sup>. En el estudio comparado entre los requisitos exigidos para la solicitud de autorización judicial del artículo 588 bis b).2 y aquellos requeridos

---

<sup>507</sup> El plazo de veinticuatro horas que dispone el artículo 588 bis c para que el juez dicte resolución motivada sobre la solicitud de una medida de investigación tecnológica es ciertamente breve, dada la organización interna de las oficinas judiciales y la sobrecarga de trabajo que hay en los juzgados españoles. Sobre la saturación de los órganos judiciales, el Consejo General del Poder Judicial dispone de estadísticas de la congestión en los distintos órdenes jurisdiccionales, *vid.* <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/Estadistica-por-temas/Actividad-de-los-organos-judiciales/Juzgados-y-Tribunales/Indicadores-clave/>. En cualquier caso, la falta de medios materiales y personales no debe servir como pretexto para ampliar este límite previsto, si no, más bien al contrario, la exigencia de este plazo debe instar a una mayor provisión de plazas judiciales en aquellos partidos judiciales especialmente saturados.

<sup>508</sup> *Vid.* Artículo 588 bis c) LECrim.

<sup>509</sup> El artículo 588 bis h permite que se acuerden medidas de investigación aun cuando afecten a terceras personas y remite a las disposiciones específicas de cada diligencia para determinar los casos y las condiciones.

<sup>510</sup> Este precepto recoge las exigencias de la Circular 1/2013 de la Fiscalía General del Estado, sobre pautas en relación con la diligencia de intervención de las comunicaciones telefónicas, que dispone señala que “con carácter general y sin perjuicio de las modulaciones derivadas de las concretas circunstancias del caso, la resolución judicial motivada debe extenderse a los siguientes extremos: 1) los hechos investigados, o al menos, la parte de ellos respecto de los que es precisa la medida judicial; 2) la calificación jurídica de dichos hechos, esto es, el delito de que se trata 3) la imputación de dichos hechos y delito a la persona a quien se refiere la escucha; 4) la exteriorización de los indicios que el Juez ha de tener tanto sobre la persona como sobre el acaecimiento de los hechos constitutivos de delito; 5) el teléfono (o teléfonos) respecto del que se acuerda someter a escucha; 6) la relación entre el teléfono (o teléfonos) y la persona a quien se imputa el delito 7) el tiempo que habrá de durar la escucha, esto es, el plazo máximo de la intervención; 8) el período (o períodos) en los que se le debe dar cuenta al Juez del desarrollo de la escucha y de los resultados que se vayan obteniendo; 9) la persona o autoridad que solicita la medida o si se acuerda de oficio; 10) la persona o autoridad que llevará a cabo la intervención telefónica (SSTS nº 864/2005, de 22 de junio, 167/2002, de 18 de septiembre, 184/2003, de 23 de octubre)”.



para que consten en la resolución judicial por el precepto 588 bis 3, se observa una copia casi idéntica, lo que lleva a CAVERO FORRADELLAS a afirmar que se trata de una motivación por remisión en el que el juez instructor poco más tendrá que añadir a la solicitud<sup>511</sup>. Si bien es cierto que la jurisprudencia constitucional admite que la resolución judicial integre la solicitud policial<sup>512</sup>, el TS ha señalado que la motivación por remisión “se trata de una técnica jurisdiccional no modélica”<sup>513</sup>.

La LECrim también prevé un deber de colaboración sobre el sujeto obligado a llevar a cabo la medida, que se reconoce tanto en las disposiciones comunes -artículo 588 bis c), 2, h)-, como en la regulación específica de alguna diligencia tecnológica<sup>514</sup>, y que, de incumplirse, puede comportar un delito de desobediencia<sup>515</sup>.

Con respecto a los principios que debe observar la autorización judicial que limita los derechos fundamentales de los ciudadanos, es destacable que el propio precepto, además de enumerarlos, los define de acuerdo con la amplia jurisprudencia habida hasta la reforma del 2015 por la que se regulan las medidas de investigación tecnológica<sup>516</sup>.

Así, la autorización judicial para la adopción de una medida tecnológica cumple el principio de especialidad cuando se realiza en el marco de la investigación de un delito concreto por el que se haya iniciado un procedimiento penal. Esto es, en definitiva, rige la prohibición de actos de investigación de carácter prospectivo, como, por otra parte, ya venía admitiéndose jurisprudencialmente<sup>517</sup>.

---

<sup>511</sup> Vid. la ponencia “La nueva regulación de las intervenciones telefónicas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal” el día 27 de abril de 2016 en el curso *La interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas*, p. 33. Disponible en [https://www.fiscal.es/fiscal/PA\\_WebApp\\_SGNTJ\\_NFIS/descarga/Ponencia%20Cavero%20Forradellas,%20Gerardo.pdf?idFile=38380825-2079-4304-af21-40d9010e0ae9](https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Ponencia%20Cavero%20Forradellas,%20Gerardo.pdf?idFile=38380825-2079-4304-af21-40d9010e0ae9) (fecha de consulta: 25/01/2018).

<sup>512</sup> Véase, en este sentido, la STC 72/2010, de 18 de octubre.

<sup>513</sup> Así se refiere la STS 636/2012, de 13 de julio a la motivación por remisión ya ñade que “la autorización habilitante de la injerencia en el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones debería ser autosuficiente, sin necesidad de complemento argumental ajeno al razonamiento judicial. La resolución a que se refiere el art. 18.3 de la CE, debería alojar en sí todos los elementos justificadores del acto de intromisión de los poderes públicos en las conversaciones privadas”.

<sup>514</sup> Vid. artículo 588 ter e con respecto al deber de colaboración en la interceptación de comunicaciones telefónicas y telemáticas y artículo 588 septies b) para el registro remoto sobre equipos informáticos

<sup>515</sup> Vid. artículo 588 bis c), 2, h) LECrim.

<sup>516</sup> El artículo 588 bis a) LECrim referencia y describe los principios que deben guiar la autorización judicial habilitante para la adopción de una medida de investigación tecnológica de acuerdo con lo ya venía exigiendo la jurisprudencia en SSTs tales como las 453/2010, de 11 de mayo; /2010, de 14 de junio; /2010, de 17 de septiembre; 1432/2011, de 16 de diciembre; 644/2012, de 18 de julio, sin ánimo exhaustivo.

<sup>517</sup> La prohibición de las causas generales se ha sostenido en las SSTC 184/2003, de 23 de octubre, 261/2005, de 24 de octubre y las SSTS 695/2013, de 22 de julio; 689/2014, de 21 de octubre y, posteriormente a la reforma se ha reafirmado en la STS 675/2015, de 10 de noviembre.

Al mismo tiempo, la medida de investigación tecnológica se reputa idónea si es útil para el esclarecimiento de los hechos en función de tres parámetros: su extensión objetiva - esto es, que su práctica sea lo menos invasiva posible de derechos fundamentales afectados-, el ámbito subjetivo -es decir, que la afectación concierne al menor número posible de individuos- y su duración -que el periodo sea el mínimo necesario y siempre dentro de los plazos legalmente previstos-.

Además, la autorización para la adopción de este tipo de medidas está sujeta a los principios de excepcionalidad y necesidad, que vienen explicados conjuntamente en el artículo 588 bis a LECrim. Estos postulados se cumplen cuando no existen medidas útiles para el esclarecimiento del hecho menos gravosas para los derechos fundamentales del sujeto pasivo o cuando, sin su utilización, se dificulte gravemente el descubrimiento o la comprobación del hecho investigado, la determinación de su autor -o autores-, la averiguación de su paradero o la localización de los efectos del delito<sup>518</sup>.

Y, finalmente, la medida es proporcional cuando el beneficio de su adopción sea mayor para el interés público y de terceros que el sacrificio de los derechos e intereses afectados<sup>519</sup>. Resulta interesante que el propio artículo 588 bis, letra a) determine los criterios que sirven para ponderar el interés público, a saber, la gravedad del hecho, su trascendencia social o el ámbito tecnológico de producción, la intensidad de los indicios existentes y la relevancia del resultado perseguido con la restricción del derecho<sup>520</sup>.

---

<sup>518</sup> Vid. artículo 588 bis a 3. GONZÁLEZ-MONTES SÁNCHEZ indica que la justificación de la necesidad de la medida necesita de indicios que puedan atribuirse al sujeto pasivo de la medida y, en ese sentido, cierto grado de investigación previa, en GONZÁLEZ-MONTES SÁNCHEZ, J.L., “Reflexiones sobre el proyecto de Ley Orgánica de modificación de la LECrim para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológicas”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 17-06, 2015, p. 28.

<sup>519</sup> Sobre la proporcionalidad de las medidas de investigación existe una extensa y asentada jurisprudencia que identifica tres juicios, el de idoneidad, el de necesidad y el de proporcionalidad en sentido estricto (véase, sin ánimo exhaustivo, las SSTC 173/2011, de 7 de noviembre; 199/2013, de 5 de diciembre; 16/2014, de 30 de enero; 23/2014, de 13 de febrero; 43/2014, de 27 de marzo) y VEGAS TORRES indica que el criterio de proporcionalidad en sentido estricto es el equivalente a la exigencia prevista en el artículo 588 bis a 5 LECrim, en VEGAS TORRES, J., “Las medidas de investigación tecnológica”, *Op. Cit.*, p. 37. El TEDH también explica que el principio de proporcionalidad se cumple cuando la medida impugnada es “necesaria en una sociedad democrática”, de acuerdo con la relación entre el objetivo buscado y los medios empleados, tomando en consideración la existencia de una orden judicial basada en una sospecha razonable; el alcance limitado de la orden y garantías en su ejecución (véase las SSTDH Sher y otros c. el Reino Unido, de 20 de octubre de 2015 -disponible en <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-158032-> y Robathin c. Austria, de 3 de julio de 2012 -disponible en <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-111890->).

<sup>520</sup> Algunos de estos factores a considerar tienen su origen en resoluciones judiciales previas, como el de la gravedad de la pena (vid. STC 82/2002, de 22 de abril), la trascendencia social o el ámbito tecnológico de producción (vid. STC 104/2006, de 3 de abril) o la intensidad de los indicios (STC 26/2006, de 30 de enero), vid. la ponencia de RODRÍGUEZ LAINZ “Sobre la Ley Orgánica de modificación de la LECrim para el fortalecimiento de las garantías procesales: la regulación de las medidas de investigación tecnológica”, realizada el 05 octubre 2015 en la primera edición del curso *Técnicas de investigación del Ministerio Fiscal*,

Entre las normas que regulan las diligencias de investigación previstas en el Título VIII del Libro II de la LECrim, el artículo 588 bis d) dispone que, una vez acordada alguna de estas medidas instructoras, el Juez decreta una pieza secreta y separada para su desarrollo. Sin embargo, no resulta claro si se aperturan tantas piezas separadas como medidas se adopten –así parece desprenderse de la lectura del precepto- o si se sustanciarán todas en una sola, lo que facilitaría el control policial en el caso de la adopción de medidas complementarias.

En relación con la duración de la medida, el concreto lapso temporal vendrá motivado por las disposiciones correspondientes, si bien debe limitarse al tiempo imprescindible para el esclarecimiento de los hechos<sup>521</sup>. Nótese que hay diligencias no sujetas a un plazo determinado por su naturaleza puntual y no continua, como la captación y grabación de comunicaciones orales o el registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información. Para las que sí tienen un plazo previsto, las disposiciones comunes no se pronuncian sobre el momento a partir del cual se computa la medida, por lo que cabe aplicar el que se establece para la interceptación de comunicaciones telefónicas y telemáticas y venía entendiéndose desde la jurisprudencia, esto es, el *dies a quo* vendrá constituido por la fecha de la autorización judicial<sup>522</sup>.

En todo caso, transcurrido el plazo para el que se acordó la medida, cuando desaparezcan las circunstancias que justificaron su adopción o cuando no se estén obteniendo resultados esperados, cesarán sus efectos<sup>523</sup>. Ello no obstante, el Ministerio Fiscal o la Policía Judicial pueden solicitar al juez competente una prórroga de la medida de investigación con antelación a su expiración aportando un informe detallado de los resultados hallados y de las razones que justifican su continuación. El juez, mediante Auto motivado, resolverá en el plazo de dos días sobre esta cuestión, para lo que podrá solicitar

---

disponible en  
[https://www.fiscal.es/fiscal/PA\\_WebApp\\_SGNTJ\\_NFIS/descarga/ponencia%20Sr%20Rodriguez%20Lainz.pdf?idFile=b9f4cc67-da93-4aa5-8eee-1507857092b8](https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/ponencia%20Sr%20Rodriguez%20Lainz.pdf?idFile=b9f4cc67-da93-4aa5-8eee-1507857092b8) (fecha de consulta: 01/02/2018).

<sup>521</sup> Vid. Artículo 588 bis e) LECrim.

<sup>522</sup> Vid. las SSTS 956/2011, de 29 de julio; 1078/2011, de 24 de octubre; 1161/2011, de 31 de octubre; 1396/2011, de 28 de diciembre; 156/2012, de 29 de febrero; 144/2012, de 22 de marzo; 278/2012, de 3 de abril; 410/2012, de 17 de mayo; 521/2012, de 21 de junio; 621/2012, de 26 de junio; 88/2013, de 17 de enero; 33/2013, de 24 de enero; 165/2013, de 26 de marzo; 427/2013, de 10 de mayo; 506/2013, de 22 de mayo; 514/2013, de 12 de junio; 717/2013, de 1 de octubre; 746/2014, de 13 de noviembre; 841/2014, de 9 de diciembre; 34/2015; de 4 de febrero; 168/2015, de 25 de marzo; 504/2015, de 24 de julio; 85/2017, de 15 de febrero y las SSTC 205/2005, de 18 de julio; 26/2006, de 30 de enero y 68/2010, de 18 de octubre.

<sup>523</sup> Vid. artículo 588 bis j) LECrim. También hace referencia al cese de la medida el artículo 588 bis e, destinado a regular la duración de la misma, que indica que “transcurrido el plazo por el que resultó concedida la medida, sin haberse acordado su prórroga, o, en su caso, finalizada ésta, cesará a todos los efectos”.

aclaraciones o ulterior información<sup>524</sup>. La autoridad judicial también puede, de oficio, prorrogar la medida de investigación si subsisten las causas que motivaron su adopción. Y siempre que se acuerda una prórroga, ésta comienza en la fecha de expiración del plazo de la medida acordada inicialmente<sup>525</sup>. El Juez instructor que habilitó la medida de investigación tecnológica quedará encargado del control, desarrollo y resultados de la misma<sup>526</sup>.

Especial mención merece también la reciente regulación de los denominados hallazgos casuales, que pone fin a la anomia legislativa y recoge la prolija jurisprudencia existente sobre la materia que se venía produciendo. Sin embargo, es censurable que el único precepto de la LECrim que regula el descubrimiento de información sobre un hecho distinto al investigado, remita a la detención y apertura de correspondencia escrita y telegráfica. En definitiva, la nueva regulación sobre la cuestión se queda algo escueta.

Finalmente, el capítulo IV del Título VIII del Libro II de la LECrim prevé como norma común a las diligencias tecnológicas que, una vez finalizado el procedimiento por resolución firme, los tribunales dictarán las órdenes oportunas a la Policía Judicial para el borrado y eliminación de los registros originales que queden en los sistemas electrónicos e informáticos utilizados en la ejecución de la medida. Ello no obstante, el Letrado de la Administración de Justicia conservará una copia bajo su custodia<sup>527</sup>, que será también destruida por la Policía Judicial cuando hayan transcurrido cinco años desde que la pena haya sido ejecutada, cuando el delito o la pena hayan prescrito o cuando el juez decreta el sobreseimiento libre o dicte sentencia absolutoria firme respecto del

---

<sup>524</sup> CAVERO FORRADELLAS se refiere al plazo improrrogable de dos días dado al instructor para pronunciarse sobre la prórroga de una medida de investigación y alerta que la solicitud deberá contemplarse con antelación suficiente para evitar que, traspasadas las cuarenta y ocho horas sin resolución judicial, haya que solicitar *ex novo* el acto de investigación porque ya haya cesado porque haya finalizado el periodo por la que se aprobó, vid. su ponencia “La nueva regulación de las intervenciones telefónicas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal”, *Cit.*, pp. 31-32. El autor, además, deduce que este plazo se traduce en silencio negativo.

<sup>525</sup> Vid. artículo 588 bis f), 3 LECrim.

<sup>526</sup> Vid. artículo 588 bis g) LECrim.

<sup>527</sup> Cabe reparar en que el texto de la reforma se refiere al secretario judicial, cuando este Cuerpo ya había sufrido un cambio de denominación con la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, de modificación de la LOPJ.

investigado, siempre que no fuera precisa su conservación a juicio del Tribunal<sup>528</sup>. Sin embargo, nada se dice sobre la destrucción de las copias entregadas a las partes<sup>529</sup>.

En la misma línea y además de estas diligencias tecnológicas recogidas en el Título VIII del Libro II de la LECrim, es especialmente relevante la figura del agente encubierto, regulado previamente en su faceta física que ha ampliado su ámbito normativo a la esfera informática. Empero, dado que esta institución, tanto en su aspecto físico cuando informático, está regulado en el artículo 282 LECrim, no queda amparado bajo los principios generales de diligencias tecnológicas, como sería deseable<sup>530</sup>.

Con la finalidad de sistematizar las diligencias de investigación previstas en la citada normativa procesal y de analizar su posible injerencia sobre los derechos fundamentales de los ciudadanos, pueden diferenciarse en función de la obtención directa o remota de la prueba tecnológica. En primer lugar, en el estudio de las diligencias susceptibles de obtención directa, entre las que se encuentran la captación y grabación de comunicaciones orales, la utilización de dispositivos técnicos de captación de la imagen en lugares públicos, el registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información y el agente encubierto, procede analizar si la obtención se realiza en lugar cerrado, distinguiendo en el primeros de los casos si se trata, o no, de un domicilio, o de un lugar abierto. En segundo término, la obtención remota puede realizarse mediante el acceso al contenido público en la red, la intervención de las telecomunicaciones, la identificación de usuarios, terminales y dispositivos de conectividad, el uso de las balizas de

---

<sup>528</sup> Artículo 588 bis k LECrim. Adviértase que la norma parece referirse únicamente a los casos de sobreseimiento libre, pese a que RODRÍGUEZ LAINZ considera que esta la destrucción de estos soportes se refiere a los supuestos de sobreseimiento libre y provisional, en la ponencia “Sobre la Ley Orgánica de modificación de la LECrim para el fortalecimiento...”, *Cit.* El principio de destrucción de los registros obedece a una instaurada jurisprudencia europea apreciable en las SSTEDH de 14 de noviembre de 2012 (parágrafos 118 y ss.); caso Vinci Construction et GTM Genie Civil et Services c. Francia, de 2 de abril de 2015 y caso Sérvulo & Associados. Sociedade de Advogados c. Portugal, de 3 de septiembre de 2015. Como acertadamente apunta GIMENO BEVIÁ, “no es de recibo que las comunicaciones privadas permanezcan *per secula seculorum* al alcance de los miembros de la oficina judicial”, en GIMENO BEVIÁ, J., “Análisis crítico de la reforma de LECrim 2015”, *Revista Derecho y Proceso Penal*, Aranzadi, nº 40, octubre-diciembre 2015, p. 203, afirmación que se puede hacer extensiva a toda la información obtenida por estas medidas de investigación y no sólo a las comunicaciones.

<sup>529</sup> Esta acertada crítica expone VEGAS TORRES, J., “Las medidas de investigación tecnológica”, *Op. Cit.*, p. 47.

<sup>530</sup> También se manifiestan a favor de vincular las disposiciones de los principios rectores de las medidas de investigación tecnológica a la regulación del agente encubierto del artículo 282 bis LECrim CABEZUDO BAJO, M.J., “El uso de las tecnologías en la entrada y registro domiciliario: cambio en su concepción tradicional y nuevos retos en la protección de los derechos fundamentales afectados”, *Revista de derecho penal y criminología*, 3ª época, nº 15, enero 2016, p. 82 y ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, J., “El nuevo proceso penal: valoración crítica de las reformas ...”, *Op. Cit.*, p. 29, quien propone haber situado los artículos 588 bis a-k al inicio del Título VIII del Libro II para que sean comunes a todas las medidas de investigación limitativas de los derechos reconocidos en el artículo 18 de la Constitución.

seguimiento, la ampliación de un registro a la información ubicada en un servidor distinto al que se ha accedido, el registro remoto y la obtención de pruebas tecnológicas en el extranjero. Al estudio de todas estas situaciones se dedicarán las páginas que sigue.

### 2.1.1. Obtención directa de la prueba tecnológica

La obtención de fuentes de pruebas tecnológicas de forma directa exige que la policía judicial esté en pleno contacto con las mismas. En este sentido, resulta fundamental diferenciar el hecho relativo a si los actos de investigación tienen lugar en un espacio cerrado -y, de ser así, si tiene la consideración, o no, de un domicilio a efectos de la posible vulneración del artículo 18.2 CE- o en un espacio abierto.

Si la obtención exige la entrada en el domicilio de una persona física o jurídica o en otros lugares cerrados protegidos<sup>531</sup>, se requiere -como se ha expuesto *supra*- que concurra alguna de las tres circunstancias que permiten limitar el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio: consentimiento del titular de la vivienda<sup>532</sup>; que acaezca delito flagrante<sup>533</sup> o que se de la pertinente autorización judicial, por medio de Auto motivado<sup>534</sup>, que motive los indicios de que en el lugar se halla el investigado, los efectos o instrumentos del delito u otros elementos útiles para su investigación y enjuiciamiento<sup>535</sup>. Ello no obstante, la investigación por unos hechos susceptibles de ser tipificados como terrorismo o pertenencia a banda armada legitima la entrada de la Policía en un domicilio sin autorización judicial *ex ante*, si bien deberá comunicarlo al Juez competente de forma inmediata<sup>536</sup>.

---

<sup>531</sup> La LECrim amplía la protección del LECrim a otros espacios que no son domicilio, como son los edificios o lugares públicos (art. 547 LECrim), el palacio de cualquiera de los Cuerpos Colegisladores (art. 548 LECrim), templos y demás lugares religiosos (art. 549 LECrim), sitios Reales en que no se hallare el Monarca (artículo 557 LECrim) o edificios destinados a la habitación u oficina de los representantes de naciones extranjeras acreditados cerca del Gobierno de España (art. 569 LECrim).

<sup>532</sup> Véase el artículo 545 LECrim.

<sup>533</sup> El artículo 795 LECrim 1. 1º define el delito flagrante como aquel “que se estuviese cometiendo o se acabare de cometer cuando el delincuente sea sorprendido en el acto. Se entenderá sorprendido en el acto no sólo al delincuente que fuere detenido en el momento de estar cometiendo el delito, sino también al detenido o perseguido inmediatamente después de cometerlo, si la persecución durare o no se suspendiere mientras el delincuente no se ponga fuera del inmediato alcance de los que le persiguen. También se considerará delincuente in fraganti aquel a quien se sorprendiere inmediatamente después de cometido un delito con efectos, instrumentos o vestigios que permitan presumir su participación en él”.

<sup>534</sup> Véase artículo 558 LECrim.

<sup>535</sup> Así lo expresa el artículo 546 LECrim. Las SSTC 253/2006, de 11 de septiembre; 197/2009, de 28 de septiembre o 219/2009, de 21 de diciembre sostienen que las medidas de investigación restrictivas del derecho a la privacidad solo son válidas si se autorizan sobre la base de indicios objetivos y concretos de un delito, y no sobre meras hipótesis o sospechas generales.

<sup>536</sup> Vid. artículo 553 LECrim.

Un trato “directo” con la prueba tecnológica también conlleva, en muchas ocasiones, el acceso lugares cerrados que no tienen la consideración de domicilio, como, por ejemplo, un vehículo o dependencias policiales<sup>537</sup>; o, incluso, su obtención en espacios abiertos. En cualquier caso, estas diligencias de investigación de obtención directa de la prueba que no inciden directamente sobre espacios protegidos como el domicilio, pese a que no resultan tan intrusivas con respecto a la privacidad como aquellas, también afectan a derechos fundamentales de los ciudadanos, por lo que es necesario analizar su alcance. A continuación se analizarán las mencionadas diligencias, estudiando cuando proceda, si se realizan en lugar abierto o cerrado.

#### **2.1.1.1. Captación y grabación de las comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos técnicos**

De entre los actos de investigación relativos a la obtención directa de la prueba tecnológica, una primera diligencia es la captación y grabación de las comunicaciones orales del investigado con otras personas en uno o varios encuentros concretos predecibles por los investigadores generalmente conocidos como “escuchas ambientales”<sup>538</sup>. Esta diligencia, regulada en el capítulo VI del Título VII LECrim, consiste en la colocación y utilización de dispositivos electrónicos en la vía pública, en otro espacio abierto, en el domicilio del investigado o en cualesquiera otros lugares cerrados<sup>539</sup>.

Para la adopción de tal acto de investigación es necesario el cumplimiento de un triple requisito: en primer lugar, previa autorización judicial; en segundo lugar, que los hechos

---

<sup>537</sup> STC 145/2014, de 28 de octubre.

<sup>538</sup> Para CONDE-PUMPIDO la experiencia demuestra que las conversaciones que pueden ser objeto de esta diligencia se llevan a cabo de manera general en el mismo sitio sin previo aviso y que estos encuentros “concretos” se conocen con poca antelación temporal, lo que impide la instalación de los dispositivos necesarios y limita la adopción de la medida a supuestos previsibles por los investigadores, lo que conllevará su no solicitud. En este sentido, la Fiscal propone la posibilidad de la instalación de los dispositivos de grabación –con la preceptiva autorización judicial- que se activen remotamente para encuentros concretos posteriores, haciendo referencia al momento inicial y final de la grabación para un correcto control judicial de la medida, en CONDE-PUMPIDO, P., “Captación y grabación de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos”, ponencia dictada en el seminario “La interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas” celebrado por el Ministerio Fiscal el 27 abril 2016, pp. 4-5, disponible en: [https://www.fiscal.es/fiscal/PA\\_WebApp\\_SGNTJ\\_NFIS/descarga/Comunicaci%C3%B3n%20Conde-Pumpido%20Garc%C3%ADa,%20Paloma.pdf?idFile=b243d8eb-4156-4d93-82b0-ccffc6992aa4](https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Comunicaci%C3%B3n%20Conde-Pumpido%20Garc%C3%ADa,%20Paloma.pdf?idFile=b243d8eb-4156-4d93-82b0-ccffc6992aa4) (fecha de consulta: 29/01/2018).

<sup>539</sup> Previamente a la reforma de la norma procesal operada por la LO 13/2015, esta medida de investigación venía acordándose al amparo de la regulación prevista para la interceptación de las comunicaciones telefónicas y telegráficas del artículo 579 LECrim.

cuestionados sean constitutivos de unos delitos concretos -delitos dolosos castigados con pena con límite máximo de, al menos, tres años de prisión; delitos cometidos en el seno de un grupo u organización criminal o delitos de terrorismo-; y, en tercer lugar, que concurren sospechas fundadas de que la información recabada aportará datos de interés para el esclarecimiento de los hechos y la identificación de su autor<sup>540</sup>.

La nueva regulación, por tanto, contempla que la previa autorización judicial exigida para la escucha y grabación de comunicaciones orales contenga referencia a los siguientes elementos: el hecho punible objeto de investigación y su calificación jurídica, con expresión de los indicios racionales en los que se funde la medida; la identidad de los investigados y de cualquier otro afectado por la medida, de ser conocido; su extensión temporal, con expresa mención de su alcance y la motivación de acuerdo con los principios rectores de especialidad, idoneidad, excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad de la medida; la unidad investigadora de la Policía Judicial que se hará cargo de la intervención; la duración; la forma y la periodicidad con la que el solicitante informará al juez sobre los resultados de la injerencia; la finalidad perseguida con ella; el sujeto obligado que la llevará a cabo, en caso de conocerse (y, cuando proceda, referencia expresa al deber de colaboración y de guardar secreto, so apercibimiento de incurrir en un delito de desobediencia); el lugar o dependencias sometidos a vigilancia y los concretos encuentros del investigado que vayan a producirse y sobre los que la policía llevará a cabo la medida<sup>541</sup>.

Además, también es posible que la resolución judicial autorice expresamente la obtención de imágenes<sup>542</sup>. Esta previsión colisiona, en cierta manera, con la diligencia prevista en el artículo 588 quinquies a LECrim, que prevé la captación policial de imágenes en lugares públicos para facilitar la identificación de la persona investigada, localizar los

---

<sup>540</sup> Véanse los artículos 588 quarter, letras a) y b) LECrim. Sobre el último requisito –la previsión de que la adopción de esta diligencia aportará información para el esclarecimiento de los hechos y la identificación de su autor-, CABEZUDO BAJO refiere que se trata de una exigencia del principio de proporcionalidad, pese a que no lo recoge el artículo 588 bis a) 5, común a todas las diligencias de investigación tecnológicas del Título VIII del Libro II de la LECrim, en CABEZUDO BAJO, M.J., “El uso de las tecnologías en la entrada y registro domiciliario...”, *Op. Cit.*, p. 87.

<sup>541</sup> Vid. el artículo 588 quarter, letra c, LECrim que referencia las exigencias comunes para la resolución judicial del artículo 588 bis, letra c) LECrim.

<sup>542</sup> El apartado tercero del artículo 588 quarter, letra a), LECrim legitima la grabación de imágenes como complemento a la captación de las conversaciones, siempre que la autorización judicial lo habilite. La configuración de adicional que se le otorga a la obtención de imágenes ha conllevado que el precepto orientado a los presupuestos de esta diligencia sólo se refiera a las captación y grabación de comunicaciones, tal y como advierte CABEZUDO BAJO, M.J., “El uso de las tecnologías en la entrada y registro domiciliario...”, *Op. Cit.*, p. 83.



instrumentos o efectos del delito u obtener datos relevantes que esclarezcan los hechos controvertidos sin necesidad de autorización judicial<sup>543</sup>. Sin perjuicio del análisis detallado de este acto de investigación que se realiza posteriormente, puede avanzarse que del estudio conjunto de ambas diligencias parece desprenderse que, en la actualidad, la Policía judicial necesita previa autorización judicial expresa para la grabación de imagen y sonido en un espacio público y no para la captación exclusivamente policial de imágenes -sin sonido- en lugares públicos<sup>544</sup>.

El control de esta medida lo llevará a cabo la Policía con la puesta a disposición de la autoridad judicial del soporte original o copia electrónica auténtica de las grabaciones (e imágenes, en su caso) y con la transcripción de las conversaciones que considere de interés, con expresa identificación de todos los agentes que participaron en la ejecución y seguimiento de la medida<sup>545</sup>.

Esta medida cesará cuando desaparezcan las circunstancias que justificaron su adopción o resulte evidente que no sirve para la obtención los resultados pretendidos, y, en todo caso, cuando haya transcurrido el plazo para el que hubiera sido autorizada<sup>546</sup>.

La captación y grabación de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos prevista en el capítulo VI del Título VIII del libro II de la LECrim es también susceptible de incidir en el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio. Si bien es cierto que la afectación de dicho derecho es clara si la Policía accede al domicilio para colocar los aparatos de escucha y grabación -para lo que se exige resolución habilitante que motive la procedencia del acceso al domicilio-, no lo es menos que ha sido objeto de debate la licitud de tal acto con respecto al artículo 18.2 CE cuando se lleva a cabo desde el exterior con aparatos técnicos (piénsese, por ejemplo, drones, prismáticos con visión ampliada, aparatos que captan y amplifican el sonido, ...) que

---

<sup>543</sup> Sobre el particular, CONDE-PUMPIDO subraya que la limitación del secreto de las comunicaciones con la grabación de las mismas sólo puede venir dada por medio de autorización judicial, pero la ampliación de esta exigencia a la grabación de imágenes se contraponen a la práctica habitual hasta el momento, que se amparaba en el artículo 282 de la LECrim para legitimar la grabación de imágenes en espacios públicos sin necesidad de previa resolución judicial, en CONDE-PUMPIDO, P., “Captación y grabación de comunicaciones orales...”, *Cit.*, p. 6.

<sup>544</sup> Así lo interpreta también CONDE-PUMPIDO, P., “Captación y grabación de comunicaciones orales...” *Op. Cit.*, pp.13-14.

<sup>545</sup> CONDE-PUMPIDO señala que el requisito que exige indicar qué agentes han participado en la ejecución y seguimiento de la medida, además de que únicamente se ha previsto para esta medida, resulta innecesario, no aporta ninguna garantía adicional para los derechos fundamentales en juego y significa un incremento del trabajo burocrático que desvela un desconocimiento del funcionamiento instructor por parte del legislador, en CONDE-PUMPIDO, P., “Captación y grabación de comunicaciones orales...”, *Cit.*, p. 12.

<sup>546</sup> Vid. artículo 588 bis j) LECrim, común a todas las diligencias de investigación tecnológicas.

otorgan acceso a que lo que tiene lugar en el interior del domicilio<sup>547</sup>. En todo caso, el artículo 588 quarter a) LECrim exige que la entrada a un domicilio u otro espacio destinado al ejercicio de la privacidad venga provista de la necesaria resolución habilitante que extienda su motivación a la procedencia del acceso a estos lugares<sup>548</sup>.

### **2.1.1.2. Captación de la imagen en lugares y espacios públicos mediante la utilización de dispositivos técnicos**

Otra diligencia susceptible de incardinarse en la categoría de obtención directa de la prueba tecnológica es la captación de la imagen por medio de dispositivos técnicos que regula el capítulo VII del Título VIII del Libro II, conjuntamente con la utilización de dispositivos o medios técnicos de seguimiento y localización<sup>549</sup>. El artículo 588 quinquies LECrim, letra a), permite a la policía judicial la obtención y grabación de imágenes de la persona investigada en lugares o espacios públicos, por cualquier medio técnico que facilite su identificación, para localizar los instrumentos o efectos del delito u obtener datos relevantes que sirvan al esclarecimiento de los hechos<sup>550</sup>.

Cabe reparar, eso sí, en que nada se dice con respecto a la duración de esta medida, por lo que habrá que estar a las disposiciones comunes de a las diligencias de investigación tecnológica, que disponen que el concreto lapso temporal vendrá limitado al tiempo imprescindible para el esclarecimiento de los hechos.

Aunque que la mayor parte de estas medidas de investigación tecnológica necesitan de autorización judicial habilitante porque afectan a derechos fundamentales de los investigados e, incluso, de terceros, se ha articulado dispensa de esta orden judicial habilitante para la utilización de dispositivos técnicos de captación de la imagen cuando se lleva a cabo en lugares públicos. Tal es así, que esta medida es legítima incluso aunque

---

<sup>547</sup> Tanto el Tribunal Constitucional, cuanto el Tribunal Supremo, han entendido que sí se vulnera el derecho a la inviolabilidad del domicilio cuando, con el uso de instrumentos técnicos, se accede a lo que acaece dentro del domicilio sin autorización judicial en lo que se ha denominado como “intromisión virtual”, vid. SSTC 22/1984, de 17 de febrero; 22/2003, de 10 de febrero y STS 329/2016 de 20 de abril.

<sup>548</sup> También el artículo 588 quarter c LECrim se refiere a que la resolución judicial habilitante ha de mencionar el lugar o las dependencias sometidas a vigilancia. Este precepto determina que la resolución judicial que autorice la captación y grabación de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos debe contener una mención concreta al lugar o dependencias y a los encuentros del investigado que van a ser sometidos a vigilancia y las exigencias reguladas en el artículo 588 bis c) LECrim; lo que obliga a la lectura de precepto para su completa interpretación.

<sup>549</sup> Resulta curiosa la ordenación de estas dos diligencias, que poco tienen en común, en un mismo capítulo.

<sup>550</sup> DURÁN SILVA destaca que la investigación policial no requiere de previa autorización previa, en DURÁN SILVA, C.M., “Aspectos procesales de la videovigilancia practicada por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado”, *La Ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, nº 126, 2017.

afecte a personas diferentes del investigado cuando no exista otro modo útil de vigilancia o cuando existan indicios fundados de la relación de dichas personas con el investigado y con los hechos objeto de la investigación<sup>551</sup>.

Si bien es cierto que esta norma es fruto de la extensa jurisprudencia que, tiempo atrás ya admitía la grabación en lugares públicos sin necesidad de autorización judicial<sup>552</sup>, cabe plantearse si esta decisión legislativa afecta a algún derecho fundamental. En ese sentido, puede sostenerse que la grabación de imágenes por parte de la Policía sin autorización judicial en la vía pública u otro espacio abierto es lícita si se dirige a la vigilancia, el registro o el seguimiento de sospechosos de cometer actividades delictivas<sup>553</sup>. Ello no obstante, la jurisprudencia ha advertido, en numerosas ocasiones, que la filmación o la visualización de un espacio privado desde espacios públicos por parte de las Fuerzas y Cuerpos de seguridad no está justificada sin autorización judicial cuando existan “obstáculos” que el propio titular de la vivienda haya instalado para dificultarles la visión<sup>554</sup>.

Esta regulación difiere de lo dispuestos en *Ley Orgánica 4/1997, de 4 de agosto, por la que se regula la utilización de videocámaras por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en lugares públicos* que exige la obtención de una autorización judicial para la grabación con una finalidad preventiva dirigida a una pluralidad de destinatarios<sup>555</sup>. En este sentido, las FFCCSS necesitan de previa autorización judicial para la grabación indiscriminada de imágenes en lugares públicos, pero no es preceptiva cuando la captación de imágenes en la vía pública u otro espacio abierto se dirija a la vigilancia, el registro o el seguimiento de sospechosos de cometer actividades delictivas.

### **2.1.1.3. Registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información**

Una tercera medida de investigación que permite la obtención directa de la prueba tecnológica es el registro y la incautación de los datos obrantes en dispositivos de

---

<sup>551</sup> Vid. artículo 588 quinquies a), apartado segundo LECrim.

<sup>552</sup> SSTS 6 de mayo de 1993; 7 de febrero de 1994; 6 de abril de 1994; 21 de mayo de 1994; 18 de diciembre de 1995; 27 de febrero de 1996; 5 de mayo de 1997; 968/1998, de 17 de julio; 188/1999, de 15 de febrero; 14 de octubre de 2002.

<sup>553</sup> Así se han pronunciado las SSTS 6 de mayo de 1991; 21 de mayo de 1994; 913/1996, de 25 de noviembre; 354/2003, de 13 de marzo.

<sup>554</sup> Así las STS 453/1997, de 15 de abril; 245/1999, de 18 de febrero.

<sup>555</sup> Un estudio pormenorizado de la cuestión en DURÁN SILVA, C.M., *La videovigilancia en el proceso penal: tratamiento procesal y eficacia probatoria*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017.

almacenamiento masivo de información para la localización de evidencias digitales del delito investigado<sup>556</sup>. El análisis de esta diligencia de investigación requiere de la distinción entre dos hitos: de un lado, la aprehensión o incautación de un dispositivo tecnológico -véase un *pen-drive*, una *Tablet*, un ordenador o un teléfono móvil- y, de otro, el registro de su contenido.

Se evitará la incautación de los soportes físicos que contengan los datos o archivos informáticos cuando ello pueda causar un grave perjuicio a su titular o propietario y sea posible la obtención de una copia de ellos en condiciones que garanticen la autenticidad e integridad de los datos<sup>557</sup>.

Sí se aprehenderán estos soportes cuando constituyan el objeto o instrumento del delito (cuando tenga la consideración de cuerpo del delito -es decir, la cosa objeto de la infracción penal o contra la que se ha dirigido el hecho punible, como pueda ser el teléfono móvil sustraído-, de instrumento del delito -esto es, los medios u objetos a través de los cuales el autor ha llevado a cabo la comisión de la infracción penal, como, por ejemplo, un ordenador desde el que ha enviado un virus-, o bien, de pieza de convicción -entendida como los objetos, huellas y vestigios que, aunque no constan en las dos categorías anteriores, tienen relación con el delito y es posible que sirvan de prueba o indicio en la comprobación de la existencia, autoría o circunstancias del hecho punible -por ejemplo, el móvil desde el que ha publicado un contenido en Internet susceptible de ser considerado delictivo-), o existan otras razones que lo justifiquen<sup>558</sup>.

Nótese que si la incautación o aprehensión de un dispositivo tecnológico se realiza en el marco de una entrada y registro domiciliario, requerirá de autorización judicial especial (o consentimiento del titular de la vivienda o concurrencia de delito flagrante). La LECrim contempla que el Juez competente (o el exhortado si se realiza en otra demarcación territorial) lleve a efecto la entrada y el registro, si bien podrá delegarlo a cualquier autoridad o agente policial. Sí se exige, obligatoriamente, la presencia del Letrado de la Administración de Justicia -quien levantará acta-, del interesado y dos testigos o un individuo de su familia mayor de edad<sup>559</sup>. El registro se lleva a cabo por el día o, si concurren razones de urgencia y así si lo establece el auto judicial, por la noche.

---

<sup>556</sup> Artículos 588 sexies, letras a-c LECrim.

<sup>557</sup> Así se desprende del artículo 588 sexies c) 2 LECrim.

<sup>558</sup> Vid. Apartado segundo del art. 588 sexies c) LECrim.

<sup>559</sup> Artículo 569 LECrim.

Si el dispositivo se encuentra en un lugar cerrado no considerado íntimo o en un espacio abierto, no existe, en la actualidad, una regulación legal expresa para tal supuesto, si bien la jurisprudencia ha admitido la licitud de la obtención de terminales móviles, ordenadores portátiles, tabletas o dispositivos almacenadores de memoria cuando sea proporcional o en supuestos de flagrancia, con autorización judicial *ex post*<sup>560</sup>, de acuerdo con los presupuestos para la injerencia del derecho a la intimidad<sup>561</sup>. En tales casos, los agentes pondrán en conocimiento del juez la incautación de tales efectos para que otorgue la correspondiente autorización si considera indispensable el acceso a la información albergada en su contenido<sup>562</sup>.

En relación con el examen de los datos contenidos en un dispositivo de almacenamiento masivo de información, dicho acto debe someterse necesariamente al régimen de la previa autorización judicial específica o consentimiento del investigado, sin perjuicio de la actuación de la Policía Judicial en los supuestos de urgencia<sup>563</sup>.

Estos supuestos de urgencia requieren que la Policía informe por escrito al juez competente con expresa mención de la actuación realizada, las razones que la han justificado, la forma en que se ha efectuado y su resultado -inmediatamente y, como máximo, en el plazo de veinticuatro horas- para que confirme o revoque la actuación, de forma motivada, en un periodo máximo de setenta y dos horas desde su adopción (a contar desde que se efectuó el registro)<sup>564</sup>.

---

<sup>560</sup> VELASCO NÚÑEZ, E., “Investigación procesal penal de redes, terminales, dispositivos informáticos,...”, *Op. Cit.*, p. 10.

<sup>561</sup> Vid. STC 70/2002, de 3 de abril. DELGADO MARTÍN, J., “Investigación del entorno virtual: el registro de dispositivos digitales tras la reforma por LO 13/2015”, *Diario La Ley*, Nº 8693, Sección Doctrina, 2 de febrero de 2016, Editorial LA LEY, pp. 10-11, sostiene que la exigencia de autorización judicial expresa para la incautación de pruebas tecnológicas también es aplicable a aquellos casos en los que la aprehensión de los ordenadores, instrumentos de comunicación o dispositivos de almacenamiento masivo o el acceso a repositorios telemáticos de datos se realice en un lugar cerrado con independencia de que le acompañe un registro domiciliario, todo ello sin perjuicio de la actuación de la Policía Judicial en los supuestos extraordinarios de urgencia.

<sup>562</sup> Véase art. 588 sexies, letra b). Además, adviértase que la diligencia realizada en un lugar cerrado no constitutivo de domicilio debe ser realizada con pleno sometimiento a los requisitos de legalidad ordinaria contenidos en los arts. 546 y ss. LECrim., entre las que cabe destacar la autorización judicial (art. 546 LECrim) y la presencia del interesado (art. 569 LECrim).

<sup>563</sup> El artículo 588 sexies c LECrim, apartado cuarto permite el examen directo de los datos contenidos en el dispositivo incautado por parte de la Policía Judicial en los casos de urgencia en que se aprecie un interés constitucional legítimo que haga imprescindible la medida.

<sup>564</sup> El artículo 588 sexies, letra c) prevé el registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información por parte de la Policía Judicial en supuestos de urgencia en los que se aprecie un interés constitucional legítimo, tanto si estos son aprehendidos en un registro domiciliario, como fuera de él; si bien la norma exige que se comunique posteriormente por escrito la adopción de la medida al Juez correspondiente dejando constancia de los motivos, la forma y el resultado de la misma.

Así, la práctica de un registro domiciliario permite a los agentes intervinientes el registro de todas las dependencias y pertenencias que consten en su interior, pero no legitima el acceso a la información contenida en los dispositivos de almacenamiento masivo aprehendidos, porque para ello se requiere de autorización expresa y razonada del juez instructor<sup>565</sup>. En este sentido, si es previsible el hallazgo de tales dispositivos durante el registro domiciliario (y se entiende necesario su examen), podrá incluirse, en una misma resolución judicial, ambas autorizaciones -la de acceso al domicilio y la de acceso al contenido de los datos ubicados en unidades de almacenamiento masivo-, con motivación individualizada. Si, por el contrario, este registro no se prevé en el auto de entrada en el domicilio, el órgano judicial podrá dictar una segunda resolución que contenga la necesaria habilitación prevista en el artículo 588 sexies c<sup>566</sup>.

Esta resolución judicial habilitante para el registro del contenido de los dispositivos de almacenamiento masivo de información expresará los términos y su alcance, así como las condiciones y garantías de su preservación que posibiliten la práctica de un posterior dictamen policial<sup>567</sup>. La delimitación del objeto de la injerencia se torna, en la práctica,

---

<sup>565</sup> Vid. artículo 588 sexies, letra a) LECrim. Este precepto exige justificación motivada en la autorización judicial con respecto a la aprehensión de ordenadores, instrumentos de comunicación telefónica o telemática o dispositivos de almacenamiento masivo de información digital, o el acceso a repositorios telemáticos de datos, a fin de individualizar la ponderación judicial de la limitación de los diversos derechos fundamentales afectados. Con anterioridad a la inclusión de esta medida operada por el artículo diecisiete 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*, la jurisprudencia entendía que la autorización judicial para la entrada en el domicilio del investigado amparaba cualquier otro acto de injerencia como la aprehensión de todos aquellos soportes de información que pueda encontrarse en el interior de la vivienda al entender que el registro de libro y papeles y recogida de otros efectos e instrumentos del delito incluía también el registro de estos instrumentos -véanse las SSTS 4745/2002, de 27 de junio; 2809/2008, de 14 de mayo; 691/2009, de 5 de junio-. El TS ha comenzado ya a adoptar esta exigencia, diversa al criterio histórico, vid. STS 786/2015, de 4 de diciembre.

<sup>566</sup> Vid. artículo 588 sexies, letra c) LECrim. La necesidad de motivar judicialmente el acceso al contenido de los dispositivos tecnológicos de manera diferenciada a la justificación que habilite el registro del domicilio ha sido puesto de manifiesto, antes y después de la reforma, por las SSTS 985/2009, de 13 de diciembre; 342/2013, de 17 de abril; 587/2014, de 18 de julio y 97/2015, de 24 de febrero.

<sup>567</sup> A estos requisitos previstos en el artículo 588 sexies c) LECrim habrá que añadir las exigencias comunes a todas las diligencias de investigación reguladas en el capítulo IV del título VIII del Libro II de la LECrim, que contempla que la autorización judicial se sujete a los principios de especialidad, idoneidad, excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad en la medida y que concrete, al menos, el hecho punible objeto de investigación y su calificación jurídica, la identidad de los investigados y de cualquier otro afectado por la medida, de ser conocido, la extensión de la medida de injerencia, especificando su alcance, la unidad investigadora de Policía Judicial que se hará cargo de la intervención, la duración de la medida, la forma y la periodicidad con la que el solicitante informará al juez sobre los resultados de la medida, la finalidad perseguida y 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. En atención al cumplimiento del principio de proporcionalidad, CABEZUDO BAJO critica que las disposiciones específicas de esta medida de investigación no definan unos delitos concretos ni exijan que la resolución judicial se motive en atención a la probabilidad de éxito del fin perseguido, en CABEZUDO BAJO, M.J., "El uso de las tecnologías en la entrada y registro domiciliario...", *Op. Cit.*, p. 91.

algo complicada porque, si bien en ocasiones sí es posible conocer qué elementos se quieren examinar, lo habitual será examinar todos los archivos para determinar su relación con el objeto de la injerencia<sup>568</sup>.

Como se ha visto, el acceso a la información contenida en los dispositivos de almacenamiento masivo aprehendidos tiene las mismas garantías si se realiza dentro o fuera de un domicilio, por lo que pueden regularse de manera conjunta<sup>569</sup>.

Con respecto al registro del contenido de dispositivos, el último apartado del artículo 588 sexies c) permite que tanto las autoridades, cuanto los agentes encargados de la investigación ordenen a cualquier persona que conozca el funcionamiento del sistema informático o las medidas aplicadas la protección de los datos informáticos contenidos en el mismo -excepto al investigado o encausado, a las personas que están dispensadas de la obligación de declarar por razón de parentesco y a aquellas que, de conformidad con el artículo 416.2, no pueden declarar en virtud del secreto profesional- que facilite la información necesaria cuando ello no suponga una carga desproporcionada para el afectado, so apercibimiento de incurrir en delito de desobediencia<sup>570</sup>. Ello no obstante, existen dudas acerca de la materialización de este deber de colaboración.

---

<sup>568</sup> Como acertadamente apunta RODRÍGUEZ LAINZ, “sería pecar de una ingenuidad extrema pensar que un terrorista va a abrir una carpeta con el nombre “organigrama de la célula” y, en ese sentido, aboga por examinar todos los archivos, en RODRÍGUEZ LAINZ, J.L., “¿Podría un juez español obligar a Apple a facilitar una puerta trasera para poder analizar información...?”, *Op. Cit.*, p. 9. Esta cuestión se plantea en la STEDH Robathin c. Austria, de 3 de julio de 2012 -disponible en <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-111890->, que no considera desproporcionado el examen de todos los archivos electrónicos del investigado porque se había realizado a nivel superficial, servía a un objetivo legítimo y los derechos del encausado habían sido interferidos en la menor medida posible.

<sup>569</sup> En este sentido, GIMENO BEVIÁ alega que no tiene sentido un tratamiento separado en función de que el dispositivo se encuentre en un domicilio o fuera de él porque las garantías son las mismas, en GIMENO BEVIÁ, J., “Análisis crítico de la reforma de LECrim 2015”, *Op. Cit.*, p. 208.

<sup>570</sup> Es necesario contraponer el deber de colaboración previsto en el artículo 588 sexies c 5 LECrim para el registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información con el exigido para el registro remoto sobre equipos informáticos que contempla el artículo 588 septies b LECrim. Este análisis muestra que el primero de los preceptos citados es el mismo que el segundo apartado del artículo 588 septies b, si bien tienen una parte distinta (el deber de colaboración del registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información se exceptúa cuando de ello derive una carga desproporcionada para el afectado y, para el registro remoto sobre equipos informáticos se dice que esta obligación se refiere a la información que resulte necesaria “para el buen fin de la diligencia”). Del enfrentamiento de estas dos reglas, RODRÍGUEZ LAINZ destaca que la primera se refiere a la facilitación de conocimientos y, la segunda, va más allá y se refiere a que los sujetos mencionados están obligados a facilitar la colaboración y asistencia, en RODRÍGUEZ LAINZ, J.L., “¿Podría un juez español obligar a Apple a facilitar una puerta trasera para poder analizar información...?”, *Op. Cit.*, pp. 10-11. En ese sentido, continúa el autor, se da la paradoja de que la colaboración a la Policía judicial es más amplia en el registro remoto de un dispositivo que en el registro físico del mismo.

#### 2.1.1.4. Agente encubierto

También es posible que la Policía obtenga la prueba tecnológica directa por parte de un agente encubierto, incluso en el interior de un domicilio. Aunque se ha modificado recientemente esta figura para ampliar su cobertura legal a su actuación en Internet (el denominado agente encubierto informático, que se tratará más adelante), lo que interesa en los presentes momentos del trabajo es su faceta física.

El artículo 282 bis LECrim establece la necesidad de autorización judicial para que un agente encubierto actúe bajo identidad supuesta en actividades propias de la delincuencia organizada y exige nueva habilitación del órgano judicial competente para aquellas actuaciones investigadoras que afecten a derechos fundamentales<sup>571</sup>. En ese sentido, el propio precepto alude específicamente a la exigencia de autorización del juez competente para la obtención de imágenes y la grabación de las conversaciones que puedan mantenerse en los encuentros previstos entre el agente encubierto y el investigado, incluso en el interior de un domicilio.

Llama la atención, sin embargo, que el mismo artículo -282 bis LECrim- que exige autorización judicial previa para cualquier actuación que pueda afectar a derechos fundamentales, la reitera con respecto a la obtención de imágenes y la grabación de las conversaciones que puedan mantenerse en el interior de un domicilio, teniendo en cuenta, además, que no existe vulneración al secreto a las comunicaciones si éstas tienen lugar entre alguno de los miembros de la conversación. Es decir, que la norma individualiza la necesidad de resolución judicial previa para la obtención de imágenes o de sonidos - independientemente de que se produzca en el interior o no de un domicilio- cuando, por

---

<sup>571</sup> El mismo artículo 282 bis LECrim define la delincuencia organizada como la asociación de tres o más personas que realizan, de forma permanente o reiterada, conductas que tengan como fin cometer alguno o algunos de los siguientes delitos: delitos de obtención, tráfico ilícito de órganos humanos y trasplante de los mismos previsto en el artículo 156 bis del CP; delito de secuestro de personas previsto en los artículos 164 a 166 del CP; delito de trata de seres humanos previsto en el artículo 177 bis del CP; delitos relativos a la prostitución previstos en los artículos 187 a 189 del CP; delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico previstos en los artículos 237, 243, 244, 248 y 301 del CP; delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial previstos en los artículos 270 a 277 del CP; delitos contra los derechos de los trabajadores previstos en los artículos 312 y 313 del CP; delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros previstos en el artículo 318 bis del CP; delitos de tráfico de especies de flora o fauna amenazada previstos en los artículos 332 y 334 del CP; delito de tráfico de material nuclear y radiactivo previsto en el artículo 345 del CP; delitos contra la salud pública previstos en los artículos 368 a 373 del CP; delitos de falsificación de moneda, previsto en el artículo 386 del CP, y de falsificación de tarjetas de crédito o débito o cheques de viaje, previsto en el artículo 399 bis del CP; delito de tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos previsto en los artículos 566 a 568 del CP; delitos de terrorismo previstos en los artículos 572 a 578 del CP; delitos contra el patrimonio histórico previstos en el artículo 2.1.e de la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de represión del contrabando.



otro lado, un tercero puede grabar una conversación que mantenga con el investigado sin necesidad de autorización judicial y con plena licitud. Además, a mayor abundamiento, nada dice este precepto con respecto a la habilitación judicial para el acceso al domicilio para la obtención de las imágenes y conversaciones del agente encubierto.

Así, de la lectura del artículo 282 bis LECrim parece desprenderse que un agente infiltrado que obtiene imágenes o graba conversaciones con el investigado en un domicilio necesitará de tres autos judiciales habilitantes: uno que permita la infiltración en la organización criminal, un segundo para la obtención de las imágenes o sonidos y un tercero para el acceso al domicilio, en tanto en cuanto afecta al derecho fundamental a la inviolabilidad domiciliaria. Ello no obstante, la solicitud de autorización judicial para la entrada al domicilio sin levantar sospechas en el citado caso del grupo criminal es, en la práctica, comprometida y dificultosa. En ausencia de resolución judicial motivada, las únicas condiciones que habilitan la injerencia lícita en una morada que contempla el 18.2 CE son, en primer lugar, el consentimiento del titular de la vivienda que pudiese otorgarse, que, no obstante, no tiene la consideración de informado, ya que está basado en la ficción que interpreta el agente infiltrado, pero no se concede conscientemente a un miembro de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad<sup>572</sup>; y, en segundo lugar, la flagrancia, que obviamente no concurre por la propia naturaleza de la actuación de este tipo de agentes. Para estos supuestos, CABEZUDO BAJO propone que se introduzca en la LECrim la previsión alemana del precepto 110 c de la StPO, que habilita la entrada del agente encubierto en un domicilio con el consentimiento del titular, pese a obtenerse con el engaño sobre su identidad falsa<sup>573</sup>.

En cualquier caso, resulta necesario regular una habilitación legal expresa para legitimar la entrada del agente encubierto en un domicilio, ya que, en la actualidad, cualquier actuación del agente encubierto deviene nula en la práctica forense. De las posibilidades

---

<sup>572</sup> En cualquier caso, como señala RIZO GÓMEZ, “el engaño es un elemento consustancial a la actuación del agente infiltrado”, vid. RIZO GÓMEZ, B., “La infiltración policial en Internet. A propósito de la regulación del agente encubierto informático en 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”, en *Justicia penal y nuevas formas de delincuencia* (Dir. ASENSIO MELLADO; Coord. FERNÁNDEZ LÓPEZ), Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 102. En el mismo sentido, GASCÓN INCHAUSTI, F., *Infiltración policial y agente encubierto*, Comares, 2001, p. 87.

<sup>573</sup> CABEZUDO BAJO, M.J., “El uso de las tecnologías en la entrada y registro domiciliario...”, *Op. Cit.*, p. 79.

existentes y dado el riesgo que supone la solicitud de autorización judicial, parece que legitimar el consentimiento dado por el titular es una posible solución a esta cuestión.

### **2.1.2. Obtención remota de la prueba tecnológica**

Si bien es cierto que la obtención física de pruebas, aun con autorización judicial, limita derechos fundamentales de los ciudadanos, no lo es menos que la obtención remota de pruebas contempla, en muchas ocasiones, medidas más invasivas en los derechos fundamentales afectados, por practicarse sin conocimiento del investigado. Por lo tanto, y con la finalidad de una afectación menor, si es posible la obtención directa de la prueba, no debiesen autorizarse medidas remotas. Ello requiere una especial motivación del Auto del juez de instrucción que justifique que la localización física del dispositivo no es posible; o si, aun pudiendo acceder al equipo informático directamente, las circunstancias de la investigación requieren que el sospechoso no tenga conocimiento de tal registro<sup>574</sup>.

A continuación se van a estudiar determinados supuestos de obtención remota de prueba en los que no existe “contacto” directo con la fuente de prueba, como la obtención de información en una web o su interceptación telemática.

#### **2.1.2.1. Acceso al contenido público en la red**

Una diligencia de investigación común, si bien no regulada, es la captación directa de la fuente de prueba desde una dirección de internet “en abierto”, esto es, accesible para cualquier persona que teclee la *url*<sup>575</sup> en la que consta la información.

En este sentido, y aunque serán muchos más los pronunciamientos judiciales que a futuro se produzcan con base en información extraída de *webs*, en la jurisprudencia ya existen resoluciones que han considerado como fuentes probatorias información disponible en Internet que no esté sujeta a ningún filtro de privacidad. Así, el Tribunal Supremo ha estimado como hechos probados unos comentarios escritos en una cuenta pública de

---

<sup>574</sup> Vid. BACHMAIER WINTER, L., “Registro remoto de equipos informáticos y principio de proporcionalidad en la Ley Orgánica 13/2015”, *Boletín del Ministerio de Justicia*, Año 71, nº 2195, 2017, pp. 24-25.

<sup>575</sup> Una *url* es una dirección única que poseen todos los elementos en Internet, es decir, una página web, vid. <https://tecnologia-informatica.com/que-es-url/> (última visita 28 octubre de 2018).

Twitter<sup>576</sup> o en un perfil abierto de Facebook<sup>577</sup>. También la Audiencia Nacional se ha servido del contenido obrante en Internet en abierto -unido a la información contenida en un dispositivo de telefonía móvil- como prueba de cargo para condenar por un delito de humillación a las víctimas del terrorismo en la sentencia conocida como “caso Cassandra”<sup>578</sup>. En este sentido, en otra sentencia en la que AN condena por enaltecimiento del terrorismo, en su modalidad de humillación a las víctimas, por unos comentarios en Twitter, se afirma que “la extensión actual de las nuevas tecnologías al servicio de la comunicación intensifica de forma exponencial el daño de afirmaciones o mensajes que, en otro momento, podían haber limitado sus perniciosos efectos a un reducido y seleccionado grupo de destinatarios”<sup>579</sup>.

---

<sup>576</sup> La STS 623/2016, de 13 de julio confirma la condena por enaltecimiento del terrorismo y humillación a las víctimas del terrorismo con base en la prueba de unos comentarios publicados en un perfil de Twitter - que contaba con un total de 790 seguidores- y en la página web alojada en la dirección de Internet [www.flickr.com](http://www.flickr.com). En el mismo sentido, la STS 706/2017, de 27 de octubre desestima un recurso de casación contra una sentencia que condena por enaltecimiento del terrorismo a un ciudadano por la publicación en Twitter de un vídeo y una imagen relacionados con la organización terrorista ETA y por retuitear (esto es, compartir con los propios seguidores información publicada por un tercero) una imagen de un miembro de la citada organización con los lemas “adiós con honor” y “tu dignidad nuestro modelo” en vasco. El Tribunal Supremo alega en esta sentencia que la difusión de información en abierto en esta red social lleva asegurada publicidad, máxime con 121 seguidores con los que contaba el acusado que podían, a su vez, circular esta información con terceras personas.

<sup>577</sup> La STS 948/2016, de 15 de diciembre desestima el recurso de casación contra la condena por un delito de enaltecimiento del terrorismo por unos mensajes e imágenes publicados de modo habitual en un perfil de Facebook, cuya *url* de conexión no contenía ningún tipo de restricción de privacidad. En el mismo sentido, la STS 216/2017, de 29 de marzo fija como hecho probado la publicación, por parte del titular y usuario de un perfil en la red social Facebook, de mensajes e imágenes comentadas relacionadas con organizaciones terroristas de carácter yihadista y otras organizaciones similares sin ningún tipo de restricción en su acceso -cuya *url* de conexión era está alojada en la dirección de Internet “[www.facebook.com](http://www.facebook.com)”-. También la STS 354/2017, de 17 de mayo confirma condena por apología del terrorismo y menosprecio o humillación a las víctimas de acuerdo a la publicación habitual de mensajes de contenido yihadista radical violento difusoras de los fines del Estado Islámico (anteriormente conocido como ISIS o DAESH) en su perfil de Facebook sin ningún tipo de restricción de privacidad. Igualmente, la STS 378/2017, de 25 de mayo determina la certeza de un contenido penalmente típico publicado en un dominio de Facebook accesible con la *url* o localizador. Ello no obstante, esta sentencia reconoce la posibilidad de que un tercero, sin conocimiento ni asentimiento del penado llevara a aquella dirección los contenidos que la sentencia de instancia considera delictivos, si bien en este caso no se ha discutido la titularidad de tal cuenta y perfil, ni ha tenido entrada ningún dato que apunte a que un tercero diverso del acusado dispusiera de las herramientas que facilitarían aportar a la cuenta del acusado el contenido ahí tenido por delictivo.

<sup>578</sup> La SAN 9/2017, de 29 de marzo acredita la comisión del delito a través de la declaración del acusado - que reconoce haber escrito los mensajes obrantes en autos en su perfil de Twitter-, las manifestaciones de los funcionarios policiales que intervinieron en la averiguación de los hechos, la pericial realizada sobre el contenido del terminal móvil del acusado y la prueba documental con los mensajes, que no fue impugnada por el enjuiciado. Téngase en cuenta que LO 2/2015, de 30 de marzo modificó el art. 578 del Código Penal elevando su penalidad de uno a tres años de prisión, más una multa de doce a dieciocho meses y aumentando las penas a su mitad superior cuando los hechos se hubieran llevado a cabo mediante la difusión de servicios o contenidos accesibles al público a través de medios de comunicación, internet, o por medio de servicios de comunicaciones electrónicas o mediante el uso de tecnologías de la información, como ocurre en la sentencia citada.

<sup>579</sup> Así se expresa la SAN 25/2017, de 11 de diciembre, que condena a dos acusados (la condena es conjunta por concurrir identidad en la calificación jurídica de los hechos y porque la querrela que inicia el

Por ende, la obtención de los datos de acceso libre cedidos libremente por su propietario (también los datos públicos expuestos en las redes sociales) no vulneran ningún derecho fundamental de los ciudadanos, pues ni la intimidad, ni la protección de datos, ni la autodeterminación informativa puede alegarse frente a una información que el propio sujeto ha divulgado<sup>580</sup>.

Lo característico, por tanto, para la incautación de la información obrante en la red sin necesidad de previa autorización judicial es que ésta conste sin ningún tipo de restricción de privacidad, en tanto en cuanto se considera que el usuario que ha publicado estos datos ha prestado su consentimiento tácito<sup>581</sup>. Así, VELASCO NÚÑEZ señala que la persona que introduce datos privados en Internet queda expuesta a la misma publicidad que la que pueda predicarse de un asesinato realizado en la calle<sup>582</sup>.

En definitiva, sobre la aportación de contenido sito en Internet, parece entenderse que la información publicada, compartida, transmitida y/o retransmitida en abierto (esto es, disponible para todos) no es privada ya que, como recuerda la sentencia 271/2017, de 15 de noviembre del Juzgado de lo contencioso-administrativo nº1 de Vigo “si alguien es celoso de su ámbito de reserva, cuenta con opciones, en todas las aplicaciones, para preservarla, de modo tal que solo se hagan partícipes de las opiniones, confidencias o vivencias -propias o, atención, ajenas- a quienes específicamente se elija, ocultándolas al resto de la comunidad”<sup>583</sup>. Y, en consecuencia, FFCCSS pueden obtener esta información no privada como fuente de prueba.

### 2.1.2.2. Interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas

---

procedimiento es única y dirigida a ambos por igual, pese a que no tienen ninguna relación entre sí y mantener estrategias de defensa distintas) por enaltecimiento del terrorismo por unos comentarios escritos en Twitter.

<sup>580</sup> VELASCO NÚÑEZ, E., *Delitos cometidos a través de Internet. Cuestiones procesales*, La Ley, 2010, p. 211.

<sup>581</sup> Las SSTs 236/2008, de 25 de mayo y 292/2008, de 28 de mayo afirman que la información introducida voluntariamente por los internautas pasa a ser de público conocimiento para cualquier usuario de Internet, incluido el registro del IP o los datos que el partícipe en la comunicación informática voluntariamente aporta a la red.

<sup>582</sup> Con este símil tan gráfico expone VELASCO NÚÑEZ la ausencia de privacidad en Internet, en VELASCO NÚÑEZ, E., “Investigación procesal penal de redes, terminales, dispositivos informáticos,...”, *Op. Cit.*, p. 6.

<sup>583</sup> La sentencia 271/2017, de 15 de noviembre del Juzgado de lo contencioso-administrativo nº1 de Vigo enjuicia la posible recusación de dos vocales de un tribunal de oposición por ser amigos en la red social de Facebook de dos opositores, con quienes, además, aparecían en una fotografía conjunta de una cena celebrada la Navidad anterior.

Otra posible diligencia remota de obtención de las fuentes de prueba tecnológica es la intervención de las comunicaciones telemáticas, incorporada tras la reforma operada por la LO 13/2015. Hasta la reciente modificación legislativa la regulación de las comunicaciones postales, telegráficas y telefónicas se recogían en el -exiguo- artículo 579 LECrim anterior<sup>584</sup>, si bien, en la actualidad se ha realizado una separación entre las comunicaciones postales y telegráficas -ubicadas en los artículos 579 a 588, esto es, el capítulo III del título VIII del Libro II-<sup>585</sup> y las telefónicas, a las que se adicionan las telemáticas -previstas en el capítulo V del título VIII del Libro II, de nueva creación (artículos 588ter a-588 ter m)-<sup>586</sup>.

En este sentido, la interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas requiere autorización judicial, que podrá concederse para la investigación de los delitos cometidos a través de instrumentos informáticos o de cualquier otra tecnología de la información o la comunicación o servicio de comunicación<sup>587</sup>, de los delitos dolosos castigados con pena

---

<sup>584</sup> La redacción anterior del artículo 579 LECrim, aprobado por *la Ley Orgánica 4/1988, de 25 de mayo, de Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, disponía que “1. Podrá el Juez acordar la detención de la correspondencia privada, postal y telegráfica que el procesado remitiere o recibiere y su apertura y examen, si hubiere indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante de la causa. 2. Asimismo, el Juez podrá acordar, en resolución motivada, la intervención de las comunicaciones telefónicas del procesado, si hubiere indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante de la causa. 3. De igual forma, el Juez podrá acordar, en resolución motivada, por un plazo de hasta tres meses, prorrogable por iguales períodos, la observación de las comunicaciones postales, telegráficas o telefónicas de las personas sobre las que existan indicios de responsabilidad criminal, así como de las comunicaciones de las que se sirvan para la realización de sus fines delictivos. 4. En caso de urgencia, cuando las investigaciones se realicen para la averiguación de delitos relacionados con la actuación de bandas armadas o elementos terroristas o rebeldes, la medida prevista en el número 3 de este artículo podrá ordenarla el Ministro del Interior o, en su defecto, el Director de la Seguridad del Estado, comunicándolo inmediatamente por escrito motivado al Juez competente, quien, también de forma motivada, revocará o confirmará tal resolución en un plazo máximo de setenta y dos horas desde que fue ordenada la observación”.

<sup>585</sup> Llama la atención que las reformas de la LECrim no eliminen la referencia a las comunicaciones telegráficas, cuando estas son prácticamente inexistentes.

<sup>586</sup> La limitada redacción del precepto que regulaba la interceptación de las comunicaciones en España hasta la reforma de la LO 13/2015 había necesitado de un vasto aporte jurisprudencial, como reconoce, incluso el Preámbulo de la reforma del año 2015: “Surge así la necesidad de encontrar un delicado equilibrio entre la capacidad del Estado para hacer frente a una fenomenología criminal de nuevo cuño y el espacio de exclusión que nuestro sistema constitucional garantiza a cada ciudadano frente a terceros. Por muy meritorio que haya sido el esfuerzo de jueces y tribunales para definir los límites del Estado en la investigación del delito, el abandono a la creación jurisprudencial de lo que ha de ser objeto de regulación legislativa ha propiciado un déficit en la calidad democrática de nuestro sistema procesal, carencia que tanto la dogmática como instancias supranacionales han recordado. Recientemente, el Tribunal Constitucional ha apuntado el carácter inaplazable de una regulación que aborde las intromisiones en la privacidad del investigado en un proceso penal. Hoy por hoy, carecen de cobertura y su subsanación no puede obtenerse acudiendo a un voluntarista expediente de integración analógica que desborda los límites de lo constitucionalmente aceptable”.

<sup>587</sup> La referencia a los delitos cometidos a través de instrumentos informáticos o de cualquier otra tecnología de la información o la comunicación o servicio de comunicación parece provenir de la conclusión número 22.3 de la *Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2013, sobre pautas en relación con la diligencia de intervención de las comunicaciones telefónicas* (p. 137) referida a la proporcionalidad (texto disponible

con límite máximo de, al menos, tres años de prisión<sup>588</sup> y de los delitos cometidos en el seno de un grupo u organización criminal o delitos de terrorismo<sup>589</sup>. En relación con los delitos cometidos a través de instrumentos informáticos o de cualquier otra tecnología de la información o la comunicación o servicio de comunicación, RODRÍGUEZ LAINZ advierte que la sola pertenencia a la lista de infracciones que pueden ser objeto de investigación por esta modalidad de tecnovigilancia no es aval suficiente para la superación del juicio de proporcionalidad<sup>590</sup>.

Ello no obstante, en la investigación de los delitos relacionados con la actuación de bandas armadas o de elementos terroristas cuando concurren cuestiones de urgencia en la investigación que hagan dificultosa la solicitud de autorización judicial, la norma contempla el salvoconducto del Ministro del Interior o, en su defecto, el Secretario de Estado de Seguridad<sup>591</sup>. Esta licencia de urgencia, con expresa mención de las razones que justifiquen la adopción de la medida sin previo control judicial, junto con la descripción de la actuación realizada, la forma en que se ha efectuado y su resultado ha de ponerse en conocimiento del juez competente lo más pronto posible y siempre en un plazo máximo de veinticuatro horas, para que revoque o confirme motivadamente la actuación en un plazo máximo de setenta y dos horas desde que esta fue ordenada<sup>592</sup>.

Así, de no concurrir urgencia, la solicitud de autorización judicial para la interceptación de comunicaciones telefónicas o telemáticas contendrá los requisitos que se venían exigiendo jurisprudencialmente y que ahora contempla el artículo 588 ter d) con

---

en

[https://www.fiscal.es/memorias/memoria2014/FISCALIA\\_SITE/recursos/cir\\_inst\\_cons/circular\\_1\\_2013.pdf](https://www.fiscal.es/memorias/memoria2014/FISCALIA_SITE/recursos/cir_inst_cons/circular_1_2013.pdf).

<sup>588</sup> Sobre este peculiar grupo de delitos de, al menos, tres años de prisión que pueden ser objeto de la interceptación de comunicaciones, RODRÍGUEZ LAINZ justifica que engloba a un gran número de las categorías de delitos que normalmente hacen uso de esta medida de investigación, si bien reconoce que contribuye a que determinados delitos con penas superiores que tampoco concurren con el resto de supuestos, no puedan hacer uso de esta diligencia, en RODRÍGUEZ LAINZ, J.L., *El secreto de las telecomunicaciones y su interceptación legal*, Sepín, Madrid, 2016, pp. 90-91.

<sup>589</sup> El artículo 588 ter a) restringe la autorización para la interceptación de comunicaciones telefónicas o telemáticas a los delitos del artículo 579.1 LECrim (delitos dolosos castigados con pena con límite máximo de, al menos, tres años de prisión, delitos cometidos en el seno de un grupo u organización criminal o delitos de terrorismo) y a los cometidos a través de instrumentos informáticos o de cualquier otra tecnología de la información o la comunicación o servicio de comunicación.

<sup>590</sup> RODRÍGUEZ LAINZ en la ponencia “Sobre la Ley orgánica de modificación de las LECrim para el fortalecimiento de las garantías procesales: la regulación de las medidas de investigación tecnológica”, *Cit.*, p. 16.

<sup>591</sup> Artículo 588 ter d), apartado tercero LECrim que encuentra su respaldo constitucional en el artículo 55.2 CE. En la regulación anterior esta excepción al principio de judicialidad previa remitía la autorización al Ministro de Interior y, en su defecto, al Director de la Seguridad del Estado.

<sup>592</sup> Así lo expresa el apartado tercero del artículo 588 ter d) LECrim. El artículo 579.4 derogado no preveía ningún plazo para la comunicación al juez competente, sino que debía realizarse “inmediatamente”.

referencia al 588 bis b) LECrim, esto es, la descripción del hecho objeto de investigación y la identidad del investigado o de cualquier otro afectado por la medida -si se conoce-; las razones que justifiquen la necesidad de su adopción -que han de respetar los principios de especialidad, idoneidad, excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad<sup>593</sup>-; los indicios de criminalidad existentes; los datos de identificación del investigado o encausado<sup>594</sup> y de los medios de comunicación empleados<sup>595</sup>; la extensión de la medida con especificación de su contenido; la unidad investigadora de la Policía Judicial que se hará cargo de la intervención y la forma de su ejecución<sup>596</sup>; su duración; el sujeto obligado que la llevará a cabo -de conocerse-; la identificación del número de abonado, del terminal o de la etiqueta técnica; la identificación de la conexión objeto de la intervención o los datos necesarios para la identificación del medio de telecomunicación que se trate; la finalidad del acto de investigación; el conocimiento de su origen o destino, en el momento en el que la comunicación se realiza; la localización geográfica del origen o destino de la

---

<sup>593</sup> Son los principios rectores que bañan las medidas de investigación tecnológicas de los capítulos V a IX del título VIII del Libro II recogidos en el artículo 588 bis a) LECrim.

<sup>594</sup> La Policía Judicial puede identificar la identidad del titular de un dispositivo telefónico de diversas maneras: a partir del número de teléfono, que permite solicitar los datos de abonado según el artículo 588 ter m) LECrim; o con dirección IP que estuviera siendo utilizada para la comisión algún delito, solicitando la identificación personal del usuario a los prestadores de servicios de telecomunicaciones, de acceso a una red de telecomunicaciones o de servicios de la sociedad de la información, así como toda persona que de cualquier modo contribuya a facilitar las comunicaciones a través del teléfono o de cualquier otro medio o sistema de comunicación telemática, lógica o virtual (vid. artículo 588 ter k LECrim).

<sup>595</sup> Además, el artículo 588 ter c) contempla la intervención judicial de las comunicaciones emitidas desde terminales o medios de comunicación telemática pertenecientes a una tercera persona si existe constancia de que el sujeto investigado se sirve de aquella para transmitir o recibir información, o si colabora con la persona investigada en sus fines ilícitos o se beneficie de su actividad. También podrá autorizarse dicha intervención cuando el dispositivo objeto de investigación sea utilizado maliciosamente por terceros por vía telemática, sin conocimiento de su titular. Como acertadamente apunta CAVERO FORRADELLAS, el primer supuesto se refiere, en la práctica, a partícipes o colaboradores y no a terceras personas ajenas, de modo que, de facto, sólo se contempla la intervención judicial de las comunicaciones emitidas desde terminales o medios de comunicación telemática pertenecientes a una tercera persona cuando el dispositivo objeto de investigación sea utilizado maliciosamente por terceros por vía telemática, sin conocimiento de su titular, en su ponencia “La nueva regulación de las intervenciones telefónicas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal”, *Cit.*, p. 27.

<sup>596</sup> La de ejecución de la intervención de las comunicaciones telefónicas y telemáticas suele realizarse por medio del Sistema de Interceptación Legal de las Telecomunicaciones (SILC DARS), antiguo SITEL (Sistema Integrado de Interceptación Legal de Telecomunicaciones), si bien existen otras herramientas como Evident X-Stream (se puede consultar una guía de su funcionamiento en la página web <https://filtrala.org/redaccion/evident/>, última consulta 24 de enero de 2018). La intervención de las comunicaciones, a diferencia del registro remoto, no se obtiene de la misma fuente de origen, sino que supone el reenvío de la información transmitida y recibida por un dispositivo con la colaboración del operador que presta el servicio de comunicaciones electrónicas (operadora de telefonía) o de la sociedad de la información (administrado de una web o red social) o la interceptación de la señal por la red pública de comunicaciones o en una red Wi-Fi, en RODRÍGUEZ LAINZ, J.L., “Intervención judicial de comunicaciones vs. Registro remoto sobre equipos informáticos: los puntos de fricción”, *Diario La Ley*, nº 8896, 9 de enero de 2017, p. 8.

comunicación y el conocimiento de otros datos de tráfico asociados o no asociados concretos que han de ser obtenidos de valor añadido a la comunicación<sup>597</sup>.

La concesión de autorización judicial podrá autorizar el acceso al contenido de las comunicaciones, a los datos electrónicos de tráfico o asociados al proceso de comunicación y a la información que se produce con independencia del establecimiento o no de una concreta comunicación, en los que participe el investigado como emisor o como receptor, en los terminales o los medios de comunicación de los que el investigado sea titular o usuario que habitual u ocasionalmente utilice<sup>598</sup>.

Esta autorización se realizará por un plazo de tres meses, prorrogables por períodos sucesivos de igual duración hasta el plazo máximo de dieciocho meses<sup>599</sup>. Adviértase que la duración máxima inicial de la intervención, se computará desde la fecha de autorización judicial y no desde la fecha de conexión, como en ocasiones pasadas se ha entendido. Para la prórroga de la medida de investigación el artículo 588 ter h exhorta a la Policía Judicial a que aporte la transcripción de aquellos pasajes de las conversaciones de las que se deduzcan informaciones relevantes para decidir sobre el mantenimiento de la medida y dispone que el juez puede solicitar aclaraciones o mayor información, incluido el contenido íntegro de las conversaciones intervenidas.

En este sentido, la interceptación de las comunicaciones puede dar acceso a tres tipos de datos distintos: el contenido de la comunicación -que está dentro de la protección del secreto constitucional de las comunicaciones del artículo 18.3 CE y requiere para su interceptación, como se ha visto, autorización judicial o debida urgencia, acreditada y valorada judicialmente con posterioridad-; los datos de tráfico -aquellos vinculados a un determinado proceso de comunicación, como la fecha o la duración de la misma<sup>600</sup> y los

---

<sup>597</sup> Vid. Artículo 588 ter d, con referencia a los requisitos del artículo 588 bis b LECrim.

<sup>598</sup> Artículo 588 ter b, que también prevé la interceptación de los terminales o medios de comunicación de la víctima cuando sea previsible un grave riesgo para su vida o integridad. Tanto CAVERO FORRADELLAS (en la ponencia “La nueva regulación de las intervenciones telefónicas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal”, *Cit.*, p. 26), cuanto RODRÍGUEZ LAINZ, J.L. en su obra “Intervención judicial de comunicaciones vs. Registro remoto sobre equipos informáticos: los puntos de fricción”, ya citada, p. 13), sostienen que esta previsión se puede destinar a localizar dispositivos tecnológicos sustraídos. Sobre la precisión de “habitual u ocasionalmente” referida a los terminales o medios de comunicación utilizados por el investigado, CAVERO FORRADELLAS expone que no tiene, en realidad, gran trascendencia, porque comprende, incluso, un único uso por parte del encausado, en la ponencia “La nueva regulación de las intervenciones telefónicas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal”, *Cit.*, p. 25.

<sup>599</sup> Artículo 588 ter g) LECrim.

<sup>600</sup> La LECrim define los datos electrónicos de tráfico o asociados en el artículo 588 ter b 2 como “aquellos que se generan como consecuencia de la conducción de la comunicación a través de una red de comunicaciones electrónicas, de su puesta a disposición del usuario, así como de la prestación de un servicio de la sociedad de la información o comunicación telemática de naturaleza análoga”.



datos de abonado o conexión -aquellos que existen con independencia del establecimiento o no de una comunicación-<sup>601</sup>. El Convenio sobre la Ciberdelincuencia de Budapest, del 23 de noviembre de 2001 ya identificaba y definía estos dos últimos términos<sup>602</sup> y, en la misma línea, parece hacer la distinción la LECrim, si bien la redacción de la norma no es clara, sino que, más bien, contiene cuatro preceptos algo confusos sobre los datos de tráfico y los datos de abonado (artículos 588 ter j)-m) LECrim)<sup>603</sup>.

Del estudio de las previsiones legales parece desprenderse que es necesaria autorización judicial para que los prestadores de servicios o personas que facilitan la comunicación cedan a los agentes facultados los datos electrónicos asociados vinculados a procesos de comunicación que resulten indispensables para la investigación, incluidos aquellos derivados de una búsqueda entrecruzada o inteligente de los mismos<sup>604</sup>.

En consecuencia, es preciso poner de manifiesto los desajustes con respecto a la *Ley 25/2007, de 18 de octubre, de conservación de datos relativos a las comunicaciones*

---

<sup>601</sup> Es posible identificar un cuarto elemento: aquellas comunicaciones interceptadas con esta medida de investigación que no están asociadas a un proceso de investigación, como son las conversaciones “en off” que se refiere a aquel diálogo que pueda captarse de quien realiza la llamada antes de que el receptor descuelgue y que, normalmente, será con individuos que se encuentren físicamente cercanos, vid. La ponencia de CAVERO FORRADELLAS “La nueva regulación de las intervenciones telefónicas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal”, *Cit.*, pp. 40-41.

<sup>602</sup> El apartado d del artículo 1 del Convenio sobre la Ciberdelincuencia, hecho en Budapest el 23 de noviembre de 2001 define los datos sobre el tráfico como “cualesquiera datos informáticos relativos a una comunicación por medio de un sistema informático, generados por un sistema informático como elemento de la cadena de comunicación, que indiquen el origen, destino, ruta, hora, fecha, tamaño y duración de la comunicación o el tipo de servicio subyacente” y el artículo 18.3 del citado Convenio identifica como datos relativos a los abonados “toda información, en forma de datos informáticos o de cualquier otra forma, que posea un proveedor de servicios y esté relacionada con los abonados a dichos servicios, excluidos los datos sobre el tráfico o sobre el contenido, y que permita determinar: a) El tipo de servicio de comunicaciones utilizado, las disposiciones técnicas adoptadas al respecto y el periodo de servicio; b) la identidad, la dirección postal o geográfica y el número de teléfono del abonado, así como cualquier otro número de acceso o información sobre facturación y pago que se encuentre disponible sobre la base de un contrato o de un acuerdo de prestación de servicios; c) cualquier otra información relativa al lugar en que se encuentren los equipos de comunicaciones, disponible sobre la base de un contrato o de un acuerdo de servicios”.

<sup>603</sup> CALVO LÓPEZ afirma que la negativa de algunas operadoras a ceder al Ministerio Fiscal o a la Policía Judicial sin autorización judicial los datos a los que se refiere el artículo 588 ter m ha llevado, incluso, a emitir un Dictamen a la Unidad Central del área de especialización en criminología informática sobre la práctica de estas diligencias, en la ponencia “Capacidades de actuación del Ministerio Fiscal y la Policía Judicial tras la reforma procesal operada por la Ley Orgánica 13/2015: en especial la obtención de direcciones IP y numeraciones IMEI e IMSI (los apartados k) a m) del art. 588 ter de la LECrim)” realizada el día 17 febrero de 2017 en el Centro de Estudios Jurídicos de Madrid, Jornadas de Delegados Delincuencia Informática, texto disponible en [https://www.fiscal.es/fiscal/PA\\_WebApp\\_SGNTJ\\_NFIS/descarga/Ponencia%20Calvo%20L%C3%B3pez\\_%20David%20\(2017\).pdf?idFile=07e530e0-5ce6-4103-94f5-43a183c3e581](https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Ponencia%20Calvo%20L%C3%B3pez_%20David%20(2017).pdf?idFile=07e530e0-5ce6-4103-94f5-43a183c3e581) (fecha de consulta: 22/01/2018).

<sup>604</sup> Artículo 588 ter j) LECrim.

*electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones* (en adelante, Ley 25/2007)<sup>605</sup> que, con anterioridad a la reforma de la LECrim, también preveía la necesaria habilitación del juez competente para la cesión de datos de tráfico y de localización sobre personas físicas y jurídicas y a los datos relacionados necesarios para la identificación del abonado o usuario registrado. El primer aspecto no coincidente del estudio conjunto de ambas regulaciones puede encontrarse en el hecho de que la Ley 25/2007 imponga a las operadoras de servicios el deber de conservar y ceder los datos generados o tratados y la LECrim amplíe esta obligación a las 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<sup>606</sup>. Un segundo desajuste viene dado con la gravedad de los hechos. Así pues, la Ley 25/2007 limita la cesión de los datos a la detección, investigación y enjuiciamiento de delitos graves contemplados en el Código Penal o en las leyes penales especiales<sup>607</sup> y la LECrim lo hace para la investigación de los delitos cometidos a través de instrumentos informáticos o de cualquier otra tecnología de la información o la comunicación o servicio de comunicación, delitos dolosos castigados con pena con límite máximo de, al menos, tres años de prisión, delitos cometidos en el seno de un grupo u organización criminal o delitos de terrorismo<sup>608</sup>. Si se repara en la literalidad de las normas, resultaría desproporcionado que la cesión de datos de tráfico sólo pudiese realizarse para los delitos

---

<sup>605</sup> Esta Ley proviene de la Directiva europea 2006/24/CE que fue anulada posteriormente por la STJUE del 8 de abril de 2014. Ello no obstante, se entiende que la norma española sí cubre las carencias denunciadas de la Directiva, por lo que no debiese entenderse inoperativa.

<sup>606</sup> En atención a la literalidad del artículo 588 ter j LECrim, es necesaria autorización judicial para la cesión de datos de tráfico -es decir, asociados a una comunicación- por parte de 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. Incluso, se prevé que la habilitación judicial legitime la cesión de la información que conste en los archivos automatizados de los prestadores de servicios, incluida la búsqueda entrecruzada o inteligente de datos.

<sup>607</sup> Se considera delito grave aquel que lleve aparejada una pena igual o superior a cinco años de privación de libertad, si bien la jurisprudencia ha entendido que para identificar la gravedad de un delito también hay que atender a otros aspectos como la importancia del bien jurídico o la relevancia social.

<sup>608</sup> Pese a que el artículo 588 ter a) se refiere a los presupuestos para la interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas, el precepto se encuentra ubicado en la sección de disposiciones generales de la diligencia de interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas, por lo que es lógico pensar que también afecta a la incorporación de datos de tráfico o de abonado o conexión. En el mismo sentido, ORTIZ PRADILLO, J.C., “Comunicaciones, tecnología y proceso penal: viejos delitos, nuevas necesidades”, en *Justicia penal y nuevas formas de delincuencia* (Dir. ASECIO MELLADO; Coord. FERNÁNDEZ LÓPEZ), Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 28. En sentido contrario parece pronunciarse el Tribunal Europeo en su sentencia de la Gran Sala del 21 de diciembre de 2016, en la que interpreta la Carta de los Derechos Fundamentales en el sentido de que el acceso de las autoridades nacionales competentes a los datos de tráfico y de localización conservados han de estar limitado, en el marco de la lucha contra la delincuencia, a los casos de delincuencia grave, supeditando dicho acceso a un control previo por un órgano jurisdiccional o una autoridad administrativa independiente, tal y como indica la STS 400/2017, de 1 de junio.

que el Código Penal considera como graves (de acuerdo con la Ley 25/2007) y la interceptación del contenido de las comunicaciones telefónicas y telemáticas -más intrusiva que el conocimiento de los datos de tráfico- se legitime para delitos menores, según la LECrim.

En la dicotomía entre la aplicación de la LO 25/2007 y el artículo 588 ter m), la STS 523/2017, de 7 de julio considera que la nueva regulación sustituye a la anterior y que, en ese sentido, ya no se exige autorización judicial motivada que sí era preceptiva con la LO 25/2007, si bien entiendo que forzar una interpretación de la LECrim obviando una ley específica conlleva una deformación del sistema reglamentario incoherente. Una interpretación extensiva de este argumento lleva a pensar que también se han modificado los delitos para los que se ésta puede solicitar, atendiendo a la LECrim.

La solución a esta controversia ha sido resulta recientemente por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea a petición de una cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de instrucción nº 3 de Tarragona. Los hechos que traen causa de esta sentencia tienen su origen en la investigación de la sustracción de un teléfono móvil en febrero de 2015, fecha anterior a la reforma de la LECrim. La policía solicita el libramiento a las operadoras telefónicas para que comunicasen quien había activado una tarjeta SIM con el IMEI, medida que es denegada por el Juzgado de Instrucción al considerar que la Ley 25/2007 limita la cesión de los datos conservados por las operadoras a la investigación de delitos graves, esto es, aquellos que se castigan con pena superior a cinco años. Tras el recurso del Ministerio Fiscal, el mencionado juzgado plantea la interpretación de esta ley en relación con la protección de datos en la Unión Europea. Sobre la cuestión, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea C-207/2016, de 2 de octubre ha determinado que el acceso a estos datos personales en el ámbito de la prevención, investigación, descubrimiento y persecución de delitos no debe limitarse a la lucha contra la delincuencia grave<sup>609</sup>. En el mismo sentido debe interpretarse también la LECrim.

También destaca en la nueva regulación la inclusión del deber de colaboración que introduce el artículo 588 ter e) para los prestadores de servicios de telecomunicaciones, de acceso a una red de telecomunicaciones o de servicios de la sociedad de la información y toda persona que de cualquier modo contribuya a facilitar las comunicaciones a través

---

<sup>609</sup> Sentencia disponible en <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=206332&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=608670>.

del teléfono o de cualquier otro medio o sistema de comunicación telemática, lógica o virtual, para con el juez, el Ministerio Fiscal y los agentes de la Policía Judicial designados para la práctica de la medida. Del mismo modo, la norma prevé la obligación de guardar secreto acerca de las actividades requeridas por las autoridades y bajo la posibilidad de que una conducta contraria incurra en delito de desobediencia<sup>610</sup>.

Para el control de la medida, la Policía Judicial pondrá a disposición del juez, con la periodicidad que éste determine, dos soportes digitales distintos, uno con la transcripción de los pasajes que considere de interés y, otro, con una copia de las grabaciones íntegras realizadas, con indicación del origen y destino de las comunicaciones, con garantía de la integridad y autenticidad de las mismas con un procedimiento de sellado *-time stamping-* o firma electrónica o sistema de adveración suficientemente fiable<sup>611</sup>.

Una vez alzado el secreto y expirada la vigencia de la medida de investigación, las partes pueden examinar las grabaciones y, en su caso, solicitar al juez de instrucción la inclusión en las copias de aquellos fragmentos de las comunicaciones que entiendan relevantes y que hayan sido excluidas<sup>612</sup>. Con un propósito garantista de los derechos individuales, se ha determinado la posibilidad de eliminar de estas grabaciones los datos referidos a aspectos de la vida íntima de las personas –con expresa mención de este extremo en la entrega a las partes-<sup>613</sup> y la necesaria notificación del juez de instrucción a las personas intervinientes en las comunicaciones interceptadas de la existencia de tal injerencia en su intimidad, salvo que esta información sea imposible, exija un esfuerzo desproporcionado o pueda perjudicar futuras investigaciones<sup>614</sup>.

---

<sup>610</sup> Artículo 588 ter e) LECrim, apartado tercero.

<sup>611</sup> Artículo 588 ter f) LECrim. CAVERO FORRADELLAS identifica tres carencias de esta regla, la primera es que no encomienda la labor transcribir las conversaciones a la oficina judicial, sino a la Policía judicial; la segunda, directamente relacionada con la anterior es que no se dice nada sobre cómo deben plasmar estas conversaciones (de forma literal o resumidamente); y, finalmente, la norma guarda silencio sobre el cotejo entre la transcripción y la grabaciones, en la ponencia “La nueva regulación de las intervenciones telefónicas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal”, *Cit.*, p. 44.

<sup>612</sup> Apartado segundo del artículo 588 ter i) LECrim.

<sup>613</sup> En esta excepción tiene cabida la previsión del artículo 118.4 de la LECrim, que prohíbe el registro de las conversaciones entre el investigado y su abogado.

<sup>614</sup> La persona que haya participado en una conversación intervenida a la que se le notifique tal injerencia puede solicitar la entrega de una copia de la grabación o transcripción de tales comunicaciones, en la medida que esto no afecte al derecho a la intimidad de otras personas o resulte contrario a los fines del proceso en cuyo marco se hubiere adoptado la medida de injerencia. Sobre las excepciones a la regla general de notificación de la intervención de las comunicaciones a personas ajenas a la investigación, VEGAS TORRES anticipa que estas se van convertir en la regla general que permita eludir la obligación de informar, lo que comportará la paradójica situación en la que los acusados de cometer un delito sean informados de la medida limitadora de derechos fundamentales y no así los terceros ajenos a esta responsabilidad penal investigada, en VEGAS TORRES, J., “Las medidas de investigación tecnológica”, *Op. Cit.*, pp. 46-47.

### 2.1.2.3. Identificación de usuarios, terminales y dispositivos de conectividad

La LECrim reconoce determinadas actuaciones policiales para la identificación de usuarios, terminales y dispositivos de conectividad que venían realizándose sin más previsión normativa y ahora se han regulado en tres preceptos -los artículos 588 ter k) a 588 ter m)- ubicados en la sección tercera del capítulo V del título VIII del Libro II.

El artículo 588 ter k) está específicamente referido a la identificación de usuarios, terminales y dispositivos de conectividad a partir de una dirección IP (*Internet Protocol*), esto es, un número identificativo de cuatro grupos de tres números (xxx.xxx.xxx.xxx) que la red asigna a los routers y estos, a los terminales<sup>615</sup>. Este precepto dispone que cuando la Policía Judicial en el ejercicio de las funciones de prevención y descubrimiento de los delitos cometidos en internet conozca una dirección IP que estuviera siendo utilizada para la comisión algún delito<sup>616</sup>, puede solicitar del juez de instrucción que requiera de los agentes sujetos al deber de colaboración según el artículo 588 ter e -todos los prestadores de servicios de telecomunicaciones, de acceso a una red de telecomunicaciones o de servicios de la sociedad de la información, así como toda persona que de cualquier modo contribuya a facilitar las comunicaciones a través del teléfono o de cualquier otro medio o sistema de comunicación telemática, lógica o virtual-, la cesión de los datos que permitan la identificación y localización del terminal o del dispositivo de conectividad y la identificación del sospechoso.

Un segundo precepto, el artículo 588 ter l, prescinde de autorización judicial para la identificación de los terminales por parte de los agentes de Policía Judicial en el marco de una investigación mediante captación de códigos de identificación, o etiquetas técnicas del aparato de telecomunicación o de sus componentes, tales como la numeración IMSI o IMEI por medio de cualquier medio técnico apto para identificar el equipo de

---

<sup>615</sup> Esta cifra identifica a los dispositivos conectados a Internet, si bien puede variar en función de las necesidades del entorno de red. A mayor abundamiento, puede consultarse <https://computerhoy.com/paso-a-paso/internet/como-saber-cual-es-direccion-ip-mi-ordenador-24347>

<sup>616</sup> CAVERO FORRADELLAS advierte que la alusión al “ejercicio de las funciones de prevención y descubrimiento de los delitos cometidos en internet” en el que la policía haya tenido acceso a una dirección IP que estuviera siendo utilizada para la comisión algún delito, parece hacer referencia a una actuación prospectiva, vid. su ponencia “La nueva regulación de las intervenciones telefónicas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal”, *Cit.*, pp. 13-14.

comunicación utilizado o la tarjeta utilizada para acceder a la red de telecomunicaciones<sup>617</sup>.

El IMSI -acrónimo de *International Mobile Subscriber Identity*- es un código de identificación único para cada dispositivo móvil, integrado en la tarjeta chip SIM que se inserta en el teléfono móvil para asignarle el número de abonado o MSISDN -*Mobile Station Integrated Services Digital Network*-, que permite su identificación a través de las redes GSM. Este número de abonado está compuesto por el MCC o código del País (tres dígitos), por ejemplo, 214, que correspondería a España; por el MNC o Código de la red móvil (dos o tres dígitos), por ejemplo, 07, que correspondería a la operadora MOVISTAR; y finalmente por el MSIN (número de diez dígitos) que contiene la identificación de la estación móvil. Es posible obtener el número IMSI de un teléfono móvil mediante un dispositivo que debe aproximarse al teléfono que se desea investigar y que simula el comportamiento de la red GSM, de forma tal que interactúa de manera equivalente a cómo lo hace una infraestructura de red de un operador móvil con un teléfono móvil que se enciende o que cambia de célula de cobertura<sup>618</sup>.

El artículo 588 ter l) indica que, conocidos estos códigos, los agentes de la Policía Judicial pueden solicitar del juez competente la intervención de las comunicaciones, indicando, eso sí, la utilización de los artificios técnicos utilizados<sup>619</sup>. El tribunal dictará resolución motivada concediendo o denegando la solicitud de intervención en el plazo común establecido en el artículo 588 bis c).

Por último, el artículo 588 ter m, prevé que el Ministerio Fiscal o la Policía Judicial pueda dirigirse directamente a los prestadores de servicios de telecomunicaciones, de acceso a una red de telecomunicaciones o de servicios de la sociedad de la información para conocer la titularidad de un número de teléfono o de cualquier otro medio de comunicación, o el número de teléfono o los datos identificativos de cualquier medio de comunicación a partir de la identificación de su titular. La colaboración de estos

---

<sup>617</sup> El Auto del TS 1190/2017, de 20 de julio ha reiterado que, de acuerdo con artículo 588 ter l) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y con la jurisprudencia de éste órgano -vid. STS 492/2016, de 8 de junio- la obtención del número IMSI por el Departamento de Aduanas mediante monitorización, no puede ser considerado como un dato de carácter personal ni afecta al derecho al secreto de las comunicaciones.

<sup>618</sup> En estos términos describe el IMSI la STS 1154/2009, de 11 de noviembre.

<sup>619</sup> El artículo 588 ter l) refiere que “la solicitud habrá de poner en conocimiento del órgano jurisdiccional la utilización de los artificios”, pero no parece que tenga que identificar qué artificio se ha utilizado, sino, únicamente su uso.

prestadores de servicios citados es obligatoria, bajo apercibimiento de incurrir en el delito de desobediencia<sup>620</sup>.

#### 2.1.2.4. Control remoto de seguimiento y localización

Los artículos 588 quinquies b) y c) LECrim regulan la utilización policial de dispositivos o medios técnicos de seguimiento y localización, comúnmente denominados balizas o *beepers*, en el curso de una investigación, con el propósito de controlar la posición geográfica de un determinado sujeto. Por baliza cabe entender un “pequeño dispositivo que, recibiendo datos de posicionamiento GPS, transmite su localización a otro dispositivo manejado por los agentes investigadores; permitiendo de este modo, y con total precisión, hacer un seguimiento minucioso de todos los movimientos del objeto seleccionado, sin más limitaciones que la de la capacidad de la batería que alimente al dispositivo oculto”<sup>621</sup>.

En relación con esta medida, llama la atención que esta diligencia esté prevista conjuntamente con la de la utilización de dispositivos técnicos de captación de la imagen en el Capítulo VII de la LECrim, como si se tratase de una única medida, cuando, en realidad, responden a criterios distintos<sup>622</sup> y, si alguna justificación hubiese que encontrar en cuanto a su su tratamiento conjunto, ésta es su afectación al derecho a la intimidad<sup>623</sup>.

Hoy en día, y hasta que evolucione el estado de la técnica, el control remoto de seguimiento y localización puede realizarse con alguno de los cuatro sistemas que se explican a continuación: el *GPS*, el *GPS* asistido, el *GSM* y el *GPS* con 3G o 4G<sup>624</sup>. Estos

---

<sup>620</sup> Esta previsión ya sirvió a finales del año 2015 para desestimar un recurso en el que se alegaba la obtención de los teléfonos del recurrente sin título habilitante ni resolución judicial en la STS 709/2015, de 16 de octubre.

<sup>621</sup> Esta definición de baliza es la realizada por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en su Auto de 10 de abril de 2014.

<sup>622</sup> Las diferencias son notorias, ya que, por ejemplo, la la captación de la imagen en espacios públicos no requiere de habilitación judicial y la la utilización de dispositivos técnicos de seguimiento y de localización, sí.

<sup>623</sup> Esta es la razón que VILLAGÓMEZ MUÑOZ atribuye al tratamiento conjunto de la captación de la imagen en espacios públicos y de la utilización de dispositivos técnicos de seguimiento y de localización, en la ponencia “Otras medidas de investigación limitativas de derechos reconocidos por el art. 18 CE...”, *Cit.*, p. 10.

<sup>624</sup> Los sistemas de captación de datos de localización citados los explica de forma detallada VILLAGÓMEZ MUÑOZ en la conferencia “Otras medidas de investigación limitativas de derechos reconocidos por el art. 18 CE...”, *Cit.*, pp. 3-4. Además, la autora afirma que el seguimiento y localización por medio de dispositivos o medios técnicos es una de las técnicas policiales más utilizadas por las FFCCSS, si bien no se ha difundido su uso por realizarse -antes de la reforma de la LO 13/2015- sin autorización judicial (véase la página 5 de la conferencia).

sistemas se colocan en los coches, embarcaciones u objetos, como teléfonos móviles y captan y envían los datos de su posicionamiento.

Un primer sistema es el *GPS (Global Positioning System)* o Sistema de Posicionamiento Global, que determina la posición geográfica de los receptores gracias a la conexión con un mínimo de tres de los veinticuatro a treinta satélites situados en una órbita a unos veinte mil kilómetros de la Tierra que tienen trayectorias sincronizadas para cubrir toda la superficie de la Tierra<sup>625</sup>. El dispositivo recibe unas señales indicando la identificación y la hora del reloj de cada uno de los satélites, sincroniza el reloj del *GPS* y calcula el tiempo que tardan en llegar las señales al equipo de acuerdo con la distancia de cada satélite al punto de medición mediante el método conocido como “trilateración inversa”. Conocidas las distancias y las coordenadas de los satélites, se determina fácilmente la posición del aparato bajo cualquier condición meteorológica<sup>626</sup>.

Un segundo sistema de localización es el *GPS* asistido, *A-GPS* o *Assisted Global Positioning System* que, en realidad, está basado en el perfeccionamiento de los radiotransmisores *GPS*, a los que han incorporado una conexión a Internet. Los receptores *GPS* convencionales tienen, en ocasiones, dificultades para encontrar señal suficiente que proporcione posiciones precisas cuando hay obstáculos. En este sentido, un receptor *GPS* asistido combina su posicionamiento con el acceso a una base de datos en línea (modo “on-line”) en tiempo real o fuera de línea (modo “off-line”) descargada previamente.

Una tercera manera de localizar y/o seguir un dispositivo tecnológico es por medio del sistema global de localizaciones móviles *GSM*. Los terminales receptores, normalmente teléfonos móviles, buscan las tres antenas *BTS (Base Transceiver Station* o estación base transceptora que sirve como punto de acceso a una red de comunicación fija) y se conectan a la más cercana que no esté saturada. La localización del dispositivo viene dada por triangulación, esto es, su ubicación se encuentra en el punto de intersección de los radios de alcance de las tres antenas más próximas, tal y como muestra la imagen. La precisión de la localización depende, por tanto, de la distancia entre las estaciones bases, que suelen instalarse más próximas entre sí en zonas urbanas, más densamente pobladas.

---

<sup>625</sup> En el momento de redacción son veinticuatro satélites, si bien existe la previsión de ampliarlos al número de treinta, vid. <https://gpsoccidente.com/sistema-de-posicionamiento-global-popayan/> (última visita 28 noviembre de 2018).

<sup>626</sup> El margen de error en la posición exacta varía en función de la distancia entre las antenas instaladas.





Fuente: <https://movilfacil.wordpress.com/2011/03/25/cap-8-posicionamiento-localizacion/>

Y, por último, el servicio GPS se complementa en algunos dispositivos con la tecnología de comunicación de redes 3G o 4G para conseguir información más precisa del posicionamiento.

Aunque es cierto que la geolocalización es una medida más segura y eficaz que un seguimiento convencional que, además, necesita de muchos menos agentes para su puesta en práctica, no lo es menos que, en el anverso de la moneda, es una medida de vigilancia más intrusiva que las tradicionales vigilancias físicas policiales, en tanto en cuanto permiten el control de los movimientos del sujeto pasivo incluso en espacios privados o en aquellos en los que no sería posible a los agentes mantener el control visual<sup>627</sup>. Por ello, la adopción de esta medida exige previa autorización del juez competente<sup>628</sup>, que,

---

<sup>627</sup> Vid. VELASCO NÚÑEZ, E., “Tecnovigilancia, geolocalización y datos: aspectos procesales penales”, *Diario La Ley*, nº 8338, Año XXXV, Editorial LA LEY, 23 de junio de 2014, p. 8. Sobre esta cuestión, contrariamente a lo expuesto, REYES LÓPEZ opina que la determinación espacial que realizan los dispositivos técnicos no es tan exacta como la efectúan visualmente los agentes y que, por tanto, el sacrificio del derecho es menor, en REYES LÓPEZ, J.I., “Los dispositivos técnicos de geolocalización. Régimen jurídico a partir de la L.O. 13/2015”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 4, Editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2016. Resulta curiosa la sentencia 216/2016 de la Audiencia Provincial de Navarra, de 29 de julio en la que la policía afirma que “dispositivo de control” es un término técnico-policial para referirse a la ubicación estratégica y discreta de efectivos policiales sobre una persona, objeto, vehículo o lugar para proceder a su vigilancia y control y no a un dispositivo de control instalado en un vehículo del investigado, para el que no se había solicitado la preceptiva autorización judicial (vulnerando el art. 588 quinques b) y por el que el apelante instaba la nulidad de actuaciones porque entiende que la localización del domicilio en el que se había realizado una entrada y registro se conocía por la instalación de una baliza de seguimiento en el vehículo del investigado.

<sup>628</sup> Conforme a los artículos artículo 588 bis b y c, aplicables a los capítulos V a IX del Título VIII del Libro II de la LECrim y, por tanto, a la utilización de dispositivos técnicos de seguimiento y localización, esta habilitación judicial se puede acordar de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal o de la Policía Judicial. Si se solicita, la petición debe contener: a) el hecho punible objeto de investigación y su calificación jurídica, con expresión de los indicios racionales en los que funde la medida, b) la identidad de los investigados y de cualquier otro afectado por la medida, de ser conocido, c) la extensión de la medida de injerencia, especificando su alcance así como la motivación relativa al cumplimiento de los principios rectores establecidos en el artículo 588 bis a, d) la unidad investigadora de Policía Judicial que se hará cargo de la intervención, e) la duración de la medida, f) la forma y la periodicidad con la que el solicitante informará al juez sobre los resultados de la medida, 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. En todo caso, la autorización deberá dictarse –en forma de auto motivado– en el plazo máximo de veinticuatro horas desde la solicitud (de ser el caso) conteniendo, al menos, los siguientes extremos: a) El hecho punible objeto de investigación y su calificación jurídica, con expresión de los indicios racionales en los que funde la medida, b) La identidad de los investigados y de cualquier otro afectado por la medida, de ser conocido, c) La

recuérdese, deberá sujetarse a los principios de especialidad, idoneidad, excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, de acuerdo con las bases comunes que el artículo 588 bis a) dicta para las medidas tecnológicas de los capítulos V a IX del Título VIII del Libro II de la LECrim<sup>629</sup>.

Si concurren razones de urgencia tales que, de no adoptarse la medida, se frustraría la investigación, la policía judicial estará legitimada para la colocación de estos dispositivos, sin perjuicio de que informe y solicite la confirmación o rechazo a la autoridad judicial inmediatamente y siempre en un plazo no superior a veinticuatro horas para que el Juez, también en un plazo máximo de veinticuatro horas, permita la continuación de la medida u ordene su cese inmediato<sup>630</sup>. Si el juez no ratifica el control remoto puesto en práctica por la policía porque no considera que tal riesgo existiese, lo obtenido hasta el momento no podrá utilizarse posteriormente en un proceso<sup>631</sup>.

Nada dice la ley, sin embargo, sobre si debe comunicarse la colocación de una baliza a la autoridad judicial competente para el enjuiciamiento del delito investigado, si bien así debe entenderse que sí, en tanto en cuanto ha de ratificarla o revocarla y eso lo hará en función de los datos de la instrucción.

---

extensión de la medida de injerencia, especificando su alcance así como la motivación relativa al cumplimiento de los principios rectores establecidos en el artículo 588 bis a, d) La unidad investigadora de Policía Judicial que se hará cargo de la intervención, e) La duración de la medida, f) La forma y la periodicidad con la que el solicitante informará al juez sobre los resultados de la medida, 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.

<sup>629</sup> Cabría preguntarse si no es una reiteración que el mismo artículo 588 quinquies b se refiera a que se aprobará judicialmente la utilización de estos dispositivos de investigación si concurren “razones de necesidad y la medida result[a] proporcionada”, cuando son de aplicación a la autorización que habilita la adopción de esta medida los citados principios rectores del artículo 588 bis a, que ya recoge los principios de necesidad y proporcionalidad. Esta mención expresa puede tener su origen en la STEDH Uzun c/ Alemania, de 2 de diciembre que disponía que el uso de los dispositivos GPS es una injerencia en la vida privada porque recopila información sistemática de una persona y su utilización sólo es legítima si es acorde a los principios de proporcionalidad y necesidad.

<sup>630</sup> La autorización judicial para la instalación de balizas de seguimiento no venía exigiéndose jurisprudencialmente de manera general, vid. las SSTs 942/2004, de 22 de julio; 562/2007, de 22 de junio; 523/2008, de 11 de julio; 906/2008, de 19 de diciembre; 798/2013, de 5 de noviembre, casi todas referidas a balizas usadas sobre embarcaciones. El Preámbulo de la LO 13/2015 justifica la necesaria autorización judicial para la utilización de dispositivos técnicos de seguimiento y localización en la incidencia sobre la intimidad que produce que los poderes públicos puedan conocer la ubicación espacial de una persona.

<sup>631</sup> La información obtenida por dispositivos de seguimiento y localización sin autorización judicial *ex ante* o *ex post* carece de efectos en el proceso porque así lo dispone explícitamente el artículo 588 quinquies b 4, si bien es más discutible que se haya obteniendo vulnerando derechos fundamentales porque la jurisprudencia previa a la aprobación de este precepto entendía que no, vid. las SSTs 942/2004, de 22 de julio; 562/2007, de 22 de junio; 523/2008, de 11 de julio; 906/2008, de 19 de diciembre; 798/2013, de 5 de noviembre.

No existe tampoco en la citada regulación pronunciamiento sobre si, para la instalación de estos dispositivos, es posible el acceso a espacios protegidos por el 18.2 CE, como el interior de una embarcación que sirva de vivienda, si bien, se entiende que este supuesto requeriría motivación judicial expresa. Sobre la cuestión, REYES LÓPEZ sostiene que no es necesaria autorización judicial para geolocalizar elementos que ya dispongan de GPS porque su instalación sea preceptiva, como los furgones blindados o el transporte marítimo internacional de mercancías<sup>632</sup>. Lo mismo ocurre con respecto a la incidencia de esta diligencia sobre el derecho al secreto de las comunicaciones, aunque en principio, el sólo acceso a la información derivada de transmisores GPS o GSM no implica una comunicación.

El legislador, sin embargo, no ha precisado los sujetos que pueden vigilarse con esta técnica, algo que sí ha hecho con respecto a la utilización de dispositivos técnicos de captación de la imagen, que se habilita expresamente para la investigación de la persona investigada. Que la norma no incluya una referencia explícita al empleo de dicha medida para la persona investigada lleva a pensar que sea posible su uso sobre personas distintas. Cabe reparar, no obstante, que esta diligencia mostrará el posicionamiento del objeto sobre el que se ha instalado el dispositivo, pero no de la persona que conduce el vehículo, está a bordo de la embarcación o porta el objeto balizado.

Por lo que a la duración hace referencia, el Juez autorizará la utilización de estos dispositivos técnicos de seguimiento y localización por el tiempo imprescindible para el esclarecimiento de los hechos<sup>633</sup> y, en todo caso, por un plazo máximo de tres meses a partir de la fecha de su autorización, prorrogables judicialmente –de oficio o previa petición razonada del Ministerio Fiscal o la Policía Judicial<sup>634</sup>–, si existen motivos justificados tras el análisis de los resultados obtenidos, por un periodo igual o inferior,

---

<sup>632</sup> REYES LÓPEZ, J.I., “Los dispositivos técnicos de geolocalización. Régimen jurídico a partir de la L.O. 13/2015”, *Op. Cit.*, p. 4.

<sup>633</sup> El artículo 588 bis e) LECrim determina que las medidas reguladas en los capítulos V a IX del Título III del Libro II LECrim no podrán exceder del tiempo imprescindible para el esclarecimiento de los hechos.

<sup>634</sup> Así se desprende de la lectura conjunta de los artículos 588 bis e) y f) LECrim, aplicables a esta medida de investigación. De acuerdo con estos preceptos, también hay que tener en cuenta que si la solicitud de prórroga proviene del Ministerio Fiscal o la Policía Judicial, deberá incluir en todo caso un informe detallado del resultado de la medida y las razones que justifiquen la continuación de la misma. En el plazo de los dos días siguientes a la presentación de la solicitud, el juez resolverá sobre el fin de la medida o su prórroga mediante Auto motivado, si bien podrá solicitar aclaraciones o mayor información antes de dictar la resolución. Concedida la prórroga, su cómputo se iniciará desde la fecha de expiración del plazo de la medida acordada.

hasta un total de dieciocho meses<sup>635</sup>. En atención a la limitación temporal es posible que, transcurrido el plazo, la policía judicial no tenga acceso a la baliza para recuperarla y desactivarla. En el caso de que la medida continuase más allá del periodo autorizado, la información así conocida no podrá incorporarse al acervo probatorio por ausencia de habilitación judicial.

La LECrim exige un control judicial de los resultados obtenidos con la medida para la adopción de prórrogas por el mismo o inferior plazo, hasta un máximo de dieciocho meses<sup>636</sup>. Este control judicial también se realiza cuando el Juez lo solicite y cuando terminen las investigaciones, entregándole la información recogida por la policía –en los soportes originales o en copias electrónicas auténticas-<sup>637</sup>.

Como no podía ser de otro modo, la LECrim indica expresamente que la información obtenida a través de los dispositivos técnicos de seguimiento y localización a los que se refieren los artículos anteriores deberá ser debidamente custodiada para evitar su utilización indebida<sup>638</sup>.

Finalmente, igual que sucede con la diligencia de interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas, el artículo 588 quinquies b) también establece a los prestadores, agentes y personas que nombra el artículo 588 ter e) un deber de asistencia y colaboración para con el juez, el Ministerio Fiscal y los agentes de la Policía Judicial designados para la práctica de la medida en el cumplimiento de los autos por los que la autoridad competente ordene el seguimiento<sup>639</sup>. El incumplimiento de este deber podría considerarse como un delito de desobediencia.

#### **2.1.2.5. Acceso a la información remota desde un sistema accesible de forma física**

---

<sup>635</sup> Se entiende, por tanto, que, si la policía judicial ha adoptado la medida sin la previa autorización judicial por concurrir razones de urgencia, el plazo de tres meses se inicia a partir de la fecha de la ejecución de la medida y no de la posterior autorización, en caso de confirmarse la legalidad de la misma.

<sup>636</sup> VILLAGÓMEZ MUÑOZ pone de manifiesto que limitar la prórroga de la medida a los resultados por ella obtenidos excluye aquella información conocida por medio de otro acto de investigación que pudiese servir para mantener la geolocalización, en la conferencia “Otras medidas de investigación limitativas de derechos reconocidos por el art. 18 CE...”, *Cit.*, p. 16.

<sup>637</sup> Vid. Artículo 588 quinquies c) LECrim.

<sup>638</sup> Artículo 588 quinquies c 3.

<sup>639</sup> Resulta algo extraña la alusión al artículo 588 ter e, cuando podría reproducir en el artículo los sujetos a los que se refiere el citado precepto, sin necesidad de remitir a la interceptación de comunicaciones telefónicas y telemáticas.

El estado de la técnica permite, también, el acceso remoto a información que, aunque no se encuentre disponible en abierto, ni está contenida en el dispositivo sobre el que se realice un registro, sea accesible a través del mismo por medio de lo que se conoce como registro ampliado o *extended search of computers*<sup>640</sup>.

La ampliación lícita del registro de un sistema de información a aquellos datos accesibles o disponibles desde el primero exige autorización judicial, que puede venir contenida en la habilitación inicial de registro o concederse posteriormente<sup>641</sup>. Si concurren razones de urgencia y se aprecia un interés constitucional legítimo que haga imprescindible la medida, la LECrim habilita a la Policía Judicial o al Ministerio Fiscal para que lleve a cabo la ampliación del registro, siempre que informe al juez competente sobre la forma en que se ha efectuado y su resultado en el momento más inmediato y, en todo caso, siempre en el plazo máximo de veinticuatro horas desde la actuación<sup>642</sup>. El juez, también de forma motivada, revocará o confirmará tal actuación en un plazo máximo de setenta y dos horas desde que fue ordenada la interceptación<sup>643</sup>.

Estos datos accesibles desde un primer dispositivo para el que se ha autorizado su registro se refieren, en la mayoría de las ocasiones, a la información contenida en la nube o *cloud computing*<sup>644</sup>, si bien, también puede referirse a una red local (*computer network*) accesible a través del equipo que se ha localizado e intervenido físicamente.

Esta práctica ya venía admitiendo autorización judicial por entenderse que el acceso ajeno a los datos en la nube afecta al derecho a la intimidad -por lo que el consentimiento del titular también puede legitimar esta práctica- y al 18.4 CE cuando se trate de datos

---

<sup>640</sup> BACHMAIER WINTER, L., “Registro remoto de equipos informáticos...”, *Op. Cit.*, p. 5.

<sup>641</sup> Art. 588 sexies c) LECrim que recoge lo ya dispuesto en el artículo 19.2 del Convenio de Budapest.

<sup>642</sup> Art. 588 sexies c) LECrim, apartado cuatro.

<sup>643</sup> Adviértase que el apartado tercero del art. 588 sexies c) LECrim habilita a la Policía Judicial y al Ministerio Fiscal a ampliar en registro sin previa autorización judicial cuando concorra urgencia y, el apartado cuarto de este mismo precepto, faculta a la Policía judicial a llevar a cabo las medidas previstas en los apartados anteriores sin previa autorización judicial cuando concorra urgencia e interés constitucional legítimo, comunicándolo al juez competente en las mismas condiciones que lo referido para la ampliación del registro que regula el apartado tercero. Esta doble previsión, que no coincide en su totalidad, recogidas en dos preceptos consecutivos de un mismo artículo demuestra una técnica legislativa deficiente que debiese corregirse.

<sup>644</sup> Las organizaciones que prestan servicios de *cloud computing* almacena la información de sus usuarios de manera permanente en servidores alojados en cualquier parte del mundo y la envían a través de Internet a cachés temporales del equipo informático del usuario que asocia a esa “nube” o con el que acceda a él (equipo portátil, equipo de sobremesa, tableta, Smartphone...). Drive o Dropbox son ejemplos de servicios de *cloud computing*.

personales, v. gr., ficheros de empresa, con el derecho a la protección de datos, pero no al 18.3 CE, por no albergar comunicaciones en marcha<sup>645</sup>.

#### 2.1.2.6. Registro remoto o *hacking judicial*

El registro remoto, registro *online*, *remote search* o *hacking judicial* es una técnica de investigación que consiste en el acceso y exploración a distancia de un sistema informático o dispositivo electrónico del sujeto investigado, sin su conocimiento<sup>646</sup>. Por lo general, la práctica de esta diligencia exige que los equipos estén en funcionamiento y en línea<sup>647</sup>.

En la actualidad hay tres formas distintas de llevar a cabo el registro remoto, en primer lugar, con la instalación de un software, conocido como “troyano” o *spyware*<sup>648</sup>, que accede al contenido del dispositivo que se pretende analizar; en segundo lugar, con el uso de códigos o datos de identificación que permiten un acceso a los contenidos del dispositivo y, en tercer lugar, con la instalación de un *keylogger*, esto es, un instrumento que, a través de un hardware o un software, almacena las pulsaciones que se realizan en el teclado de un dispositivo<sup>649</sup>.

Este tipo de registros puede resultar útil cuando el dispositivo electrónico investigado se encuentra en constante movimiento -el ejemplo más evidente es el de los *smartphones*, tabletas o similares-, cuando el acceso al lugar donde éste se halle suponga un peligro

---

<sup>645</sup> DELGADO MARTÍN, J., “La prueba electrónica en el proceso penal”, *Op. Cit.*, p. 12; ZOCO ZABALA, C., “Acceso a los datos ajenos “en la nube” e interceptación de las comunicaciones virtuales ajenas: diferente protección iusfundamental”, *Actas VI Congreso Internacional Latina de Comunicación Social*, Sociedad Latina de Comunicación Social – La Laguna, Tenerife, 2014, p. 12.

<sup>646</sup> ORTIZ PRADILLO, J.C., *Problemas Procesales de la...*, *Op. Cit.*, p. 177; AGUSTINA SANLLEHÍ, J. R., “*Algunas consideraciones sobre el denominado hacking judicial*”, *Iuris*, nº 199, Sección Tribuna, Quincena del 1 al 14 octubre, Editorial La Ley, 2013. RODRÍGUEZ LAINZ apunta que el registro remoto, a diferencia con la intervención de las comunicaciones, se obtiene del dispositivo, esto es, de la misma fuente de origen, en RODRÍGUEZ LAINZ, J.L., “Intervención judicial de comunicaciones vs. Registro remoto...”, *Op. Cit.*, p. 8.

<sup>647</sup> RICHARD GONZÁLEZ, M., “Conductas susceptibles de ser intervenidas...”, *Op. Cit.*, p. 18.

<sup>648</sup> “Troyano” y *spyware* son programas espías que acceden al contenido del dispositivo en el que se instalan. El primero, como puede deducirse, debe su nombre al mitológico caballo de Troya.

<sup>649</sup> DELGADO MARTÍN, J., “Investigación del entorno virtual: el registro de dispositivos digitales tras la reforma por LO 13/2015”, *Diario La Ley*, nº 8693, Sección Doctrina, 2 de febrero, Editorial La Ley, 2016, p. 14. RODRÍGUEZ LAINZ indica que la utilización de códigos o datos de identificación comporta de la colaboración de terceros o de operadores que presenten servicio de la sociedad de la información y de un acceso para activar las claves que se torna complejo y, con respecto a la utilización de troyanos, expone que pueden acceder al dispositivo aprovechando su conexión a una red pública o a canales de compartición de información o por medio de un envío adjunto en un correo o mensaje, si bien, en ocasiones, se necesitará desactivar niveles o protocolos de seguridad de forma manual, en RODRÍGUEZ LAINZ, J.L., “Intervención judicial de comunicaciones vs. Registro remoto...”, *Op. Cit.*, p. 7.

para la vida o integridad física de los agentes, de la información o del propio equipo informático o cuando sea necesario acceder al equipo informático en tiempo real para capturar las claves utilizadas para descifrar el uso de criptografía en la información almacenada<sup>650</sup>.

Sin embargo, esta medida de investigación es harto invasiva y afecta a derechos fundamentales tales como el derecho a las comunicaciones<sup>651</sup>, el derecho fundamental a la protección de datos e, incluso, el derecho a la inviolabilidad del domicilio si el dispositivo intervenido se encuentra en el interior de una vivienda, si bien, incide especialmente sobre el derecho fundamental al propio entorno virtual<sup>652</sup>.

Sobre esto, el TC alemán (BverfG), en su famosa sentencia del 27 de febrero de 2008 en la que establece qué debe entenderse por derecho fundamental al propio entorno virtual, determina que el acceso policial secreto y online a los equipos informáticos de sospechosos que se lleva a cabo por medio de la instalación remota de softwares “espías” o “troyanos” que registran, graban y/o envían información del contenido y de la actividad de un ordenador sin necesidad de acceder físicamente al equipo informático, no viola el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio porque la movilidad de tales dispositivos impide que éstos tengan consideración de “domicilio”<sup>653</sup>. En cualquier caso, adviértase que el registro remoto es más invasiva que un registro domiciliario físico, ya que la clonación suele realizarse sobre el total de los archivos, cosa que no ocurre en el registro físico de un domicilio en el que, además, el acusado puede estar presente.

---

<sup>650</sup> DELGADO MARTÍN, J., “La prueba electrónica en el proceso penal”, *Op. Cit.*

<sup>651</sup> Así, el acceso al contenido de un dispositivo electrónico implica en numerosas ocasiones también el registro de las telecomunicaciones escritas almacenadas en el dispositivo. BACHMAIER WINTER compara los requisitos necesarios para el registro remoto y para la interceptación telefónica y concluye que la interceptación telefónica se autoriza para la investigación de los delitos cuya pena no llegue a los tres años de privación de libertad (salvo que se trate de los delitos de delincuencia organizada, terrorismo o delitos cometidos a través de sistemas informáticos) y el registro remoto para delitos concretos, independientemente de la pena prevista para los mismos; por lo que deduce que la intención del legislador no ha sido cubrir la interceptación en tiempo real de las telecomunicaciones con el registro remoto, aunque el acceso a esas comunicaciones en poco o nada se diferencia en la mayoría de los casos de su interceptación en tiempo real, vid. BACHMAIER WINTER, L., “Registro remoto de equipos informáticos...”, *Op. Cit.*, p. 14.

<sup>652</sup> RICHARD GONZÁLEZ, M., “Conductas susceptibles de ser intervenidas...”, *Op.Cit.*, p. 18.

<sup>653</sup> ORTIZ PRADILLO añade que la Corte Suprema italiana tampoco ha entendido como vulnerado del derecho a la inviolabilidad del domicilio la utilización de estos programas espías en un asunto en el que el software fue instalado en la sede de unas oficinas del Ayuntamiento y no en un lugar que pudiera ser considerado como domicilio (si bien tampoco se entendió vulnerado del derecho al secreto de las comunicaciones porque la interceptación no era de comunicaciones, sino de la información presente en el ordenador), en ORTIZ PRADILLO, J.C., *Problemas Procesales de la...*, *Op. Cit.*, p. 188.

La LECrim regula esta diligencia en el Capítulo IX, Título VIII del Libro II LECrim – “registros remotos sobre equipos informáticos”-, en los artículos 588 septies, letras a)-c). La regulación de esta práctica supone un avance importante, porque venía utilizándose, por aplicación analógica, la tradicional recogida de los efectos del delito, que históricamente se utilizaba como diligencia habilitante en una entrada y registro en lugar cerrado para examinar los dispositivos electrónicos hallados<sup>654</sup>.

En el estudio comparado de la cuestión, países como Estados Unidos, Australia, Reino Unido, Italia o Francia sí regulan la investigación de delitos por medio de la monitorización remota de dispositivos informáticos<sup>655</sup>. Por lo que a Alemania respecta, pese a que pese a que no hay una regulación expresa, la jurisprudencia sí se ha pronunciado con respecto a su posible incardinación en otras diligencias de investigación, entendiendo BSH que no tiene cabida, ya que no se puede incluir en la intervención de las comunicaciones (§100a StPO), pues el registro remoto no necesariamente se limita al examen de comunicaciones, tampoco se puede circunscribir en el registro de un disco duro (§110 StPO), porque esta diligencia es más dilatada, ni tampoco en la escucha de palabras habladas (*Abhören gesprochener Worte*, §§100c I y 100 f StPO)<sup>656</sup>.

En España, la regulación de esta diligencia únicamente prevé su utilización para los delitos contra menores o personas con capacidad modificada judicialmente, para delitos contra la Constitución, para delitos de terrorismo, de traición y relativos a la defensa nacional, para delitos cometidos en el seno de organizaciones criminales y para aquellos delitos cometidos a través de instrumentos informáticos o de cualquier otra tecnología de la información o la telecomunicación o servicio de comunicación<sup>657</sup>. Parte de la doctrina ha criticado la inclusión del último grupo de delitos que habilitan la adopción de esa medida -aquellos cometidos a través de instrumentos informáticos o de cualquier otra tecnología de la información o la telecomunicación o servicio de comunicación-, por

---

<sup>654</sup> AGUSTINA SANLLEHÍ, J. R., “*Algunas consideraciones sobre el...*”, *Op. Cit.*, p. 4; ORTIZ PRADILLO, J.C., *Problemas Procesales de la...*, *Op. Cit.*, pp. 178 y ss.

<sup>655</sup> Un estudio pormenorizado de sobre la cuestión en ORTIZ PRADILLO, J.C., *Problemas Procesales de la...*, *Op. Cit.*

<sup>656</sup> GONZÁLEZ NAVARRO realiza un estudio comparado entre España y Alemania sobre el particular, en GONZÁLEZ NAVARRO, A., “Nuevas tecnologías aplicadas a la investigación criminal: las regulaciones española y alemana”, en *El proceso penal. Cuestiones fundamentales* (Coord. FUENTES SORIANO), Tirant lo Blanch, 2017, pp. 403-404.

<sup>657</sup> Vid. artículo 588 septies a) LECrim.



equipararse con delitos graves como son los de terrorismo o los cometidos en el seno de organizaciones criminales<sup>658</sup>.

LÓPEZ-BARAJAS PEREA justifica el sistema de “*numerus clausus*” de esta medida de investigación tecnológica en el intenso grado de injerencia que ésta implica sobre la esfera de los derechos individuales, que impide, incluso, la adopción del registro remoto sin autorización judicial en supuestos de urgencia<sup>659</sup>.

La adopción de esta diligencia goza de reserva jurisdiccional que exige su aprobación en forma de Auto motivado por el juez que instruya la causa, en un plazo de veinticuatro horas desde que se formule la solicitud. Esta resolución judicial debe cumplir con las disposiciones comunes previstas en los artículos 588 bis a-c LECrim<sup>660</sup> y ha de detallar numerosos datos, véase: qué dispositivos o sistemas informáticos son objeto de la medida, el alcance y forma de la misma, el software mediante el que se ejecutará el control de la información<sup>661</sup>, los agentes autorizados que accederán y aprehenderán los datos o archivos informáticos relevantes para la causa<sup>662</sup>, las medidas precisas para la

---

<sup>658</sup> En este sentido, GONZÁLEZ NAVARRO afirma que “parece que con ello se equipara el hecho de que para la comisión del hecho delictivo se hayan utilizado las nuevas tecnologías con que para la investigación de los hechos (que perfectamente pueden ser de escasa relevancia, pues nada especifica el precepto en sentido contrario) se utilice una medida tan gravosa como la que aquí se estudia. Sin embargo, entiendo que la sola existencia de un ilícito penal que haya sido cometido por medio de instrumentos informáticos o de cualquier otra tecnología de la información no puede ser suficiente para legitimar, por sí misma y de forma automática, la utilización de esta medida”, en GONZÁLEZ NAVARRO, A., “Nuevas tecnologías aplicadas...”, *Op. Cit.*, p. 404. En la misma línea, BUENO DE MATA, F., “Drones, virus espía y agentes encubiertos en la Red”, ponencia presentada al XIX CONGRESO IBEROAMERICANO DE DERECHO E INFORMÁTICA MEDELLÍN, del 26 al 28 de agosto de 2015, p. 19. BACHMAIER WINTER justifica este supuesto en una recomendación del Convenio de Budapest que se puede leer en el Informe Explicativo del Convenio, en BACHMAIER WINTER, L., “Registro remoto de equipos informáticos...”, *Op. Cit.*, pp. 13-14.

<sup>659</sup> En este sentido, LÓPEZ-BARAJAS PEREA, I., “Aplicación de las Tecnologías de la información y de la comunicación a la investigación criminal: la Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal Española de 2015”, *Revista iberoamericana de Sistemas, Cibernética e Informática*, volumen 13, nº2, 2016, p. 18.

<sup>660</sup> BACHMAIER WINTER sostiene que la justificación de la aplicación del principio de proporcionalidad para la adopción del auto judicial motivado se cierne compleja cuando no se trata de delitos graves, especialmente cuando estamos ante delitos cometidos a través de sistemas informáticos cuya pena prevista no es elevada, porque el perjuicio que esos delitos causan a la sociedad no siempre es tan evidente, en BACHMAIER WINTER, L., “Registro remoto de equipos informáticos...”, *Op. Cit.*, pp. 22-23.

<sup>661</sup> BACHMAIER WINTER, L., “Registro remoto de equipos informáticos...”, *Op. Cit.*, p. 28 afirma que “los jueces de instrucción no tienen conocimientos de informática suficientes para decidir cuál es el software que debe utilizarse para el registro remoto o cómo debe realizarse la copia y conservación de los datos que se aprehendan. Al respecto, y en tanto los jueces de instrucción no reciban formación especializada en estas materias y se elabore un protocolo de ejecución de estas medidas, habrán de confiar en las indicaciones que reciban de los propios agentes especializados en delitos telemáticos o en peritos informáticos”.

<sup>662</sup> RICHARD GONZÁLEZ prevé la posibilidad de que esta medida se conceda asociada a la figura del agente encubierto informático, previsto *ex novo* por 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* en el artículo 282 bis LECrim, en RICHARD GONZÁLEZ, M., “Conductas susceptibles de ser intervenidas...”, *Op. Cit.*, p. 19.

preservación de la integridad de los datos almacenados y para la inaccesibilidad o supresión de los mismos del sistema informático al que se ha tenido acceso y, en su caso, la autorización para la realización y conservación de copias de los datos informáticos - estos extremos se podrán ampliar judicialmente cuando los agentes que lleven a cabo el registro remoto tengan razones para creer que los datos buscados están almacenados en otro sistema informático o en una parte del mismo<sup>663</sup>. La exigencia de autorización judicial se extiende, incluso, al registro ampliado de datos que puedan estar almacenados en otro sistema informático o parte del mismo<sup>664</sup>.

También se prevé la obligada colaboración de los prestadores de servicios de telecomunicaciones, de acceso a una red de telecomunicaciones o de servicios de la sociedad de la información, así como de toda persona que de cualquier modo contribuya a facilitar las comunicaciones a través del teléfono o de cualquier otro medio o sistema de comunicación telemática, lógica o virtual y los titulares o responsables del sistema informático o base de datos objeto del registro están obligados a facilitar a los agentes investigadores la colaboración precisa para la práctica de la medida, el acceso al sistema y la asistencia necesaria para que los datos e información recogidos puedan ser objeto de examen y visualización<sup>665</sup>. Del mismo modo, las autoridades y los agentes encargados de la investigación podrán ordenar a cualquier persona que conozca el funcionamiento del sistema informático o las medidas aplicadas para proteger los datos informáticos contenidos en el mismo -salvo que se trate del investigado o encausado, de las personas que están dispensadas de la obligación de declarar por razón de parentesco, o de aquellas que, de conformidad con el artículo 416.2, no pueden declarar en virtud del secreto profesional- que facilite la información que resulte necesaria para el buen fin de la diligencia. Los sujetos citados tendrán la obligación de guardar secreto acerca de las actividades requeridas por las autoridades y podrán incurrir en delito de desobediencia<sup>666</sup>.

La LECrim prevé la posibilidad de que las medidas de investigación electrónicas afecten a terceras personas<sup>667</sup>, pero no especifica si se puede llevar a cabo un registro remoto para

---

<sup>663</sup> Artículo 588 septies a y las disposiciones comunes a todas las diligencias tecnológicas previstas en el artículo 588 bis, letra c, apartado tercero LECrim.

<sup>664</sup> La previsión de ampliar el registro a información contenida en otro sistema informático o parte de él también se regula con respecto al registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información en el que, además y a diferencia de lo que establece el artículo 588 septies a 3 para el registro remoto, podrá llevarse a cabo de urgencia por el Ministerio Fiscal o la Policía judicial informando al juez en el plazo máximo de veinticuatro horas para que pueda refrendar o censurar la actuación.

<sup>665</sup> Artículo 588 septies b) LECrim.

<sup>666</sup> Vid. artículos 588 septies b) y 588 ter e) LECrim.

<sup>667</sup> Artículo 588 bis h) LECrim.

acceder a un dispositivo de un sujeto distinto del sospechoso, pero posiblemente utilizado por el investigado para almacenar o para comunicar, ni tampoco indica si se puede registrar de forma remota un dispositivo de un tercero que, aunque no esté siendo utilizado por el sospechoso, albergue datos relevantes para el esclarecimiento del delito. Sobre el particular, BACHMAIER WINTER aboga por aplicar *mutatis mutandi* la regulación prevista para la interceptación de comunicaciones telemáticas, teniendo en cuenta que el registro remoto de un ordenador a través de la instalación de software implica siempre una interceptación de las comunicaciones<sup>668</sup>. En este sentido, la autora defiende la intromisión remota en un dispositivo electrónico de un tercero cuando exista constancia de que el sujeto investigado se sirve de aquella para transmitir o recibir información; el titular colabore con la persona investigada en sus fines ilícitos o se beneficie de su actividad o el dispositivo objeto de investigación sea utilizado maliciosamente por terceros por vía telemática, sin conocimiento de su titular<sup>669</sup>. Ello no obstante, esta práctica implica una considerable injerencia en los derechos fundamentales y, en ese sentido, su interpretación debe ser restrictiva, por lo que, si no se ha regulado expresamente el acceso remoto a dispositivos de terceros, no debe hacerse una aplicación analógica de lo previsto con respecto a la interceptación de comunicaciones telemáticas. Con respecto a su limitación temporal, la medida se ceñirá al tiempo estrictamente imprescindible para el esclarecimiento de los hechos -tal y como establecen las disposiciones comunes del artículo 588 bis e LECrim para los actos de investigación regulados en los capítulos V a IX del título VIII del Libro II de la citada ley procesal-, si bien tendrá una duración máxima de un mes, prorrogable por iguales periodos hasta un máximo de tres meses, siempre que la medida siga siendo adecuada, necesaria y proporcional<sup>670</sup>. Para el cómputo del plazo parece acertado tomar como *dies a quo* el momento en que se ha instalado y está operativo el software en el equipo en cuestión y

---

<sup>668</sup> BACHMAIER WINTER, L., “Registro remoto de equipos informáticos...”, *Op. Cit.*, p. 11.

<sup>669</sup> Para BACHMAIER WINTER “habría sido preferible que el legislador hubiera clarificado en qué condiciones puede procederse al registro remoto del ordenador de un tercero, y qué sucede si ese tercero no se encuentra en ninguna de las situaciones descritas en el art. 588 ter (c) LECrim” y defiende que “lo importante para autorizar el registro remoto de un ordenador de un tercero es que existan motivos fundados para considerar que en dicho equipo se encuentra información relevante para la investigación, ya sea almacenada por el propio sospechoso o por un tercero, al margen de las circunstancias previstas en el art. 588 ter (c) LECRIM”, en BACHMAIER WINTER, L., “Registro remoto de equipos informáticos...”, *Op. Cit.*, p. 11.

<sup>670</sup> Artículo 588 septies c. Véase que, al contrario de lo que sucede con los plazos previstos para la intervención de las comunicaciones, éstos plazos sí son acordes con los previstos para la declaración del secreto del sumario, aunque no coinciden con la prevista para las otras medidas de investigación telemática. Ello no obstante, el artículo 588 bis d LECrim declara expresamente el secreto de la causa automático para las diligencias tecnológicas.

éste resulte accesible y, como *dies a quem* o momento que debiese cesar la medida, en el que finaliza la efectiva clonación del contenido del dispositivo<sup>671</sup>.

Por tanto, no se trata de una injerencia puntual, sino que, más bien, se trata de una intrusión continua del poder público<sup>672</sup>, lo que, sumado a la clandestinidad que conlleva su carácter remoto se traduce en una limitación mayor en los citados derechos fundamentales<sup>673</sup>.

#### 2.1.2.7. Agente encubierto informático

Con la LO 13/2015 también se reforma la regulación de agente encubierto, ampliando la legitimidad de la identidad supuesta a su actuación en canales cerrados de comunicación del espacio informático. En este sentido, el agente encubierto informático se define como el “medio extraordinario de investigación en virtud del cual un funcionario de la policía judicial, habiendo recibido la pertinente autorización judicial, se infiltra temporalmente y bajo una identidad supuesta en un canal cerrado de comunicación, al objeto de recabar información sobre determinados hechos delictivos cometidos precisamente a través de la red”<sup>674</sup>.

Así, la nueva regulación del artículo 282 bis LECrim prevé la autorización a un funcionario de la Policía Judicial para intercambiar o enviar por sí mismo archivos ilícitos por razón de su contenido y analizar los resultados de los algoritmos aplicados para la identificación de dichos archivos ilícitos en la investigación de determinados delitos<sup>675</sup>.

---

<sup>671</sup> Vid. BACHMAIER WINTER, L., “Registro remoto de equipos informáticos...”, *Op. Cit.*, p. 18.

<sup>672</sup> DELGADO MARTÍN, J., “Investigación del entorno virtual...”, *Op. Cit.*, p. 13. Sobre el particular, CONDE-PUMPIDO TOURÓN alega que si el objeto de la medida es “el examen a distancia y sin conocimiento de su titular o usuario del contenido de un ordenador, dispositivo electrónico, sistema informático, instrumento de almacenamiento masivo de datos informáticos o base de datos”, ésta debería estar limitada temporalmente a obtener una copia de los archivos en un momento concreto, pero que la duración de la medida de hasta tres meses no parece avalar esta interpretación, en “La reforma procesal. Registro de sistemas informáticos, ampliación del registro a otros sistemas. El registro remoto de dispositivos informáticos (arts. 588 sexies y 588 septies LECrim)”, ponencia dictada en las Jornadas de Especialistas en Criminalidad Informática celebradas por el Ministerio Fiscal el 10 marzo 2016, p. 13, disponible en [https://www.fiscal.es/fiscal/PA\\_WebApp\\_SGNTJ\\_NFIS/descarga/Ponencia%20Conde-Pumpido%20Tour%C3%B3n.pdf?idFile=4d9fe168-e9ee-4cd9-a783-68eab6158e47](https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Ponencia%20Conde-Pumpido%20Tour%C3%B3n.pdf?idFile=4d9fe168-e9ee-4cd9-a783-68eab6158e47) (fecha de consulta: 17/01/2018).

<sup>673</sup> BACHMAIER WINTER, L., “Registro remoto de equipos informáticos...”, *Op. Cit.*, p. 7.

<sup>674</sup> Definición ofrecida por RIZO GÓMEZ, B., “La infiltración policial en Internet. A propósito de la regulación...”, *Op. Cit.*, p. 121.

<sup>675</sup> El apartado sexto del artículo 282 bis LECrim establece que la actuación del agente encubierto informático puede orientarse a esclarecer los delitos del apartado 4 de este artículo o cualquier delito de los previstos en el artículo 588 ter a) LECrim. El artículo 588 ter a), a su vez, remite al artículo 579.1 LECrim para identificar algunos de los delitos para los que se permite adoptar la interceptación de las comunicaciones. Esta remisión en cadena, que obliga a acudir a varios preceptos para conocer los delitos

Entre los delitos previstos para la investigación por el agente encubierto informático se encuentran aquellos ilícitos susceptibles de investigación por el agente encubierto y también los que son objeto de investigación por medio de la diligencia de interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas. De entre este último grupo de delitos que habilitan la autorización de su investigación por un agente encubierto informático destaca especialmente la referencia a aquellos “que se puedan cometer a través de instrumentos informáticos o de cualquier otra tecnología de la información o la comunicación”<sup>676</sup>. La inclusión de estos delitos, si bien permite la investigación de ataques a sistemas informáticos y otros ilícitos frecuentes que no tienen cabida en el marco de grupos de delincuencia organizada que sí es susceptible de investigación para el agente encubierto tradicional<sup>677</sup>, abre la puerta a la investigación policial desproporcionada de actuaciones ilícitas que, pese a no constituir hechos graves, se han cometido a través de mecanismos tecnológicos. Sería deseable, en cualquier caso, que se limitase la utilización de esa medida a la investigación de delitos más graves, dada su naturaleza.

---

que puede investigar el agente encubierto informático podía haberse simplificado incluyendo, en el artículo correspondiente a la regulación de la figura, los tipos penales que éste puede indagar. Los delitos susceptibles de investigación por un agente encubierto informático son: delitos de obtención, tráfico ilícito de órganos humanos y trasplante de los mismos, previstos en el artículo 156 bis del Código Penal; delito de secuestro de personas previsto en los artículos 164 a 166 del Código Penal; delito de trata de seres humanos previsto en el artículo 177 bis del Código Penal; delitos relativos a la prostitución previstos en los artículos 187 a 189 del Código Penal; delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico previstos en los artículos 237, 243, 244, 248 y 301 del Código Penal; delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial previstos en los artículos 270 a 277 del Código Penal; delitos contra los derechos de los trabajadores previstos en los artículos 312 y 313 del Código Penal; delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros previstos en el artículo 318 bis del Código Penal; delitos de tráfico de especies de flora o fauna amenazada previstos en los artículos 332 y 334 del Código Penal; delito de tráfico de material nuclear y radiactivo previsto en el artículo 345 del Código Penal; delitos contra la salud pública previstos en los artículos 368 a 373 del Código Penal; delitos de falsificación de moneda, previsto en el artículo 386 del Código Penal, y de falsificación de tarjetas de crédito o débito o cheques de viaje, previsto en el artículo 399 bis del Código Penal; delito de tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos previsto en los artículos 566 a 568 del Código Penal; delitos de terrorismo previstos en los artículos 572 a 578 del Código Penal; delitos contra el patrimonio histórico previstos en el artículo 2.1.e de la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de represión del contrabando; delitos dolosos castigados con pena con límite máximo de, al menos, tres años de prisión; delitos cometidos en el seno de un grupo u organización criminal; delitos de terrorismo y delitos cometidos a través de instrumentos informáticos o de cualquier otra tecnología de la información o la comunicación o servicio de comunicación.

<sup>676</sup> Precisamente, RIZO GÓMEZ pone de manifiesto que esta nueva medida de investigación tecnológica (el agente encubierto informático) nace frente a la proliferación de delitos cometidos a través de internet, vid. RIZO GÓMEZ, B., “La infiltración policial en Internet. A propósito de la regulación...”, *Op. Cit.*, p. 101.

<sup>677</sup> VALIÑO CES, A., “Una lectura crítica en relación al agente encubierto informático tras la Ley Orgánica 13/2015”, *Diario La Ley*, nº 8731, Sección Tribuna, 30 de Marzo de 2016, p. 4. La autora señala como actividades ilícitas habituales que no tienen cabida en el marco de grupos de delincuencia organizada (y que, por tanto, no podían investigarse por medio del agente encubierto) el acoso a menores de edad, la pornografía infantil, o los ataques a sistemas informáticos, en VALIÑO CES, A., en *Fodertics 5.0. Estudios sobre nuevas tecnologías y Justicia* (Coord. BUENO DE MATA), Comares, Granada, 2016, p. 280.

Además, de la misma manera que sucede con el agente encubierto, la participación del agente encubierto informático debe ser facultativa, a fin preservar a los agentes frente a las reticencias personales que pueden tener o a las consecuencias profesionales o personales que esta labor pueda generarles<sup>678</sup>. En cualquier caso, como advierte RIZO GÓMEZ, la identidad supuesta del agente encubierto informático no es tan específica ni tan completa como la que debe proporcionarse al agente físico, dado que las propias características de la ejecución de esta medida conlleva menos riesgos y preparación que la que requiere una infiltración personal<sup>679</sup>.

Con respecto a la necesaria autorización al agente encubierto, la lectura del precepto que regula esta figura no es clara con respecto a si la autorización debe provenir exclusivamente del Juez de instrucción<sup>680</sup> o, como defienden algunas voces, también el Ministerio Fiscal puede autorizar a funcionarios de la Policía Judicial a actuar bajo identidad supuesta<sup>681</sup>. La confusión se deriva del propio artículo 282 bis LECrim que, si bien regula la figura del agente encubierto tradicional -para la que prevé que venga autorizada por el Juez de Instrucción competente o el Ministerio Fiscal “dando cuenta inmediata al Juez”-, también reconoce al agente encubierto informático, para el que señala que “el juez de instrucción podrá autorizar a funcionarios de la Policía Judicial para actuar bajo identidad supuesta en comunicaciones mantenidas en canales cerrados de comunicación con el fin de esclarecer alguno de...”. Así, de la lectura del precepto se desprende que únicamente el juez instructor puede autorizar la legitimación de un agente encubierto informático.

Una de las características propias del agente encubierto informático es, precisamente, su previsión de actuación en “un canal cerrado de comunicación”, esto es, en una red privada accesible únicamente para determinados individuos identificados o indetificables, con

---

<sup>678</sup> VALIÑO CES, A., “Una lectura crítica en relación al agente encubierto...”, *Op. Cit.*

<sup>679</sup> RIZO GÓMEZ, B., “La infiltración policial en Internet. A propósito de la regulación...”, *Op. Cit.*, p. 122.

<sup>680</sup> Esta posición es la defendida por Paloma Conde-Pumpido, que refiere que “el precepto permite autorización judicial (no del fiscal) para que funcionarios de Policía Judicial actúen bajo identidad supuesta en comunicaciones mantenidas en canales cerrados de comunicación”, en la ponencia “el agente encubierto en la legislación española”, disponible en: [https://www.fiscal.es/fiscal/PA\\_WebApp\\_SGNTJ\\_NFIS/descarga/ponencia%20Conde-Pumpido%20Garc%C3%ADa,%20Paloma.pdf?idFile=bb24f82f-7461-4a13-ab8f-8d7de8f91f80](https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/ponencia%20Conde-Pumpido%20Garc%C3%ADa,%20Paloma.pdf?idFile=bb24f82f-7461-4a13-ab8f-8d7de8f91f80) (fecha de consulta: 29/11/2018), p. 7. De la misma opinión es SÁNCHEZ GÓMEZ, R., “El agente encubierto informático”, *La Ley Penal*, nº 118, Sección Estudios, Enero-febrero 2016, p. 6.

<sup>681</sup> Esta idea es señalada por VALIÑO CES, A., “Una lectura crítica en relación al agente encubierto...”, *Op. Cit.* cuando indica que “ambos profesionales, tras analizar la necesidad y conveniencia de la medida, podrán autorizar al agente encubierto, mediante resolución fundada”.

exclusión de terceros<sup>682</sup>. En este sentido, no es necesaria autorización judicial para la infiltración en canales de comunicación abiertos<sup>683</sup>.

Otra de las particularidades del agente encubierto informático es la posibilidad de que intercambie o envíe por sí mismo archivos ilícitos por razón de su contenido y analice los resultados de los algoritmos aplicados para la identificación de dichos archivos ilícitos, siempre con autorización específica para ello. Esta acción es fundamental en la investigación de delitos tales como la pornografía infantil, en los que para el acceso a la red de intercambio de archivos (y, por ende, su investigación policial) exige a los intervinientes el envío de material pornográfico que consolide la relación de confianza entre los miembros de la red<sup>684</sup>. Precisamente por los perjuicios que ocasiona la utilización de imágenes reales para la investigación de estos delitos (especialmente, el menoscabo a las víctimas cuyas imágenes siguen circulando por Internet), se ha creado una imagen digitalizada de una menor para simular vídeos pornográficos que puedan servir a la investigación de este delito sin recurrir a imágenes reales<sup>685</sup>.

Evidentemente, de esta actuación ficticia del agente encubierto informático que, en ocasiones, incurre en la comisión de hechos delictivos, se dependen cuestiones de interés en relación con su valor probatorio. En relación con el medio de prueba por el que se incorpora la información obtenida, el policía que ha actuado como agente encubierto informático debe declarar como testigo en el juicio, sin que existe la posibilidad de que otro sujeto actúe como testigo de referencia<sup>686</sup>. Especialmente problemático es el tratamiento de los posible ilícitos cometidos por el agente encubierto informático. Este examen, que debe venir precedido del análisis del cumplimiento de los requisitos que habilitan la limitación de derechos fundamentales, también exigen de un examen de proporcionalidad<sup>687</sup>.

---

<sup>682</sup> RIZO GÓMEZ define las comunicaciones mantenidas en un canal cerrado de comunicación como “aquellas que se caracterian por la expresa voluntad del comunicante de excluir a terceros del proceso de comunicación”, en RIZO GÓMEZ, B., “La infiltración policial en Internet. A propósito de la regulación...”, *Op. Cit.*, p. 103.

<sup>683</sup> VILLAR FUENTES, I.M., “Reflexiones sobre el agente encubierto informático”, en *El proceso penal. Cuestiones fundamentales* (Coord. FUENTES SORIANO), Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 374.

<sup>684</sup> RIZO GÓMEZ, B., “La infiltración policial en Internet. A propósito de la regulación...”, *Op. Cit.*, p. 385.

<sup>685</sup> Así, la organización *Terre des Hommes Netherlands* creó la imagen de una niña virtual, a la que llamaron Sweetie, que ha utilizado la Policía para identificar a delincuentes sexuales. Véanse las noticias [https://www.bbc.com/mundo/ultimas\\_noticias/2013/11/131104\\_ultnot\\_paidofilia\\_virtual\\_wbm](https://www.bbc.com/mundo/ultimas_noticias/2013/11/131104_ultnot_paidofilia_virtual_wbm) y [https://elpais.com/sociedad/2013/11/04/actualidad/1383586504\\_108141.html](https://elpais.com/sociedad/2013/11/04/actualidad/1383586504_108141.html) (última visita 28/10/2018).

<sup>686</sup> RIZO GÓMEZ, B., “La infiltración policial en Internet. A propósito de la regulación...”, *Op. Cit.*, p. 120.

<sup>687</sup> Vid. VILLAR FUENTES, I.M., “Reflexiones sobre el agente encubierto informático”, *Op. Cit.*, p. 372.

### 2.1.3. Hallazgos casuales

Los hallazgos casuales hacen referencia a aquellos hechos o sujetos conocidos por la Policía en el curso de la ejecución de una diligencia de investigación de un ilícito concreto y que resultan objetiva y/o subjetivamente distintos a los inicialmente buscados<sup>688</sup>. El elemento objetivo concurre si el conocimiento accidental apunta a un delito distinto del originariamente investigado<sup>689</sup> y el elemento subjetivo se refiere al descubrimiento fortuito de la participación de un individuo diferente al investigado y de cuya intervención la Policía no tenía conocimiento<sup>690</sup>.

Así, pueden presentarse tres situaciones diferentes en las que acontezca un hallazgo casual en el curso de una investigación judicial: en primer lugar, que la Policía descubra nuevos hechos delictivos ajenos al objeto del proceso; en segundo, que encuentre pruebas que impliquen a una tercera persona no investigada hasta el momento y, finalmente, ambas situaciones previas de manera conjunta, esto es, que el hallazgo inesperado involucre a un individuo distinto del investigado por unos hechos tampoco indagados<sup>691</sup>.

Se trata de una cuestión compleja y con soluciones doctrinales y jurisprudenciales que se han ido adaptando al caso concreto. El problema reside, principalmente, en que, si bien es cierto que resulta irracional que las FFCCSS no atiendan al conocimiento de unos nuevos hechos ilícitos en el marco de una actuación con todas las garantías -máxime cuando el artículo 284 LECrim obliga a estos funcionarios a comunicar a la autoridad judicial o al representante del Ministerio Fiscal la existencia de cualquier delito

---

<sup>688</sup> Un concepto más amplio de hallazgos casuales incluye todo aquel descubrimiento policial al margen de una investigación judicial o bien, en el marco de una diligencia no restrictiva de derechos fundamentales, como el descubrimiento de droga durante un control rutinario de alcoholemia o el conocimiento de la existencia de un cadáver por la comunicación de un ciudadano que lo ha encontrado, tal y como expone NADAL GÓMEZ, I., “El régimen de los hallazgos casuales en la Ley 13/2015, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal”, *Revista General de Derecho Procesal*, nº 40, 2016, pp. 5-8.

<sup>689</sup> LÓPEZ FRAGOSO, T., “Los descubrimientos casuales en las intervenciones telefónicas como medidas coercitivas en el proceso penal”, *Derechos y libertades: revista del Instituto Bartolomé de las casas*, octubre 1993-marzo 1994, pp. 83-84.

<sup>690</sup> En un sentido similar, ÁLVAREZ DE NEYRA KAPPLER define los descubrimientos casuales como los “resultados probatorios derivados de la realización de determinadas diligencias encaminadas en un principio a la investigación de un delito, pero de las que resultan elementos que acreditan la existencia de otro delito distinto o afectante a un tercero no inicialmente investigado”, en ÁLVAREZ DE NEYRA KAPPLER, S., “Los descubrimientos casuales en el marco de una investigación penal (con especial referencia a las diligencias de entrada y registro en domicilio)”, *Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje*, nº 2, 2011, p. 4.

<sup>691</sup> Sobre el descubrimiento subjetivo, RODRÍGUEZ LAINZ entiende que no existe hallazgo casual cuando lo que se desvela es la identidad de personas que se relacionan con el sujeto investigado como consecuencia de los hechos que están siendo objeto de investigación, en RODRÍGUEZ LAINZ, J.L., *El secreto de las telecomunicaciones y su interceptación legal*, Sepín, Las Rozas (Madrid), 2016, p. 176.



público<sup>692</sup>-, no lo es menos que la legitimación judicial de fuentes de prueba descubiertas durante una diligencia de investigación acordada para unos fines diferentes incurre en el riesgo de legitimar actuaciones prospectivas.

En este contexto, el tratamiento de los hallazgos requiere de un difícil equilibrio entre la posibilidad de admitir las fuentes de prueba de un hecho presuntamente ilícito del que la Policía tiene conocimiento durante la investigación de un escenario diferente y la desproporcionada e irracional posibilidad de excluirlas o inutilizarlas *per se*<sup>693</sup>.

Para refrendar los hallazgos fortuitos es necesario, en primer lugar, analizar las circunstancias en las que se han producido. En este sentido, para legitimar los hallazgos casuales, es necesario que la actuación policial en la cual se conozcan estos nuevos hechos tenga lugar en condiciones de licitud<sup>694</sup>. Así, el descubrimiento de hechos delictivos nuevos o de la participación de sujetos inicialmente no investigados por parte de la Policía en el curso de una diligencia restrictiva de derechos fundamentales necesitará, por regla general, de previa resolución judicial habilitante<sup>695</sup>. Es decir, si la actuación en la tiene lugar el hallazgo casual no es lícito, tampoco éste lo será.

Ello no obstante, pese a que el hallazgo casual -de otros hechos o de otros sujetos- sea conocido en el curso de una diligencia de investigación policial lícita, la continuación de la medida puede quebrantar el principio de especialidad en tanto en cuanto se ha autorizado para un objeto y/o sujeto distinto y en atención a unas condiciones

---

<sup>692</sup> Esta misma obligación también la proclama el artículo 259 LECrim para todo aquel que presenciare la perpetración de cualquier delito público, sea, o no, Policía.

<sup>693</sup> Sobre esta cuestión la STC 41/1998, de 24 de febrero indica que “la Constitución no exige, en modo alguno, que el funcionario que se encuentra investigando unos hechos de apariencia delictiva cierre los ojos ante los indicios de delito que se presentaren a su vista, aunque los hallados casualmente sean distintos a los hechos comprendidos en su investigación oficial, siempre que ésta no sea utilizada fraudulentamente para burlar las garantías de los derechos fundamentales”.

<sup>694</sup> La STS 103/2015, de 24 de febrero señala que la diligencia en cuyo desarrollo se produzca el descubrimiento de los efectos que permiten afirmar la existencia de un segundo delito sumado al inicialmente perseguido no puede estar afectada de nulidad, ya que carecería de sentido que el hallazgo casual que aflora durante el desarrollo de un registro ilegal tuviera virtualidad para convertir una vía de hecho inicialmente nula en un registro domiciliario constitucionalmente válido. En el mismo sentido las SSTs 465/1998 de 30 de marzo; 462/1999, de 22 de marzo; 17/2014, de 28 de enero; 400/2017, de 1 de junio. Una manifestación a *sensu contrario* de esta doctrina se observa en la STS 620/2008, de 9 de octubre que declara nulo el hallazgo de cocaína en unas dependencias anexas a aquellas a las que, por motivo de un incendio y, por tanto, con la legitimación de la flagrancia, habían accedido bomberos y policía. En esta resolución se señala que el registro de estancias no afectadas por la urgencia de las llamas necesitaba de habilitación, pese a que el Juez instructor entendió –erróneamente- que no era precisa autorización judicial y, por tanto, los descubrimientos allí hallados eran nulos.

<sup>695</sup> Nótese que la diligencia de captación de imágenes regulada en el artículo 588 quinquies a) LECrim está ubicada en el Título VIII –“De las medidas de investigación limitativas de los derechos reconocidos en el artículo 18 de la Constitución”- y, sin embargo, no necesita de autorización judicial previa.

diferentes<sup>696</sup>. Precisamente, el fundamento de este principio se manifiesta en la necesidad de concretar el objeto de una diligencia de investigación de modo tal que no quepan actuaciones predelictuales o de prospección<sup>697</sup>.

Actualmente, además, la LECrim reconoce expresamente el principio de especialidad como uno de los que debe informar la autorización judicial que acuerde alguna de las medidas de investigación tecnológica reguladas en los capítulos V a IX del Título VIII<sup>698</sup>. Es digno de loa y reconocimiento que el mismo precepto en el que el legislador ha identificado los principios orientadores de estas medidas, defina su significado, pese a estar recogidos jurisprudencialmente. En particular, el artículo 588 bis LECrim precisa que el principio de especialidad es una máxima que exige que una medida esté relacionada con la investigación de un delito concreto, de modo que el Juez no autorice medidas de investigación tecnológica que tengan por objeto prevenir o descubrir delitos o despejar sospechas cuando no exista alguna base objetiva.

Por tanto, los mandamientos judiciales que autorizan actos de investigación están limitados a la indagación de un delito particular y de un sujeto concreto y no constituyen órdenes universales, ni prospectivas<sup>699</sup>. En este sentido, en el supuesto en el que la Policía descubra accidentalmente unos hechos aparentemente delictivos no investigados, es necesario que lo comunique al Juez instructor que acordó la medida injerencial para que valore el motivo de la adopción del acto de investigación en el que ha tenido lugar el descubrimiento fortuito y aplique el cumplimiento del principio de especialidad al caso concreto<sup>700</sup>.

---

<sup>696</sup> El principio de especialidad y, particularmente, su posible restricción en el caso de los hallazgos casuales tiene relevancia en la posterior fijación del objeto procesal, vid. NADAL GÓMEZ, I., “El régimen de los hallazgos casuales en la Ley 13/2015...”, Op. Cit., pp. 8-21.

<sup>697</sup> Así las SSTs 998/2002, de 3 de junio; 25/2008, de 29 de enero; 246/2014, de 2 de abril; 71/2017, de 8 de febrero.

<sup>698</sup> El artículo 588 bis LECrim determina que la autorización judicial que autorice 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 debe ser dictada con plena sujeción a los principios de especialidad, idoneidad, excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad de la medida.

<sup>699</sup> Como con acierto apunta el Auto de la Audiencia Provincial de Lleida 163/2017, de 27 de marzo, las observaciones encaminadas a una prospección sobre la conducta de una persona en general no son lícitas y que la adopción de una medida de investigación esté dirigida hacia la averiguación de un delito concreto, sin que ello excluya la validez de los hallazgos casuales que sugieran la comisión de otros delitos distintos.

<sup>700</sup> Sobre la necesidad de intervención y control judicial de las noticias de un nuevo delito durante la investigación de otro para evitar observaciones encaminadas a una prospección sobre la conducta de una persona en general, vid. las SSTs 563/2009, de 21 de mayo; 468/2012, de 11 de junio; 777/2012, de 17 de octubre; 291/2013, de 14 de marzo; 157/2014, de 5 de marzo; 425/2014 de 28 de mayo; 499/2014 de 17 de

Además, es necesario también atender al lapso temporal que media entre que la autoridad policial descubre estos nuevos hechos y los pone en conocimiento de la autoridad judicial competente. La concreción del periodo temporal máximo no es sencilla, porque para la identificación de un nuevo objeto procesal es necesaria la existencia de indicios objetivos, accesibles, con entidad suficiente y no meras sospechas<sup>701</sup>. Por consiguiente, se torna preciso un estudio casuístico sobre si el periodo entre el conocimiento de este descubrimiento casual y el control judicial ha sido excesivamente dilatado<sup>702</sup>.

Dada la ausencia legislativa habida hasta fechas recientes, la jurisprudencia ha ido marcando las principales líneas interpretativas entre las distintas medidas de investigación en las que han sido descubiertos los hallazgos casuales. Concretamente, los tribunales han diferenciado entre las dos diligencias más comunes en este tipo de descubrimientos, esto es, la de entrada y registro en domicilio y la de intervención de las comunicaciones<sup>703</sup>. Ello no obstante, la interpretación de las resoluciones relativas a cada una de estas diligencias ha sido diversa, habida cuenta de sus respectivas particularidades, ya que la entrada y registro en domicilio se realiza en unidad de acto y la intervención de las comunicaciones comporta una prolongación temporal mayor y unas facultades de control distintas<sup>704</sup>.

Así, la jurisprudencia relativa a los hallazgos casuales en el curso de la entrada y registro del domicilio ha acudido a la institución de la flagrancia para admitir la validez de los

---

junio; 171/2015, de 19 de mayo; 426/2016, de 19 de mayo; 717/2016, de 27 de septiembre; 991/2016, de 12 de enero.

<sup>701</sup> STS 901/2009, de 22 de enero.

<sup>702</sup> A modo de ejemplo, la STS 991/2016, de 12 de enero de 2017 expone que un periodo de once días para que los funcionarios verifiquen la existencia de indicios de un nuevo delito no es una demora que permita hablar de una actuación policial fraudulenta en orden a esquivar maliciosamente la judicialización de la investigación de los nuevos hechos, si se pondera el margen de tiempo que tienen los agentes para verificar el contenido de las nuevas escuchas, el alcance de las mismas y su repercusión en el conjunto de la investigación, a lo que ha de sumarse la dación de cuenta a sus superiores y la preparación del atestado con la nueva solicitud de autorización de una escucha que afecte también a los nuevos hechos delictivos. Con respecto a un periodo temporal mayor, la SAP de Palencia 5/2016, de 29 de marzo considera razonable el tiempo de un mes entre que la Policía, en el marco de una intervención de las comunicaciones, tuvo las primeras informaciones sobre un nuevo delito distinto al investigado y la puesta en conocimiento de tales hechos al Juzgado, de acuerdo con que es necesario determinar la trascendencia y el carácter delictivo cierto mediante una labor de estudio y relación de los nuevos datos y, por tanto, niega la dilación excesiva por parte de la Guardia Civil en el planteamiento al Juzgado del hallazgo de indicios de un nuevo delito. Consúltese también el Auto del Tribunal Supremo del 17 de febrero de 2017 sobre la inhibición de un Juzgado al que se le remite el conocimiento de las actuaciones de unos hechos conocidos por medio de un hallazgo casual en atención a que son “diligencias iniciales de investigación” que impiden determinar la competencia territorial.

<sup>703</sup> ÁLVAREZ DE NEYRA KAPPLER, S., “Los descubrimientos casuales en el marco de una investigación penal...”, *Op. Cit.*, p. 13.

<sup>704</sup> Vid. SSTS 805/1997, de 7 de junio; STS 981/2003, de 3 de julio; 48/2013, de 23 de enero; 834/2015, de 23 de diciembre.

efectos o instrumentos de un delito diferente al investigado<sup>705</sup>. Estas resoluciones alegan que lo descubierto fortuitamente ajeno a la investigación se enmarca en la urgencia que caracteriza a la flagrancia como uno de los presupuestos habilitadores del derecho fundamental a la inviolabilidad domiciliaria.

Para el caso de un hallazgo casual descubierto durante una diligencia de intervención de comunicaciones, la jurisprudencia ha utilizado el criterio de la conexidad del artículo 17 LECrim en aquellos descubrimientos fortuitos que supongan una adición -y no una novación- del tipo penal ya investigado<sup>706</sup>. En estos casos, los Tribunales exigen la ampliación de la resolución judicial habilitante que contenga los razonamientos precisos para continuar legalmente con la investigación de los nuevos hechos<sup>707</sup>. Si, por el contrario, el conocimiento policial alude a elementos de un nuevo tipo penal inconexo, es necesaria la deducción de testimonio de particulares y su remisión al órgano jurisdiccional competente para el conocimiento de este nuevo delito para que éste valore la necesidad, o no, de adoptar nuevas medidas proporcionales<sup>708</sup>. En este sentido, se ha considerado que dicho control judicial también se cumple si lo realiza el juez instructor del delito

---

<sup>705</sup> Vid. SSTS 1004/1999, de 18 de junio; 1990/2002, de 29 de noviembre; 315/2003, de 4 de marzo; 981/2003, de 3 de julio; 1093/2003, de 24 de julio; 885/2004, de 5 de julio; 822/2006, de 17 de julio; 919/2009, de 29 de septiembre; 167/2010, de 24 de febrero; 1110/2010, de 23 de diciembre; 48/2013, de 23 de enero; 103/2015, de 24 de febrero. Sorprendentemente, la STS 400/2017, de 1 de junio también acude a la flagrancia como instrumento de cobertura del hallazgo casual en una intervención de las comunicaciones por entender que los delitos se estaban cometiendo “precisamente en ese momento”.

<sup>706</sup> La jurisprudencia también hacía referencia, en relación con la conexión, al ya derogado artículo 300 de la LECrim, que disponía que “Cada delito de que conozca la Autoridad judicial será objeto de un sumario. Los delitos conexos se comprenderán, sin embargo, en un solo proceso”.

<sup>707</sup> En este sentido, las SSTS 400/2017, de 1 de junio y 669/2017, de 11 de octubre -ambas posteriores a la reforma y con aplicación de los artículos 579 bis y 588 bis i)- legitiman el conocimiento de unos hallazgos casuales durante una intervención telefónica por ampliar judicialmente la medida a la investigación de unas nuevas conductas delictivas. En el mismo sentido, la STS 616/2012, de 10 de julio indica que “para continuar con la investigación de esos elementos nuevos y sorprendivos, se han de ampliar las escuchas, con fundamento en el principio de especialidad, a través del dictado de una nueva resolución judicial que legitime tal aparición y reconduzca la investigación, con los razonamientos que sean precisos, para continuar legalmente con la misma”.

<sup>708</sup> Vid. SSTS 419/2013, de 14 de mayo; 681/2013, de 23 de septiembre. La STS 237/2015, de 23 de abril, no recoge esta doctrina, si bien sí recurre a ella el voto particular a la misma emitido por el Magistrado Luciano Varela Castro, quién tacha de “manifiestamente irrazonable”, de anarquía procesal y de imparcial la actuación de la jueza instructora de asumir la competencia y no remitir a reparto el conocimiento de información de la eventual comisión de otros comportamientos delictivos distintos y no conexos a los investigados, pese a las advertencias del Ministerio Fiscal. En un sentido similar, la SAP de Gijón 184/2017, de 24 de octubre revoca un pronunciamiento de primera instancia y absuelve de un delito de estafa a los apelantes por declarar nulas unas escuchas telefónicas autorizadas para la investigación de delitos distintos e inconexos de los que traía causa este proceso y afirma que “no vale para justificar la falta de autorización judicial alegar que se trató de un hallazgo o descubrimiento casual, porque no había conexión objetiva entre los delitos que eran investigados mediante la intervención telefónica autorizada en las Previas (...) y el nuevo delito de estafa”.

inicialmente investigado –y no el competente para su tramitación- si existen razones que así lo aconsejasen, como, por ejemplo, el aseguramiento de la investigación inicial<sup>709</sup>.

Un interrogante que plantea la nueva regulación es el valor de los hallazgos casuales referidos a delitos que no pueden ser investigados por los actos instructores en los que han sido descubiertos, en el caso de diligencias previstas para delitos concretos. En este sentido, en el plano comparado, existía una diferencia importante entre los hallazgos casuales descubiertos en el marco de una intervención de las comunicaciones en España y lo previsto en los ordenamientos alemán e italiano<sup>710</sup>. Así, mientras que la regulación de estos países mantiene un catálogo cerrado de supuestos para la adopción de esta medida de investigación, lo que les permite legitimar del hallazgo casual en los casos en los que el delito descubierto pudiese haberse investigado por medio de esta diligencia<sup>711</sup>, la LECrim no contenía listado alguno de delitos para la intervención de las comunicaciones. Sin embargo, la reciente modificación del artículo 588 ter a) LECrim sí ha limitado la intervención de las comunicaciones para determinados casos, adoptando los postulados de estos ordenamientos jurídicos citados para los delitos dolosos castigados con pena con límite máximo de, al menos, tres años de prisión, delitos cometidos en el seno de un grupo u organización criminal, delitos de terrorismo o delitos cometidos a través de instrumentos informáticos o de cualquier otra tecnología de la información o la comunicación o servicio de comunicación.

Como se ha visto, la jurisprudencia ha ido dando respuesta a los interrogantes que el ayuno de regulación sobre hallazgos casuales iba produciendo<sup>712</sup>. En la actualidad, la LECrim ya regula los “descubrimientos casuales” en el apartado tercero del artículo 579 bis con respecto a la detención y apertura de correspondencia escrita y telegráfica. Y, si

---

<sup>709</sup> La STS 419/2013, de 14 de mayo concluye que existió control judicial en el descubrimiento fortuito de un delito de torturas cometidas por dos agentes de la Guardia Civil durante la investigación de un delito de tráfico de drogas y blanqueo de capitales en el que el Juez instructor mantuvo “hibernado” durante un año hasta la posterior remisión al Juez competente territorialmente, a fin de no dañar la investigación inicialmente investigado. Adviértase que, en este supuesto, los hechos nuevos se habían puesto “de inmediato” en conocimiento del Juez instructor, si bien éste no era el competente para conocer del nuevo delito y decidió paralizar la remisión al correspondiente Juzgado. Sin embargo, puede ocurrir como la STS 996/2013, de 16 de diciembre, en la que la Policía judicial remitió al Juzgado de Instrucción que estaba conociendo de los hechos inicialmente investigados y éste no autorizó esa nueva intervención judicial al no corresponderse con los hechos objeto de investigación de sus diligencias previas.

<sup>710</sup> A mayor abundamiento, véase LÓPEZ FRAGOSO, T., “Los descubrimientos casuales en las intervenciones telefónicas...”, *Op. Cit.*, pp. 83-84.

<sup>711</sup> Vid. artículos 100 de la StPO y 266 del Código di Procedura Penale.

<sup>712</sup> ÁLVAREZ DE NEYRA KAPPLER, S., “Los descubrimientos casuales en el marco de una investigación...”, *Op. Cit.*, p. 13; RICHARD GONZÁLEZ, M., “Conductas susceptibles...”, *Op. Cit.*, p. 25.

bien es cierto que la regulación de los hallazgos casuales en la LECrim con respecto a la detención y apertura de la correspondencia escrita y telegráfica es extrapolable a medidas tales como 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; o el registro remoto sobre equipos informáticos<sup>713</sup>; resulta censurable que el legislador no haya aprovechado la ocasión para regular los hallazgos casuales en todas las diligencias de investigación.

En puridad, el artículo 579 bis LECrim comprende de manera conjunta la regulación de dos fenómenos distintos: los descubrimientos fortuitos y la utilización de la información obtenida en un procedimiento distinto. De esta forma, los apartados primero y segundo del citado precepto prevén la utilización de la información obtenida en un procedimiento como medio de investigación o prueba en otro proceso penal y el apartado tercero se refiere específicamente al hallazgo casual en el curso de la detención y apertura de la correspondencia escrita y telegráfica.

De acuerdo con lo dispuesto en el citado precepto, la continuación de la medida para la investigación del delito casualmente descubierto requiere autorización del juez competente que analice las circunstancias en las que la Policía descubrió el hallazgo casual y que señale los motivos que revelaban imposible la solicitud de una medida que hubiese previsto el descubrimiento del hallazgo en su momento<sup>714</sup>. Además, el Juez debe informar en su resolución de si las diligencias permanecen declaradas secretas y comunicar el momento de su alzamiento en el otro proceso penal.

En cualquier caso, la redacción del único precepto que regula los hallazgos casuales incorporado a la LECrim es poco clara y deja fuera aspectos que hubiesen merecido su plasmación normativa, como, por ejemplo, qué valor tiene la información obtenida –si tiene pleno valor probatorio o se considera mera *notitia criminis*- o qué sucede si no se continua con de la medida de investigación limitativa de derechos fundamentales<sup>715</sup>.

---

<sup>713</sup> Así, el artículo 588 bis i) LECrim -disposición común para las diligencias tecnológicas reguladas en los artículos 588 ter a 588 septies c)- remite expresamente al artículo 579 bis.

<sup>714</sup> NADAL GOMEZ critica que la reforma del artículo 579 haya perdido la oportunidad de regular el plazo en el que la Policía debe dar cuenta del hallazgo, en NADAL GÓMEZ, I., “El régimen de los hallazgos casuales en la Ley 13/2015...”, *Op. Cit.*, pp. 45.

<sup>715</sup> FUENTES SORIANO, O., “Las comunicaciones telemáticas: ...”, *Op. Cit.*, p. 286.

En cualquier caso, los descubrimientos fortuitos están a la orden del día en la práctica forense, especialmente en el contexto tecnológico, por lo que es necesaria la adaptación de la previsión del artículo 579 bis LECrim, referido a los hallazgos casuales en el curso de la diligencia de la detención y apertura de la correspondencia escrita y telegráfica, a las diligencias tecnológicas.

## 2.2. Obtención de la prueba por las partes o por un tercero

Es habitual que, al margen de la Policía, las partes y terceros ajenos tengan, igualmente, información relacionada con el objeto del proceso. Esto sucede, por ejemplo, cuando la parte ha participado de una conversación de *WhatsApp* en la que se han vertido calumnias<sup>716</sup>, cuando un informático descubre archivos ilícitos en el ordenador de un cliente<sup>717</sup>, cuando un ciudadano tiene conocimiento de unos comentarios injuriosos vertidos en redes sociales (públicas o con acceso restringido) o cuando un familiar aporta un *pen drive* con información penalmente relevante<sup>718</sup>, entre otros casos.

Actualmente, la LECrim no contiene ningún precepto que prevea la aportación por la parte o por un tercero de fuentes de prueba en la fase de instrucción, en la que rige el principio de investigación de oficio. Sí que lo contempla la *Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del delito* (en adelante, Estatuto de la Víctima), si bien únicamente con respecto a las víctimas<sup>719</sup>. Por tanto, la regulación procesal actual sólo prevé la participación de las víctimas en la aportación de fuentes de prueba e información relevante para el esclarecimiento del delito en la fase instructora, aunque no parece inferirse una prohibición de aportación por la otra parte o por terceros.

En este sentido, y de conformidad con la tesis según la cual el respeto a los derechos fundamentales y la ilicitud probatoria que declara el artículo 11.1 LOPJ es aplicable tanto a los poderes públicos, cuanto a los particulares, es necesario extender la regla de

---

<sup>716</sup> El Juzgado de lo Penal número tres de Vigo ha condenado a una mujer como autora de un delito de calumnias por la difamación y el ataque a la dignidad personal y profesional de la profesora de su hijo en un grupo de *WhatsApp* de padres de alumnos de la misma clase, vid. Noticia en <http://www.huffingtonpost.es/2017/05/11/un-mujer-condenada-por-difamar-a-la-profesora-de-su-hijo-en-un-a-22082085/> (fecha de consulta: el 25/02/2018).

<sup>717</sup> Vid. STS 786/2015, de 4 de diciembre.

<sup>718</sup> La STS 287/2017, de 19 de abril ratifica una sentencia de condena por los delitos de abuso sexual continuado y pornografía infantil, en atención a que declara probados y no incurso en nulidad los hechos conocidos a través de un *pen drive* que la madre de la menor entregó a la policía y que el juez de instrucción acordó se uniera a la causa.

<sup>719</sup> Vid. el artículo 11 de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del delito.

exclusión a las fuentes de prueba obtenidas por las partes o por un tercero, a fin de una posterior aportación de las mismas al proceso como medios de prueba. Así, es preciso un estudio de la afectación (o no) de derechos fundamentales en la obtención de estas de fuentes probatorias y de su limitación con respecto a su posible utilización en un procedimiento, diferenciando entre la aportación de la parte y la de un tercero ajeno al proceso.

Así, la parte de un proceso puede utilizar las fuentes que haya obtenido lícitamente, bien porque son de su propiedad –imagínese, un ordenador-, bien porque ha participado de las mismas –véase una conversación de la que ha formado parte-, pudiendo, incluso, solicitar una orden judicial para que la otra parte proporcione el dispositivo que contenga dichos datos relevantes para el proceso<sup>720</sup>. Además, la parte debe cumplir con los requisitos de limitación de los derechos fundamentales que existen para la obtención de pruebas por las FFCCSS. En este sentido, por ejemplo, debe concurrir el consentimiento del titular o flagrancia para considerar lícita la entrada de la parte a un domicilio.

Especialmente interesante, por el debate jurisprudencial y doctrinal suscitado, es la obtención de pruebas tecnológicas en el ámbito laboral por el empleador. La facultad de dirección del empresario se modula de acuerdo con el respeto de los derechos fundamentales de los trabajadores, sin embargo, la inclusión de las nuevas tecnologías ha agitado la balanza entre los dos intereses en pugna, desvirtuando la ya difusa frontera existente entre ambos. Sobre la materia, los tribunales han analizado la videovigilancia de los trabajadores<sup>721</sup>, el control de sus correos electrónicos e, incluso, la fiscalización de sus movimientos por medio de GPS<sup>722</sup>. Si bien es cierto que el TS y el TC han estimado que la doctrina social no es aplicable al ámbito penal<sup>723</sup>, no lo es menos que pueden darse situaciones en las que el empresario utilice las mismas fuentes de prueba (por ejemplo, la

---

<sup>720</sup> DELGADO MARTÍN, J., “La prueba del Whatsapp”, *Diario La Ley*, nº 8605, Sección Tribuna, 15 de septiembre de 2015.

<sup>721</sup> Vid. ARRABAL PLATERO, P., “La videovigilancia laboral cómo prueba en el proceso”, *Revista General de Derecho Procesal*, Iustel, nº 37, [www.iustel.com](http://www.iustel.com), 2015.

<sup>722</sup> La STSJ del Principado de Asturias 2191/2017, de 3 de octubre confirma la procedencia del despido de un trabajador por unos hechos constitutivos de incumplimientos graves reincidentes que se acreditan por un informe que interpreta datos de geolocalización de la Tablet que la empresa le entrega a los empleados para la gestión. En este asunto, el empleador prueba que el trabajador conocía que la Tablet disponía de un módulo GPS y que éste podía utilizarse para el control remoto y supervisión del equipo comercial y, tal es así que es amonestado previamente por incurrir en las mismas conductas por las que posteriormente se le despide (incumplimiento del horario laboral, fraude por solicitar dietas no correspondidas, descenso de actividad); sin embargo, el empleado no cuestiona en ningún momento la licitud, idoneidad o proporcionalidad de este medio de prueba.

<sup>723</sup> SSTs 26 de septiembre de 2007; de 8 de marzo de 2011; de 6 de octubre de 2011; 528/2014, de 16 de junio y SSTC de 17 de diciembre de 2012; de 7 de octubre de 2013.



información extraída del ordenador del empleado) para un proceso laboral (por ejemplo, en la impugnación del despido de un trabajador) y para uno penal (por ejemplo, para acusar al trabajador despedido por revelación de secretos). Esta doble perspectiva resulta paradójica cuando los estándares de licitud con respecto al acceso a la prueba divergen en ambos órdenes jurisdiccionales<sup>724</sup>. Sin embargo, resultaría incoherente que un tribunal laboral entendiese lícita una prueba, que fuese ilícita a la valoración de un tribunal penal. Además, también un tercero ajeno puede obtener fuentes de prueba tecnológica de las que tenga conocimiento. Sirvan de ejemplo los casos analizados en las sentencias del Tribunal Constitucional 173/2011, de 7 de noviembre y del Tribunal Supremo 786/2015, de 4 de diciembre que relativas a una condena por un delito de pedofilia descubierto a raíz de unos archivos que son conocidos de forma casual por un tercero encargado de reparar el ordenador en el que se alojaban tales ficheros. Ambas resoluciones destacan que, para que estos archivos valgan de prueba, es fundamental que el tercero los hubiera conocido fortuitamente siguiendo protocolos normalizados<sup>725</sup>.

Mención especial merece la obtención –por la parte o por un tercero– de las imágenes captadas por las cámaras instaladas en establecimientos privados abiertos al público. La Ley 5/2014, de 4 de abril, de seguridad ciudadana establece que los servicios de vigilancia y protección aportarán, por propia iniciativa o a su requerimiento, a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad competentes, las grabaciones realizadas por los sistemas de videovigilancia cuando éstas se encuentren relacionadas con hechos delictivos o que afecten a la seguridad ciudadana, respetando criterios para su conservación y custodia para su válida aportación como evidencia o prueba en investigaciones policiales o judiciales<sup>726</sup>.

---

<sup>724</sup> Sobre el distinto alcance del valor probatorio de las pruebas tecnológicas en los ámbitos laboral y penal, véase FUENTES SORIANO, O., “Videos, comunicación electrónica y redes sociales: cuestiones probatorias”, *Práctica de tribunales. Revista de derecho procesal civil y mercantil*, 2018 (en prensa).

<sup>725</sup> En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo 785/2008, de 25 de noviembre, al referirse a un supuesto en el que las pruebas de la comisión del delito de posesión y difusión de pornografía infantil (conversaciones de chat ya celebradas) se encontraban almacenadas en los equipos informáticos intervenidos en la diligencia de entrada y registro, afirma expresamente que “la Audiencia Provincial entiende y lo hace con acierto que el auto de entrada y registro comprende esta diligencia, por cuanto a la vista de la naturaleza del delito que se investigaba la policía estaba autorizada a recoger los objetos o instrumentos de los que pudiera deducirse la comisión del delito y que fueran hallados en el recinto registrado, y en este sentido se intervienen los ordenadores y su disco duro”. Y añade posteriormente que “así pues, aunque había bastado el auto inicial, en el que no existe ninguna cortapisa en cuanto se trate de intervenir objetos o instrumentos o en general piezas de convicción que acrediten la comisión del delito investigado, la policía hizo una razonable y prudente interpretación del auto, sin excederse lo más mínimo de lo que constituía el propósito de la diligencia ordenada”.

<sup>726</sup> Vid. artículo 42.4 de la Ley 5/2014, de 4 de abril, de seguridad ciudadana.

Cuestión distinta es si el tercero ajeno es un detective privado. Sobre la cuestión, el TEDH afirma que no hay violación del derecho proclamado en el art. 8 del Convenio cuando se aportan vídeos obtenidos en la vía pública para su utilización exclusiva como medio de prueba en proceso judicial y contribuir al debate judicial<sup>727</sup>. Ahora bien, el informe 2016/014 de la Unidad Central de Seguridad Privada del Ministerio del Interior concluye que el uso de dispositivos técnicos de seguimiento por parte de los detectives privados sí requiere de una orden judicial previa<sup>728</sup>.

En cualquier caso, el procedimiento para la aportación de la información obtenida por las partes o por terceros ajenos pasa porque estos sujetos entreguen a las autoridades competentes la pieza de convicción<sup>729</sup>. Posteriormente, en el juicio oral, las partes tienen la posibilidad de introducir el medio de prueba que, una vez admitido, será objeto de examen por el tribunal, insertándose en el debate procesal con sometimiento a la contradicción de las partes, quienes podrán impugnar su contenido, su forma de acceso al proceso y sus condiciones de autenticidad e integridad.

### 2.3. Obtención de la prueba en otro proceso

Es posible que las fuentes de prueba se obtengan en el marco de un proceso distinto de aquel al que se incorporan. La utilización de la información obtenida en un procedimiento distinto coincide, en algunas ocasiones, con el régimen de los hallazgos casuales y, en ese sentido, ambas situaciones se regulan conjuntamente en el artículo 579 bis LECrim<sup>730</sup>. De esta forma, los apartados primero y segundo del citado precepto prevén la utilización

---

<sup>727</sup> STEDH de 27 de mayo, de 2014.

<sup>728</sup> El informe 2016/014 de la Unidad Central de Seguridad Privada responde a la consulta de una Unidad Territorial de Seguridad Privada acerca del ajuste a derecho de las actividades de los detectives privados mediante el empleo de “medios técnicos” en el ejercicio de su labor profesional en relación con lo dispuesto en la nueva normativa de seguridad privada y, fundamentalmente, en lo dispuesto en el artículo 588 quinquies b) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. La Unidad Central concluye que “el uso de esos dispositivos por detectives privados debería limitarse a investigaciones judicializadas y su uso sea autorizado por la Autoridad Judicial competente (...) cuando investiguen delitos perseguibles a instancia de parte”. Documento disponible en [https://www.policia.es/org\\_central/seguridad\\_ciudadana/unidad\\_central\\_segur\\_pri/i\\_reservada/2016/2016\\_014.pdf](https://www.policia.es/org_central/seguridad_ciudadana/unidad_central_segur_pri/i_reservada/2016/2016_014.pdf) (última consulta: 05/02/2018)

<sup>729</sup> RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, A., “Aportación por las partes de la información contenida...”, *Op. Cit.*, p. 342.

<sup>730</sup> NADAL GÓMEZ critica la regulación conjunta de información obtenida en un procedimiento distinto y los hallazgos casuales que, aunque sean cuestiones relacionadas con un régimen común y un valor eventualmente idéntico, no necesariamente se enmarcan en el mismo escenario ni dan lugar a las mismas consecuencias, vid. NADAL GÓMEZ, I., “El régimen de los hallazgos casuales en la Ley 13/2015...”, *Op. Cit.*, p. 43.

de la información obtenida en un procedimiento como medio de investigación o prueba en otro proceso penal<sup>731</sup>.

Para la utilización de una prueba en un procedimiento distinto es necesario que el Juez deduzca testimonio de los particulares necesarios que acrediten la legitimidad de la injerencia y que se adjunten, como antecedentes, las solicitudes y las resoluciones judiciales de la adopción de la medida inicial de investigación y de sus prórrogas<sup>732</sup>.

También, como sucede con los hallazgos casuales, el artículo 588 bis i) -común para las diligencias tecnológicas reguladas en los artículos 588 ter a 588 septies c)- remite expresamente al artículo 579 bis LECrim para el tratamiento de la utilización de la información obtenida en un procedimiento distinto en todas las medidas de investigación tecnológicas a las que se refiere el artículo 588bis i)<sup>733</sup>.

Es posible que la declaración del secreto de la causa en el procedimiento que remite fuentes de prueba a otro distinto afecte al desarrollo del receptor de la información si hay una disociación entre el levantamiento del secreto del primer procedimiento y el momento de la incorporación de la información al segundo. El Tribunal Supremo determina que las partes han de tener conocimiento de estas actuaciones si la incorporación de estos datos provenientes de otro procedimiento se realiza antes de las conclusiones de la acusación y la defensa<sup>734</sup>.

---

<sup>731</sup> Una manifestación de la utilización de la información obtenida en un procedimiento distinto que regula el artículo 579 bis LECrim se encuentra en la sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña, Sede Santiago de Compostela, 24/2017, de 17 de febrero, en la que se afirma que la unión del testimonio de las actuaciones remitidas por el Juzgado de Instrucción de Lugo al Juzgado de Instrucción de Santiago de Compostela no necesitó de autorización judicial porque no fue necesario ampliar la medida adoptada.

<sup>732</sup> Estos son los elementos indispensables, sin perjuicio de se amplíen por quién solicita del juez la justificación de la legalidad por considerar útil incorporarlos o cuando las diligencias que se solicitan requieren de extremo adicional, vid. NADAL GÓMEZ, I., “El régimen de los hallazgos casuales en la Ley 13/2015...”, *Op. Cit.*, p. 44, quien, además, advierte que la norma se refiere a los extremos mínimos necesarios para acreditar la legitimidad de la injerencia, pero que no establece el ámbito de actuación del juez que los recibe.

<sup>733</sup> El artículo 588 bis i) LECrim es una disposición común 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, pero no es aplicable a otros actos de investigación. De este modo, la regulación de los hallazgos casuales en la LECrim con respecto a la detención y apertura de la correspondencia escrita y telegráfica es extrapolable a la interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas, a la captación y grabación de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos, a la utilización de dispositivos técnicos de seguimiento, localización y captación de la imagen, al registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información y a los registros remotos sobre equipos informáticos.

<sup>734</sup> Vid. STS 1313/2000, de 21 de julio. Ello no obstante, el TS añade a la justificación de la incorporación de la información de un procedimiento a otro tras la fase intermedia y el plenario que dicho material

La exigencia legislativa del artículo 579 bis LECrim que obliga a que deduzca testimonio de los particulares necesarios que acrediten la legitimidad de la injerencia en una causa matriz para la utilización de la información en un procedimiento distinto trae causa de la absolución de determinadas resoluciones por la imposibilidad de valorar, ni directa, ni indirectamente, las fuentes de prueba obtenidas en un procedimiento anterior<sup>735</sup>.

#### 2.4. Obtención de la prueba en Estados miembros de la UE

La prueba tecnológica puede obtenerse también en otros Estados miembros de la Unión Europea –salvo Dinamarca e Irlanda<sup>736</sup>- por medio de la Orden Europea de Investigación. La regulación de este instrumento está previsto en la *Directiva 2014/41/CE, de 3 de abril, relativa a la orden europea de investigación en materia penal* (en adelante, la Directiva 2014/41/CE), que, aunque debió trasponerse el 22 de mayo de 2017<sup>737</sup>, no ha sido hasta fechas recientes cuando se ha regulado este mecanismo a través de 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, para regular la Orden Europea de Investigación*<sup>738</sup>.

La Orden Europea de Investigación es “una resolución judicial emitida o validada por una autoridad judicial de un Estado miembro («el Estado de emisión») para llevar a cabo una o varias medidas de investigación en otro Estado miembro («el Estado de ejecución») con vistas a obtener pruebas” u obtener aquellas que ya obren en poder de las autoridades

---

probatorio no era esencial para la decisión de la resolución recurrida, ya que existía prueba –obtenida en el segundo procedimiento- suficiente para apoyar el fallo condenatorio.

<sup>735</sup> Así las SSTs 605/2010, de 16 de diciembre; 496/2010, de 14 de mayo; 744/2010, de 26 de julio; 1138/2010, de 16 de diciembre; 182/2013, de 7 de marzo; 228/2017, de 3 de abril.

<sup>736</sup> Véanse las consideraciones iniciales 44 y 45 de la *Directiva 2014/41/CE, de 3 de abril, relativa a la orden europea de investigación en materia penal*.

<sup>737</sup> Véase el artículo 36 de la *Directiva 2014/41/CE, de 3 de abril, relativa a la orden europea de investigación en materia penal*, que reza como sigue: “Transposición 1. Los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para dar cumplimiento a lo dispuesto en la presente Directiva a más tardar el 22 de mayo de 2017. 2. Cuando los Estados miembros adopten dichas disposiciones, estas incluirán una referencia a la presente Directiva o irán acompañadas de dicha referencia en su publicación oficial. Los Estados miembros establecerán las modalidades de la mencionada referencia. 3. A más tardar el 22 de mayo de 2017, los Estados miembros transmitirán a la Comisión el texto de las disposiciones que incorporen a su Derecho nacional las obligaciones derivadas de la presente Directiva”.

<sup>738</sup> Sobre la trasposición de las normas, ARANGÜENA FANEGO señala que “incorporar no es traducir”, de forma tal que es necesario adaptar las normativas europeas al sistema procesal español y no meramente traducir el contenido, en ARANGÜENA FANEGO, C., “Emisión y ejecución en España de órdenes europeas de protección. (Ley de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la unión europea y transposición de la directiva 2011/99/UE)”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n° 51, Madrid, mayo/agosto, 2015, p. 499.

competentes del Estado de ejecución, a fin de incorporarlas a un proceso<sup>739</sup>. ARANGÜENA FANEGO señala que resulta llamativo que la Directiva 2014/41/CE no incorpore, en su artículo dos, la definición de “medida de investigación”, que aporte precisión jurídica a un concepto que engloba la restricción de derechos fundamentales<sup>740</sup>.

Pese a que existían las Decisiones marco 2003/577/JAI, de 22 de julio, relativa a la ejecución en la UE de las resoluciones de embargo preventivo de bienes y de aseguramiento de pruebas y la 2008/978/JAI, de 18 de diciembre, sobre el exhorto europeo de obtención de prueba, esta Directiva europea es la norma de la Unión Europea más relevante -respecto a su eficacia y a su ámbito de aplicación- de las aprobadas en materia de prueba transnacional<sup>741</sup>.

La regulación de la Orden Europea de Investigación (EOI) en la legislación española, que ha entrado en vigor el dos de julio de 2018, prevé, por tanto, un mecanismo único para la obtención de pruebas en el espacio europeo, pero también establece normas adicionales como el traslado temporal de detenidos, las comparecencias por teléfono, videoconferencia u otros medios de transmisión audiovisual, la obtención de información relacionada con cuentas o transacciones bancarias o financieras, las entregas vigiladas o

---

<sup>739</sup> Vid. Artículo 1 de la *Directiva 2014/41/CE, de 3 de abril, relativa a la orden europea de investigación en materia penal*. Pese a que este primer artículo refiere la autoridad emisora como autoridad judicial, el precepto segundo define “autoridad de emisión” como “un juez, órgano jurisdiccional, juez de instrucción o fiscal competente en el asunto de que se trate”; o “cualquier otra autoridad competente según la defina el Estado de emisión que, en el asunto específico de que se trate, actúe en calidad de autoridad de investigación en procesos penales y tenga competencia para ordenar la obtención de pruebas con arreglo al Derecho nacional. Además, antes de su transmisión a la autoridad de ejecución, la OEI deberá ser validada, previo control de su conformidad con los requisitos para la emisión de una OEI en virtud de la presente Directiva, en particular las condiciones establecidas en el artículo 6, apartado 1, por un juez, un órgano jurisdiccional, un fiscal o un magistrado instructor del Estado de emisión. Cuando la OEI haya sido validada por una autoridad judicial, dicha autoridad también podrá considerarse autoridad de emisión a efectos de la transmisión de la OEI”.

<sup>740</sup> ARANGÜENA FANEGO, C., “Orden Europea de Investigación: próxima implementación en España del nuevo instrumento...”, *Op. Cit.*, p. 916.

<sup>741</sup> Vid. ARANGÜENA FANEGO, C., “Orden Europea de Investigación: próxima implementación en España del nuevo instrumento...”, *Op. Cit.*, p. 909, que señala que la primera Decisión marco está incorporada en la *Ley 23/2014, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la UE*, pero que la Decisión 2008/978/JAI, de 18 de diciembre, que había sido transpuesta tardíamente por la *Ley 23/2014, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la UE*, ha sido derogada por el *Reglamento (UE) 2016/95, de 20 de enero, por el que se derogan determinados actos en el ámbito de la cooperación judicial y policial penal* antes de que se haya transpuesto la *Directiva 2014/41/CE, de 3 de abril, relativa a la orden europea de investigación en materia penal*.

las investigaciones encubiertas y la intervención de telecomunicaciones con asistencia de otro Estado miembro<sup>742</sup>.

Sobre la EOI en particular, la Ley que ha traspuesto la Directiva 2014/41/CE contempla que los Jueces y Tribunales que conozcan de un proceso penal -o los Fiscales, cuando la medida no limite derechos fundamentales- pueden solicitar a cualquiera de los Estados miembros firmantes de la mencionada Directiva la realización de una o varias medidas de investigación o la remisión de pruebas o de diligencias de investigación que ya obren en poder de las autoridades competentes del “Estado de ejecución”<sup>743</sup>.

Estas “*autoridades de emisión*” realizan la solicitud -de oficio o a instancia de parte- por medio del formulario que figura en un anexo de la mencionada Directiva y que recoge los extremos que debe contener una EOI -o del formulario de la Ley 3/2018 si la autoridad de emisión es española-<sup>744</sup>. Los requisitos legales para la emisión de la Orden son que éste sea necesaria y proporcionada a los fines del procedimiento para el que se solicita, teniendo en cuenta los derechos del investigado o encausado y que, de solicitarse medidas de investigación, éstas se hayan acordado en el proceso penal español en el que se emite la orden europea de investigación y pudieran haberse ordenado en las mismas condiciones para un caso interno similar<sup>745</sup>.

Así, el Estado receptor de la OEI la canaliza por medio de la “*autoridad de ejecución*”, que será el Ministerio Fiscal, o el al Juzgado o Tribunal si su ejecución puede conllevar la limitación de derechos fundamentales. Pese al plazo general para la ejecución de la

---

<sup>742</sup> Vid. El Preámbulo de 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, para regular la Orden Europea de Investigación.

<sup>743</sup> Vid. artículo 186 de la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea. De acuerdo con el artículo 193 de esa misma ley, los datos personales obtenidos por medio de una OEI sólo podrán ser utilizados para el proceso para el que se hubiera solicitado, en aquellos otros relacionados de manera directa con aquél o, excepcionalmente, en prevención de una amenaza inminente y grave para la seguridad pública. ARANGÜENA FANEGO destaca que la Directiva 2014/41/CE viene referida al proceso penal, pero también a las diligencias preparatorias de los mismos y a los procedimientos administrativos de naturaleza sancionadora. En este sentido, la autora indica que, aunque España no podría emitir una EOI en el marco de un procedimiento administrativo sancionador, sí puede ser “Estado de ejecución” de una medida de tales características como, por ejemplo, recibir una EOI de Italia de un procedimiento administrativo sancionador frente a personas jurídicas, en ARANGÜENA FANEGO, C., “Orden Europea de Investigación: próxima implementación en España del nuevo instrumento...”, *Op. Cit.*, p. 918.

<sup>744</sup> La solicitud de una EOI se realiza por medio del formulario contenido en el Anexo XIII de la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea, que copia el ANEXO A de la Directiva 2014/41/CE, de 3 de abril, relativa a la orden europea de investigación en materia penal, elaborada ésta sobre la base del contenido del artículo 5 de la citada Directiva.

<sup>745</sup> Vid. Apartado primero del artículo 189 de la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea.

medida, la autoridad española de emisión puede requerir un plazo más corto que el previsto con carácter general o señalar que la medida de investigación se lleve a cabo en una fecha concreta, sobre la base de los plazos procesales, la gravedad del delito u otras circunstancias de urgencia<sup>746</sup>.

Si la autoridad receptora es la española, el proceso comienza con el envío del acuse de recibo por el Ministerio Fiscal, en el plazo máximo de una semana desde la recepción, mediante la cumplimentación del anexo XIV de la *Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea*. En este sentido, la autoridad española encargada de recibir, acusar recibo, registrar y asegurar la ejecución de las OEI es la Fiscalía, aunque en determinados supuestos deba remitirla al órgano judicial competente<sup>747</sup>. Posteriormente, la mencionada autoridad examina la competencia de la entidad emisora y valora si concurre alguno de los motivos de denegación previstos en la norma<sup>748</sup>; y, finalmente, ejecuta la medida de investigación si existiera en Derecho español y estuviera prevista para un caso interno similar<sup>749</sup>.

La autoridad competente española debe decidir si ejecuta o deniega la OEI en el plazo máximo de 30 días desde su recepción<sup>750</sup>. Si no existe en Derecho español o no estuviera prevista para un caso interno similar, la autoridad española informará a la autoridad de emisión y, si ésta está conforme o no comunica su decisión de retirar o completar la OEI en el plazo de diez días, la autoridad de ejecución ordenará la ejecución de una medida de investigación alternativa, distinta a la solicitada, pero idónea para los fines de la orden solicitada. A este respecto, la Ley establece que así obrará la autoridad competente española cuando el resultado perseguido por la OEI pudiera conseguirse mediante una medida de investigación menos restrictiva de los derechos fundamentales que la solicitada en la orden europea de investigación.

---

<sup>746</sup> Vid. Apartado segundo del artículo 189 de la *Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea*.

<sup>747</sup> ARANGÜENA FANEGO, C., “Orden Europea de Investigación: próxima implementación en España del nuevo instrumento...”, *Op. Cit.*, p. 921.

<sup>748</sup> Así lo establece el artículo 205 de la *Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea*.

<sup>749</sup> Véase el art. 206 de la *Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea*.

<sup>750</sup> En cualquier caso, si la autoridad española aprecia que no podrá cumplirse el plazo previsto para dictar el auto o decreto de admisión o rechazo, podrá prorrogarlo hasta un máximo de 30 días.

Si se adopta la EOI, la autoridad española ejecutará la medida en los siguientes noventa días, salvo que se suspenda por algún motivo<sup>751</sup>. En este sentido, la autoridad competente española puede suspender el reconocimiento y la ejecución de una orden europea de investigación cuando su ejecución pudiera perjudicar una investigación penal o actuaciones judiciales penales en curso o cuando los objetos, documentos o datos de que se trate están siendo utilizados en otros procedimientos; que retomará cuando dejen de existir estas causas.<sup>752</sup>

La doctrina se manifiesta optimista ante este recientemente regulado instrumento para la obtención de pruebas en los procedimientos penales con mayor efectividad y agilidad<sup>753</sup>. Ello no obstante, hay voces que comparan la Orden Europea de Investigación con la Orden Europea de Detención y Entrega –conocida como “OEDE”–, que, pese a que despertó esperanzas en relación con un verdadero mecanismo de cooperación, resultó deficiente en su aplicación, “con interpretaciones muy dispares de unos países miembros a otros, y sin que, pese a lo que dicta el espíritu de la norma, rija en la práctica en todos los casos el principio de reciprocidad que debe presidir estas actuaciones de colaboración judicial entre países europeos”<sup>754</sup>.

---

<sup>751</sup> También se prevé que la autoridad de emisión de la OEI participe en la ejecución de la misma. Los requisitos para la participación de autoridades extranjeras en la ejecución de las medidas solicitadas por la OEI constan en el artículo 210 de la *Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea, que señala que* la autoridad competente española accederá siempre a esta petición cuando dichas autoridades estén facultadas para participar en la ejecución de las medidas de investigación requeridas en un caso interno similar de su Estado y esa participación no sea contraria a los principios jurídicos fundamentales ni perjudique los intereses esenciales de la seguridad nacional. Mientras se encuentren en España participando en la ejecución de la orden europea de investigación, estas autoridades tendrán la consideración de funcionario público español a efectos penales y se someterán al Derecho español.

<sup>752</sup> Así lo dispone el artículo 209 de la *Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea*.

<sup>753</sup> ARANGÜENA FANEGO, C., “Orden Europea de Investigación: próxima implementación en España del nuevo instrumento...”, *Op. Cit.*, p. 938.

<sup>754</sup> GUIMERA, R., “La Orden Europea de Investigación: ¿nuevo instrumento para obtención de pruebas o una fuente más de conflictos entre países de la Unión Europea?”, en el blog <https://blog.sepin.es/2018/07/orden-europea-investigacion/> (última visita 20 de octubre de 2018).



## **CAPÍTULO III. MEDIOS DE PRUEBA TECNOLÓGICA.**

### **1. Los medios de prueba: concepto y requisitos**

El modelo acusatorio que define el modelo procesal español diferencia entre la parte acusadora y el órgano enjuiciador, esto es, el poder judicial, que es quien ostenta el *ius puidendi*, el derecho de penar<sup>755</sup>. Además de esta distinción entre la acusación y los sujetos encargados de enjuiciar, también se diferencia una dualidad de fases en el proceso penal español, entre la fase de instrucción y la fase de enjuiciamiento<sup>756</sup>. En la fase de instrucción se investigan hechos delictivos y la autoría de los mismos a partir de una *notitia cirminis*, para concluir si existen, o no, elementos racionales de delito que permitan la apertura de su enjuiciamiento. En cambio, en la fase de enjuiciamiento se lleva a cabo la verdadera actividad probatoria que permite aportar, practicar y valorar las pruebas por parte del juez enjuiciador, que será distinto del juez instructor<sup>757</sup>. Esta separación entre los sujetos instructores y enjuiciadores encuentra su fundamento en la evitación de la contaminación por parte del juez enjuiciador respecto de determinados actos de

---

<sup>755</sup> NIEVA FENOLL, J., *Derecho procesal III. Proceso penal*, Marcial Pons, Madrid, 2017, p. 17. FUENTES SORIANO refiere que el gran logro del principio acusatorio es el de establecer una estructura que permite observar escrupulosamente la diferencia de funciones entre la del Derecho estatal de imponer penas (el *ius puniendi* del Estado), la de acusar y la de iniciar el correspondiente proceso penal, ya sea mediante denuncia, ya mediante querrela, vid. FUENTES SORIANO, O., “Valoración de la prueba indiciaria y declaración de la víctima en los delitos sexuales”, *Problemas actuales de la Administración de Justicia en los delitos sexuales*, Defensoría del Pueblo, Lima, 2000, p. 154. A mayor abundamiento sobre el principio acusatorio, véase ASENSIO MELLADO, J. M., *Principio acusatorio y derecho de defensa en el proceso penal*, Editorial Trivium, 1991, obra en la que el autor señala las tres notas características de este modelo: el ejercicio y mantenimiento de la acusación por un órgano distinto al Juez, la división del proceso en dos fases y las tareas propias de cada una de ellas de investigación y decisión respectivamente; y la vinculación del Tribunal a la pretensiones de las partes (vid. pp. 17-18).

<sup>756</sup> ARMENTA DEU refiere que el TC ha reiterado que la división del proceso penal en dos fases diferenciadas –la de instrucción y la de juicio oral–, de las que han de encargarse dos órganos jurisdiccionales distintos, es una nota esencial del sistema acusatorio, vid. ARMENTA DEU, T., “Proceso acusatorio, mixto y adversativo: significado y descalificaciones apriorísticas”, *Legalidad y Defensa. Garantías Constitucionales del Derecho y la Justicia Penal* (Dirs. GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, DEMETRIO CRESPO), Ediciones Jurídicas Castillo de Luna, Madrid, 2015, p. 184.

<sup>757</sup> La propia Exposición de motivos de la LECrim de 1882 señala como uno de los vicios más graves de un procedimiento “que el Juez que instruye éste es el mismo que pronuncia la sentencia con todas las preocupaciones y prejuicios que ha hecho nacer en su ánimo la instrucción” y, en este sentido, determina que “el sumario es una mera preparación del juicio, siendo en éste donde deben esclarecerse todos los hechos y discutirse todas las cuestiones que jueguen en la causa”. Texto original disponible en <https://www.boe.es/boe/dias/1882/09/17/pdfs/A00803-00806.pdf> (fecha de consulta: 13/04/2018). PÉREZ-CRUZ refiere que la promulgación de las posteriores reformas de la LECrim han ido enturbiando el modelo acusatorio instaurado en 1882, vid. PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A.J., *Constitución y Poder Judicial*, Andavira Editora, Santiago de Compostela, 2013, p. 431.

investigación o de la adopción de determinadas medidas cautelares en la fase de instrucción<sup>758</sup>.

La actividad probatoria que verifica las afirmaciones de las partes, por tanto, comienza con la aportación y la práctica de las fuentes de prueba a través de los denominados medios de prueba<sup>759</sup>. En este sentido, los medios de prueba son los cauces procesales previstos por el legislador para introducir en el proceso las ilimitadas fuentes de pruebas que pueden obtenerse, bien por la policía judicial a través de diligencias de investigación, bien por las propias partes, bien por un tercero o provenientes de otro proceso<sup>760</sup>.

El medio de prueba es, por tanto, un concepto netamente procesal, instrumental con respecto a las fuentes de prueba, que sí existen previamente al proceso<sup>761</sup>. Así, las partes se sirven de la actividad probatoria para confirmar la verosimilitud de los hechos que

---

<sup>758</sup> Las finalidades radicalmente distintas y la posibilidad de que se prejuzgue el enjuiciamiento final como consecuencia de la realización previa de determinados actos de investigación o de la adopción de determinadas medidas cautelares fundamentan la división del proceso en dos fases absolutamente diferenciadas, vid. FUENTES SORIANO, O., “Valoración de la prueba indiciaria y declaración...”, *Op. Cit.*, p. 155.

<sup>759</sup> ABEL LLUCH, X., *Derecho probatorio*, BOSCH EDITOR, Barcelona, 2012, p. 25. FUENTES SORIANO define la prueba como “la actividad de las partes procesales encaminada a obtener la convicción del juzgador sobre la realidad de los hechos que éstas afirman acaecidos”, en FUENTES SORIANO, O., “Valoración de la prueba indiciaria y declaración...”, *Op. Cit.*, p. 157.

<sup>760</sup> Es preciso mencionar la ya clásica distinción entre fuente y medio de prueba acuñada por CARNELUTTI, que entiende como fuente de prueba el hecho exterior del que se sirve el Juez para deducir la propia verdad o el “hecho del cual el juez obtiene (extrae) la conclusión” y define medio de prueba como la actividad que le sirve al juez para obtener la conclusión, o bien, la actividad de percepción del juez mediante la que busca la verdad del hecho a probar, vid. CARNELUTTI, F., *La prueba civil* (traducción de ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO), segunda edición, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1982, pp. 70-71, 196, 199. Distinciones similares entre estos conceptos son las realizadas por SENTÍS MELENDO, S., *La prueba*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1978, pp. 12, 141-165 y FAIRÉN GUILLÉN, V., *Teoría general del derecho procesal*, UNAM, México, 1992, pp. 431-432. GUASP define los medios de prueba como “aquellos instrumentos que, por el conducto de la fuente de prueba, llevan eventualmente a producir la convicción del Juez” al identificar las distintas categorías de prueba, entre las que también se encuentran los elementos de prueba (“aquellos factores lógicos particularmente aplicables a los problemas del derecho probatorio que (...) se responden a la determinación de los sujetos, objeto, actos, procedimientos y resultados”), las fuentes de prueba (“aquellas operaciones mentales de las que se obtiene la convicción judicial”), las materias de la prueba (“aquellas sustancias a las que el medio va incorporado, p. ej. la persona física del testigo o el papel del documento”), los temas de la prueba (“los datos lógicos sobre los que recae la prueba, y que clasifican a las pruebas mismas en pruebas directas y pruebas contrarias o contrapruebas”), el motivo de la prueba (“las especiales razones por las que el Juez, ante quien la prueba se practique, cree o no cree en su resultado”) y, finalmente, los resultados de la prueba (“las consecuencias que con la prueba se obtienen y que permiten diferenciar entre prueba plena y las restantes pruebas ordinarias”), vid. GUASP, J., *Derecho procesal civil* (Adaptada y revisada a la legislación vigente por ARAGONESES), Tomo I, cuarta edición, Civitas, Madrid, 1998, pp. 302-303.

<sup>761</sup> CARNELUTTI denuncia la confusión entre ambos términos debido a la promiscuidad de la utilización del vocablo “prueba”, vid. CARNELUTTI, F., *La prueba civil* (traducción de ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO), *Op. Cit.*, p. 199.

alegan, con la finalidad de obtener una resolución judicial que estime la pretensión invocada<sup>762</sup>.

Por consiguiente, son los medios de prueba –y no así las meras fuentes probatorias- los que permiten desvirtuar la presunción de inocencia<sup>763</sup>. Es decir, con la existencia de prueba de cargo para una condena no hay vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia<sup>764</sup>. Sin embargo, debe recordarse que, a tales efectos, se considera actividad probatoria de cargo cuando evidencie la existencia tanto de un hecho punible –elemento objetivo-, como de la participación y responsabilidad del acusado –elemento subjetivo-<sup>765</sup>.

Cuestión distinta, aunque en ocasiones confundida, es el principio *in dubio pro reo*, que tiene su vigencia en la fase de valoración judicial, en la que el juez, a la vista de la actividad probatoria desplegada por las partes, inclina la balanza hacia la inocencia del acusado cuando existan dudas acerca de la comisión de unos hechos delictivos o de su autoría<sup>766</sup>.

---

<sup>762</sup> TARUFFO indica que la prueba es el instrumento que utilizan las partes desde hace siglos para demostrar la veracidad de sus afirmaciones, y del cual se sirve el juez para decidir respecto a la verdad o falsedad de los enunciados fácticos”, en TARUFFO, M., *La prueba. Artículos y conferencias*, Editorial Metropolitana, Santiago de Chile, 2009, p. 59.

A mayor abundamiento véanse, entre otros, ASENCIO MELLADO, J.M., *Derecho Procesal Civil, Op. Cit.*, p. 240; MONTERO AROCA, J., *Los medios de prueba en el proceso civil. Quinta edición*, editorial Civitas, pp. 150-153; MORENO CATENA, V., CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *Derecho procesal penal, Op. Cit.*, pp. 414-415.

<sup>763</sup> Téngase presente que el derecho fundamental a la presunción de inocencia constitucionalmente consagrado en el artículo 24.2, que vincula a todos los poderes públicos y es de aplicación inmediata, rige en el proceso penal. Véase, en este sentido, la STC 31/1981, de 28 de julio.

<sup>764</sup> RAMOS MÉNDEZ, F. *Enjuiciamiento Criminal*, Editorial Atelier, Barcelona, 2014, p. 356. A mayor abundamiento, vid. SSTC 31/1981, de 28 de julio; 80/1986, de 17 de junio; 82/1988, de 28 de abril; 41/1991, de 25 de febrero; 10/1992, de 16 de enero; 303/1993, de 25 de octubre; 1/2006, de 16 de enero; 344/2006, de 11 de diciembre. En atención a la ausencia de pruebas de cargo practicadas en la vista oral las SSTC 80/1986, de 17 de junio; 10/1992, de 16 de enero reconocen la vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia y anulan la sentencia recurrida. También el artículo 741 LECrim refiere que las pruebas practicadas en el juicio son las que sirven al Tribunal para dictar sentencia. En este sentido se pronunciaba ya la locución latina “*iudex iudicare debet iuxta allegata et probata partium*”, esto es “el juez debe juzgar de acuerdo con lo alegado y probado por las partes”.

<sup>765</sup> FUENTES SORIANO, O., “Valoración de la prueba indiciaria y declaración...”, *Op. Cit.*, p. 161 señala que el derecho a la presunción de inocencia exige para poder condenar que se haya practicado con todas las garantías auténtica prueba de cargo suficiente, esto es, referida a la comprobación de que los hechos que se imputan sucedieron, son típicos y son imputables a la persona acusada. A mayor abundamiento, véanse las SSTC 141/1986, de 12 de noviembre; 150/1989, de 25 de septiembre; 127/1990, de 1 de julio; 134/1991, de 17 de junio; 76/1993, de 1 de marzo; 303/1993, de 25 de octubre; 79/1994, de 14 de marzo; 93/1994, de 21 de marzo; 36/1995, de 6 de febrero; 131/1997, de 15 julio; 7/1999, de 8 de febrero.

<sup>766</sup> FUENTES SORIANO, O., “Valoración de la prueba indiciaria y declaración...”, *Op. Cit.*, pp. 160-161 refiere que el principio inspirador de la sentencias penales *in dubio pro reo* lleva al juzgador que no ha alcanzado la convicción de que el acusado haya cometido los hechos que se le imputan a absolver, lo que grava a las partes acusadoras con la carga de probar los hechos que afirman.

Así, cuando no se hubiera producido ninguna actividad probatoria de cargo, el derecho fundamental a la presunción de inocencia no permite la condena, pero si la prueba practicada fuera insuficiente y el Juez no hubiera obtenido una certeza más allá de toda duda razonable, deberá este dictar sentencia absolutoria, de acuerdo con el principio *in dubio pro reo*<sup>767</sup>.

Junto con el reconocimiento constitucional a la presunción de inocencia, la propia CE, en el apartado segundo de su artículo 24, reconoce el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa. La referencia a la pertinencia de los medios de prueba es, por ende, un requisito de admisibilidad que se concreta en la relación entre el hecho que pretende acreditar la prueba aportada y el objeto del proceso, en tanto en cuanto sirva para probar un hecho relevante para el proceso<sup>768</sup>. Por el contrario, no son pertinentes las pruebas de los hechos admitidos por las partes, de los hechos notorios, de los hechos no alegados por las partes o de las normas jurídicas de derecho interno.

Por tanto, la prueba relativa a hechos que no guardan relación con el objeto del proceso será inadmitida por impertinente y no podrá practicarse. El examen de la pertinencia le corresponde al Juez, sin que el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva le obligue a admitir todos los medios probatorios que la parte estime pertinentes para su defensa<sup>769</sup>. Ello no obstante, la privación de aportación de hechos que se pretenden probar a través de un determinado medio puede conllevar la denegación del derecho a obtener una tutela efectiva y, en este sentido, es necesario un adecuado juicio de proporcionalidad que justifique las concretas causas por la que es procedente la inadmisión de la prueba. Este juicio de pertinencia es de exclusiva competencia de los Tribunales ordinarios que, para una correcta comprobación en instancias posteriores, deben explicitar y motivar las resoluciones por las que inadmitan las pruebas propuestas<sup>770</sup>.

El TC ya indicó en 1985 que el derecho constitucional a servirse de las pruebas pertinentes para su defensa no debe verse afectado por la economía del proceso, la mayor celeridad de éste o la eficacia en la Administración de Justicia, intereses que, pese a ser dignos de su tutela, alcanzan de rango subordinado<sup>771</sup>.

---

<sup>767</sup> MORENO CATENA, V., CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *Derecho procesal penal*, Op. Cit., p. 417.

<sup>768</sup> El apartado primero del artículo 283 LEC, de aplicación subsidiaria para los demás órdenes jurisdiccionales, establece que “no deberá admitirse ninguna prueba que, por no guardar relación con lo que sea objeto del proceso, haya de considerarse impertinente”.

<sup>769</sup> Vid. STC 25/1997, de 11 de febrero; STS de 29 de diciembre de 2010.

<sup>770</sup> STC 198/1997, de 24 de noviembre.

<sup>771</sup> Vid. STC 51/1985, de 10 de abril.

Además del examen de la pertinencia, la regulación considera que sólo podrán practicarse en el juicio los medios de prueba relacionados con el objeto del proceso que sean útiles, esto es, que contribuyan al esclarecimiento de los hechos objeto del proceso<sup>772</sup>. La utilidad de la prueba es, por tanto, un requisito de aptitud del medio de prueba para contribuir a la acreditación de un hecho alegado por las partes. Así, por ejemplo, el reconocimiento judicial no será útil para probar determinados elementos técnicos que necesiten de la existencia de un perito, ya que el Magistrado no tiene los conocimientos específicos que puedan necesitar de un técnico de la materia de que trate la pericia.

Es cierto que la utilidad de un medio de prueba es, en ocasiones, difícil de determinar en un momento inicial y anterior a su práctica. En este sentido, la jurisprudencia sostiene la inadmisión de un medio de prueba por inútil “cuando [el tribunal] dispone ya de los elementos de prueba suficientes para forjar su convicción”<sup>773</sup>, si bien la inadmisión de pruebas se debe realizar excepcionalmente cuando estas, por tener el mismo fin, se consideren superfluas<sup>774</sup>.

Adviértase que la prueba impertinente siempre es prueba inútil, en tanto en cuanto la ausencia de relación entre el hecho a acreditar y el objeto del proceso no sirve a los efectos de demostrar los hechos controvertidos.

Finalmente, recuérdese que los actos de prueba obtenidos con vulneración de derechos fundamentales no pueden servir como medios probatorios para fundamentar una condena por ser prueba ilícita, de acuerdo con lo previsto en el artículo 11.1 LOPJ. Como se ha expuesto con anterioridad, la admisión de pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales significaría admitir prácticas no respetuosas con un Estado de Derecho. En este sentido, no pueden aportarse al proceso, por ejemplo, comunicaciones conocidas a través de teléfonos intervenidos sin autorización judicial, los correos obtenidos sin el consentimiento de un participante de la comunicación, o un documento descargado desde la nube *hackeando* un ordenador privado.

Así, únicamente la práctica de auténticos actos de prueba obtenidos con estricto respeto a los derechos fundamentales que guarden relación con el objeto del proceso y que contribuyan al esclarecimiento de los hechos permite a los órganos judiciales llevar a cabo

---

<sup>772</sup> El apartado segundo del artículo 283 de LEC, norma subsidiaria para los demás órdenes jurisdiccionales, indica que son inútiles aquellas pruebas que “según reglas y criterios razonables y seguros, en ningún caso puedan contribuir a esclarecer los hechos controvertidos”.

<sup>773</sup> Vid. STS de 2 de enero de 1984.

<sup>774</sup> Así se pronuncia la STS de 9 de abril de 1985.

la confrontación entre unos y otros medios de prueba, formarse un juicio en conciencia acerca de su respectiva veracidad y llegar a una conclusión sobre la posible culpabilidad del procesado expresada en resoluciones fundadas<sup>775</sup>.

Los referidos medios de prueba que vinculan a los Tribunales deben, además, aportarse y practicarse debidamente ante el juez enjuiciador bajo la vigencia de los principios de contradicción, inmediación, concentración, oralidad y publicidad<sup>776</sup>. Resulta necesario el estudio de estos cinco principios que orientan la práctica de los medios de prueba.

Así, en primer lugar, el principio de contradicción exige la presencia y la confrontación dialéctica de las dos partes en la actividad probatoria ante el Juez<sup>777</sup>. Así, este principio presupone la existencia de una dualidad de partes contrapuestas que, para que sea efectivo, necesita que ambas partes tengan las mismas posibilidades y cargas de ataque y de defensa<sup>778</sup>. En este sentido, junto con la igualdad, la contradicción es una expresión más del ejercicio del derecho de defensa, en tanto en cuanto permite a las partes rebatir las declaraciones inculpatorias.

Entiéndase que, para que el debate contradictorio ante el Juez o Tribunal quede suficientemente garantizado basta con que la defensa tenga la posibilidad de contradecir, aunque no lo haga efectivamente, ya que, de otra manera, la defensa se escudaría en su silencio para entender vulnerada esta garantía. Cuestión distinta es que la ausencia de contradicción responda a casusas sobrevenidas, como, por ejemplo, que haya fallecido inesperadamente un testigo, que son extraordinarias y habrá que entenderlas restrictivamente.

---

<sup>775</sup> STC 82/1988, de 28 de abril. La STC 1/1998, de 28 de julio indica que el Tribunal penal sólo queda vinculado a lo alegado y probado dentro de él (*secundum allegata et probata*).

<sup>776</sup> SSTC 31/1981, de 28 de julio; 175/1985, de 17 de diciembre; 57/1986, de 14 de mayo; 64/1986, de 21 de mayo; 80/1986, de 17 de junio; 82/1986, de 26 de junio; 145/1987, de 23 de septiembre; 22/1988, de 18 de febrero; 82/1988, de 28 de abril; 254/1988, de 21 de diciembre; 150/1989, de 25 de septiembre; 201/1989, de 30 de noviembre; 217/1989, de 21 de diciembre; 154/1990, de 15 de octubre; 161/1990, de 19 de octubre; 41/1991, de 25 de febrero; 118/1991, de 23 de mayo; 134/1991, de 17 de junio; 10/1992, de 16 de enero; 138/1992, de 13 de octubre; 76/1993, de 1 de marzo; 303/1993, de 25 de octubre; 93/1994, de 21 de marzo; 283/1994, de 24 de octubre; 284/1994, de 24 de octubre; 51/1995, de 23 de febrero; 200/1996, de 3 de diciembre; 7/1999, de 8 de febrero; 40/1997, de 27 de febrero; 131/1997, de 15 julio; 153/1997, de 29 de septiembre; 49/1998, de 2 de marzo; y las SSTS 155/2005, de 15 de febrero; 197/2005, de 15 de febrero. Véase también FUENTES SORIANO, O., “Valoración de la prueba indiciaria y declaración...”, *Op. Cit.*, p. 158.

<sup>777</sup> Véase el artículo 741 LECrim. Las SSTC 41/1997, de 10 de marzo; 218/1997, de 27 de febrero; 138/1999, de 22 de julio; 91/2000, de 30 de marzo; 344/2006, de 11 de diciembre indican que la posibilidad de contradicción es una de las reglas esenciales del proceso.

<sup>778</sup> PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A.J., *Constitución y Poder Judicial*, *Op. Cit.*, p. 420.

El citado principio de inmediación viene referido a la presencia del juzgador en la práctica de la prueba<sup>779</sup>. La observación de este principio es una garantía procesal necesaria para que el órgano judicial que valore la prueba decida en función de su percepción directa. La exigencia de inmediación del Juez o el Magistrado para con la práctica de los elementos probatorios es tal que sólo puede sentenciar aquel juzgador que haya asistido al juicio oral<sup>780</sup>. Es necesario advertir que este principio resulta afectado en supuestos de auxilio judicial en los que, por la imposible asistencia del Juez que conoce del asunto, es un órgano judicial ajeno al proceso el que presencia la práctica de la prueba, o en algunos supuestos de prueba anticipada, si bien debe limitarse a actuaciones excepcionales en los que sea casi imposible la práctica del medio de prueba en su presencia.

En atención al tercer principio, la concentración exige que la celebración del juicio oral se lleve a cabo en un solo acto o, en su defecto, en sesiones consecutivas, que garanticen una mejor percepción por el juzgador durante la práctica de la prueba. En cualquier caso, caben excepciones a la aplicación de este principio, como en aquellos supuestos en los que el Juez o Tribunal necesite trasladarse a un lugar distinto de la sala del juicio, como, por ejemplo, para la declaración testifical de una persona imposibilitada<sup>781</sup> o para la inspección ocular de un espacio concreto<sup>782</sup>.

Por lo que al cuarto principio hace referencia, la CE exige que el procedimiento sea predominantemente oral y, de esta forma deben practicarse, en la medida de lo posible, los medios de prueba, especialmente aquellos actos de prueba personales<sup>783</sup>. Ello no obstante, existen particularidades en la aplicación del principio de oralidad en el medio de prueba documental que puede darse por reproducida o, igualmente, en las pruebas

---

<sup>779</sup> GIMENO SENDRA, V, “El derecho a la presunción de inocencia”, *Legalidad y Defensa. Garantías Constitucionales del Derecho y la Justicia Penal* (Dir. GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, DEMETRIO CRESPO), Ediciones Jurídicas Castillo de Luna, Madrid, 2015, pp. 205-206. En el mismo sentido, CHAMORRO LADRÓN DE CEGAMA, J. A., “Algunas reflexiones sobre el principio de inmediación en el proceso civil y su mejor cumplimiento en la práctica judicial”, *Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura*, nº 2, 1983, p. 531.

<sup>780</sup> Así, el artículo 741 LECrim señala que el Tribunal dicta su sentencia de acuerdo con la prueba practicada en el juicio oral, las razones expuestas por la acusación y defensa y lo manifestado por los procesados. La LEC -subsidiaria para todos los órdenes jurisdiccionales-, prevé, en su artículo 137, la nulidad de pleno derecho de las declaraciones, acto de prueba, vistas o comparencias celebradas sin la presencia del Juez o de los Magistrados integrantes del tribunal que conozcan del asunto. Además, el artículo 256 LOPJ exige que los Jueces y Magistrados trasladados o jubilados deliberen, voten, redacten y firmen las sentencias de los asuntos a cuyas vistas hubieren asistido y que aún no se hubieren fallado, salvo que concurriera causa de incompatibilidad o proceda la anulación de aquélla por otro motivo.

<sup>781</sup> Vid. Artículo 718 LECrim.

<sup>782</sup> Vid. Artículo 727 LECrim.

<sup>783</sup> Este principio viene recogido constitucionalmente en el apartado segundo del artículo 120 CE.

personales que no puedan practicarse en juicio oral, que quedarán por escrito en el acta levantada al efecto.

Por último, el procedimiento probatorio se rige por el principio de publicidad, que exige que los procesos sean abiertos a la sociedad para favorecer un mayor control que garantice el derecho de defensa<sup>784</sup>. La celebración de juicios públicos permite un control social sobre el buen funcionamiento de la justicia<sup>785</sup>. Este principio puede limitarse por razones de orden público, de protección de los derechos y libertades o de respeto debido a la persona ofendida por el delito o a su familia a través de la celebración del juicio a puerta cerrada o de restricciones a los medios de comunicación audiovisuales en el plenario<sup>786</sup>.

En definitiva, los medios de prueba son los mecanismos procesales previstos por el legislador que sean pertinentes y útiles, que se practican de acuerdo con los principios de contradicción, inmediación concentración, oralidad y publicidad para aportar al proceso las fuentes de prueba obtenidas lícitamente, a fin de obtener una resolución de fondo acorde a la pretensión invocada.

## **2. La prueba anticipada y preconstitución de prueba**

Referidos los principios de contradicción, inmediación, concentración, oralidad y publicidad que deben guiar la práctica de medios de prueba, es posible encontrar actos de prueba que, si bien son incorporados en el juicio, son practicados o asegurados en un

---

<sup>784</sup> Vid. art. 680 LECrim. Téngase presente que la publicidad queda restringida a la capacidad de la sala, tal y como advierte PLANCHAT TERUEL, J.M., “La práctica de la prueba en el juicio oral”, en *Estudios sobre prueba penal. Volumen III* (Dir. ABEL LLUCH, RICHARD GONZÁLEZ), La Ley, Las Rozas, 2013, pp. 284-285.

<sup>785</sup> En el mismo sentido, FUENTES SORIANO sostiene que el “control social a cuya finalidad va abocada, en suma, la publicidad del proceso, pues que el juicio oral esté informado por el principio de publicidad es otra de las garantías del moderno proceso penal convertido ya, no sólo en el instrumento para ejercitar el ius puniendi del Estado sino junto a ello, en un mecanismo de control frente a posibles abusos del Estado en el ejercicio, precisamente, de dicho ius puniendi”, en FUENTES SORIANO, O., “El derecho al silencio y sus consecuencias en el proceso”, *Revista General de Derecho Procesal*, Iustel, nº 46, 2018, p. 11.

<sup>786</sup> Vid. Arts. 232.2 LOPJ y 680-682 LECrim, que prevén la celebración de las sesiones del juicio a puerta cerrada, la adopción de medidas para la protección de la intimidad de la víctima y de sus familiares o la restricción de la presencia de los medios de comunicación audiovisuales cuando así lo exijan razones de seguridad u orden público o la adecuada protección de los derechos fundamentales de los intervinientes, el respeto debido a la misma o a su familia, o resulte necesario para evitar a las víctimas perjuicios relevantes.



momento procesal anterior a través de la prueba anticipada o de la prueba preconstituida<sup>787</sup>.

La razón de la existencia de estas excepciones radica en que, en la realidad, concurren muchas situaciones que hacen necesaria la práctica anticipada o preconstitución de una prueba, como, por ejemplo, el reconocimiento judicial anticipado de una página web, la declaración de un testigo que previsiblemente no podrá estar en el acto del juicio, la copia del contenido de un ordenador que contiene información relevante para el proceso.

La delimitación conceptual entre ambos supuestos -la prueba anticipada y la preconstitución de la fuente de prueba- es confusa y comúnmente confundida<sup>788</sup>, si bien son dos instituciones distintas.

La prueba anticipada hace referencia a la práctica de un medio probatorio con anterioridad al acto del juicio cuando concurren circunstancias que la impidan en su momento procesalmente oportuno. El ejemplo más reconocido de la prueba anticipada es el de la prueba testifical de quienes se tema su muerte o incapacidad física o intelectual antes de la apertura del juicio oral, supuesto al que se suma la testifical de quienes manifestaren la imposibilidad de concurrir al acto del juicio por haber de ausentarse en dicho momento del territorio nacional, o de quienes se tema razonablemente, por razón de su lugar de residencia o por otro motivo, que no podrán declarar en el juicio oral<sup>789</sup>. También existen

---

<sup>787</sup> La locución “*probatio ad perpetuam rei memoriam*” hace referencia a la necesidad de dejar constancia de una fuente de prueba ante el riesgo de perderla, para poder utilizarla en un futuro juicio en el que esa fuente de prueba fuera necesaria. La Universidad de Sajonia (Universitäts- und Landesbibliothek Sachsen-Anhalt -ULB-) tiene digitalizados ejemplares del siglo XVII entre los que se puede encontrar referencias a la manera de anticipar prueba, vid. <http://digitale.bibliothek.uni-halle.de/vd17/content/pageview/9170764>.

<sup>788</sup> Algunas resoluciones asemejan los términos de prueba anticipada y prueba preconstituida como una única categoría conceptual, vid. SSTS 503/2008 de 17 de julio; 617/2010, de 24 de junio; 525/2011, de 8 de junio; 263/2012, de 28 de marzo; 601/2013, de 11 de julio; 878/2013, de 3 de diciembre; 353/2014, de 8 de mayo; 72/2017, de 4 de julio; 786/2017, del 30 de noviembre; SSTC 201/1989, de 30 de noviembre; 303/1993, de 25 de octubre que se refieren a una “prueba anticipada y preconstituida”. JAMARDO LORENZO, A., “La preconstitución de la prueba en el proceso penal”, *Diario La Ley*, nº 8906, 23 de enero de 2017 identifica tres posturas doctrinales en torno a la concreción de la prueba preconstituida: un primer grupo minoritario, que no distingue entre prueba anticipada y prueba preconstituida; un segundo sector, que define como prueba preconstituida la que se ha practicado antes del juicio oral ante el juez instructor y, como prueba anticipada, la practicada ante el Tribunal que ha de dictar sentencia; y una tercera postura, que entiende por prueba preconstituida aquella que, por su propia naturaleza, no puede ser practicada en la sesión del juicio oral y, por prueba anticipada, aquella prueba común que ha de anticipar en el tiempo su práctica debido a la previsible imposibilidad de que se practique en el momento procesal oportuno, en pp. 2-4.

<sup>789</sup> El artículo 448 LECrim prevé que en estas situaciones se practique inmediatamente la declaración testifical asegurando la posibilidad de contradicción de las partes. Para la práctica de esta prueba anticipada, el Letrado de la Administración de Justicia lo comunicará al acusado para que para que su abogado le aconseje en el acto de recibir la declaración del testigo (si aún no tuviere abogado, se le instará para que nombre abogado en el término de veinticuatro horas, o de lo contrario, se le nombrará uno de oficio).

otros ejemplos de prueba anticipada legalmente previstos, como la prueba pericial o testifical que, por cualquier causa, se crea que no pueda practicarse en el juicio oral o motive su suspensión<sup>790</sup> o la prueba testifical de menores de edad y de personas con capacidad judicialmente modificada, cuando las circunstancias así lo aconsejen<sup>791</sup>.

La práctica anticipada de un medio de prueba supone la aplicación mitigada de los mencionados principios que rigen en el acto del juicio, pero es necesario garantizar la posibilidad de practicarla cuando no puedan realizarse en el plenario por motivos excepcionales y su inutilización pueda suponer la indefensión de una de las partes<sup>792</sup>. En este sentido, es precisa la observación de determinadas requisitos que aseguren la plena validez de la prueba anticipada de un medio probatorio para su posterior aportación<sup>793</sup>. Por consiguiente, será válida la prueba anticipada cuando exista la posibilidad de contradicción de las partes y del Juez durante su práctica y se constate a través del acta del LAJ o por medio de una grabación con imagen y sonido<sup>794</sup>.

En este sentido, también ha sido objeto de discusión si la prueba anticipada debe practicarse ante el Juez instructor o enjuiciador. La propia naturaleza de la práctica de un medio de prueba requiere que se realice ante el órgano sentenciador, que únicamente valora las pruebas practicadas en su presencia<sup>795</sup>, en tanto en cuanto el contraste entre el juez instructor y el juez enjuiciador es una garantía del derecho a un juez imparcial que

---

Transcurrido dicho término, el Juez recibirá juramento o promesa y volverá a examinar al testigo, a presencia del procesado y de su abogado defensor y a presencia, asimismo, del Fiscal y del querellante, si quisieren asistir al acto, permitiendo a éstos hacerle cuantas repreguntas tengan por conveniente, excepto las que el Juez desestime como manifiestamente impertinentes. El Letrado de la Administración de Justicia consigna las contestaciones a estas preguntas y todos los asistentes firman esta diligencia. El mismo procedimiento para la práctica de la prueba testifical lo prevé el artículo 449 LECrim para el caso de inminente peligro de muerte del testigo, incluso cuando el procesado no pudiese ser asistido de Letrado. Los artículos 777.2 y 797.2 LECrim exigen la práctica inmediata de la declaración testifical cuando fuere de temer razonablemente que esta prueba no podrá practicarse en el juicio oral, o pudiera motivar su suspensión, asegurando en todo caso la posibilidad de contradicción de las partes y documentándose en soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y de la imagen o por medio de acta autorizada por el Letrado de la Administración de Justicia, con expresión de los intervinientes, a fin de que se pueda reproducir o leer en el plenario, a instancia de la parte a quien interese.

<sup>790</sup> Vid. Artículo 657 LECrim, que señala que las partes pueden pedir la práctica de aquellas diligencias de prueba que por cualquier causa fuera de temer que no se puedan practicar en el juicio oral, o que pudieran motivar su suspensión.

<sup>791</sup> Así puede entenderse del artículo 448 LECrim, que dispone que la declaración de estos testigos podrá llevarse a cabo evitando la confrontación visual de los mismos con el inculcado, utilizando para ello cualquier medio técnico que haga posible la práctica de esta prueba.

<sup>792</sup> PEDRAZ PENALVA, E., “La práctica probatoria anticipada y la denominada prueba “preconstituida”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, nº3, 1998, p. 36.

<sup>793</sup> GIMENO SENDRA, V., *Derecho procesal penal*, segunda edición, Editorial Aranzadi, *Op. Cit.*, pp. 443-445.

<sup>794</sup> Vid. STS 1375/2009, de 28 de diciembre.

<sup>795</sup> PEDRAZ PENALVA, E., “La práctica probatoria anticipada...”, *Op. Cit.*, p. 41.

exige que el Juez que instruye no puede decidir sobre el fallo<sup>796</sup>. Sin embargo, es posible encontrar referencias a la prueba anticipada practicada ante el órgano instructor en supuestos excepcionales en los que el órgano de enjuiciamiento no estaba constituido<sup>797</sup>. Por tanto, la práctica ante uno u otro juez dependerá, en cada caso, del momento en el que se necesite la práctica anticipada de cualquier medio, siempre y cuando se realice con el máximo respeto a las garantías del proceso.

Con respecto a sus efectos, es necesario tener presente que si desaparece la causa que impedía la práctica del medio de prueba en el juicio oral y, consecuentemente, es posible practicarlo en el acto del juicio, la práctica anticipada pierde todo valor probatorio<sup>798</sup>. Sin embargo, en estos supuestos, la prueba anticipada mantiene cierta significación cuando sea contradictoria con respecto a la declaración del testigo en el juicio oral, a los efectos de su lectura en el acto del juicio<sup>799</sup>.

Valga mencionar que la LECrim, además de prever supuestos de prueba anticipada, se refiere expresamente a la práctica anticipada de un medio probatorio en distintos preceptos en su articulado<sup>800</sup>. Esto no ocurre, sin embargo, con la prueba preconstituida.

---

<sup>796</sup> Las SSTC 145/1988 y 164/1988 exponen la necesidad de asegurar la separación entre la función instructora y la juzgadora, ya que la participación activa del instructor en la reunión del material necesario para la celebración del juicio y el haber estado en contacto con las fuentes de donde procede ese material puede hacer nacer en su ánimo prevenciones y prejuicios respecto de la culpabilidad del encartado que puede quebrantar la imparcialidad objetiva judicial y, consecuentemente, influirle a la hora de sentenciar. A mayor abundamiento, véase LÓPEZ ORTEGA, J.J., “El derecho al juez no prevenido y el juicio de faltas”, *Jueces para la democracia*, nº 8, 1989, pp. 47-50.

<sup>797</sup> Incluso se distingue entre la prueba anticipada en sentido propio –practicada ante el órgano enjuiciador- y prueba anticipada en sentido impropio –practicada ante el órgano instructor-, vid. MARCA MATUTE, J., “El imputado y el anticipo probatorio”, en *Estudios sobre prueba penal. Volumen III* (Dir. ABEL LLUCH, RICHARD GONZÁLEZ), La Ley, Las Rozas, 2013, p. 212.

<sup>798</sup> SSTs 1587/1997, de 17 de diciembre; 284/2000, de 21 de febrero; del 24 de marzo de 2001 (Roj: STS 2414/2001); y STC 79/1994, de 14 de marzo. PEDRAZ PENALVA, E., “La práctica probatoria anticipada...”, *Op. Cit.*, p. 40, que afirma que “si el medio de prueba preutilizado pudiere reiterarse en la vista no ha lugar su ratificación o confirmación en las sesiones del juicio” y defiende que esta excepcionalidad “fomenta una más pronta celebración de los juicios, disminuyendo dilaciones”.

<sup>799</sup> Artículo 714 LECrim.

<sup>800</sup> Así, a título de ejemplo, los preceptos que, de forma directa o indirecta se refieren a la prueba anticipada son: el artículo 120 LECrim, que dispone que los preceptos referidos a la presencia del investigado en la práctica de diligencias de investigación o de *prueba anticipada* se entenderán siempre referidas al representante especialmente designado por la entidad...; el 781.1 LECrim, que indica que en el escrito de acusación se puede solicitar la *práctica anticipada* de aquellas pruebas que no puedan llevarse a cabo durante las sesiones del juicio oral; el artículo 784.2 LECrim, que apunta la posibilidad de que en el escrito de defensa se solicite del órgano judicial que recabe la remisión de documentos o cite a peritos o testigos, a los efectos de la práctica de la correspondiente prueba en las sesiones del juicio oral o, en su caso, de la práctica de *prueba anticipada*; y, finalmente, el artículo 785.1 LECrim, que señala que el Juez o Tribunal enjuiciador prevendrá lo necesario para la práctica de la *prueba anticipada* (la cursiva se ha utilizado para remarcar la referencia de estos preceptos a la prueba anticipada).

La denominada “prueba preconstituida” hace referencia a diligencias sumariales -o presumariales- de imposible repetición en el juicio oral por razón de su intrínseca naturaleza o por la posibilidad de pérdida de algún elemento decisivo para la convicción del juzgador<sup>801</sup>. Las pruebas preconstituidas son, por tanto, actuaciones policiales urgentes e irrepetibles de aseguramiento del cuerpo del delito, de custodia de fuentes de prueba o de constancia de datos o elementos fácticos de la realidad<sup>802</sup> tales como las pruebas alcoholométricas<sup>803</sup>, los análisis de estupefacientes, las inspecciones oculares, el reconocimiento fotográfico<sup>804</sup>, la recogida y conservación del cuerpo del delito, la intervención de comunicaciones, la obtención de ADN, la intervención de los datos de tráfico, las declaraciones sumariales<sup>805</sup>, etc.

En este sentido, la policía judicial preconstituirá prueba cuando haya urgencia en la recogida de elementos y efectos integrantes del cuerpo del delito, para su aseguramiento en la fase instructora<sup>806</sup>. Sin embargo, y pese a la confusión que pueda derivarse de su terminología, la prueba preconstituida no es medio de prueba, sino fuente y objeto de la prueba que se practicará en el plenario<sup>807</sup>, de modo que la preconstitución de prueba es,

---

<sup>801</sup> PEDRAZ PENALVA, E., “La práctica probatoria anticipada...”, *Op. Cit.*, p. 52 y STS 669/2017, de 11 de octubre.

<sup>802</sup> Las SSTC 107/1983, de 29 de noviembre; 201/1989, de 30 de noviembre; 138/1992, de 13 de octubre; 303/1993, de 25 de octubre indican que estas diligencias son actos de constancia que se limitan a reflejar fielmente determinados datos o elementos fácticos de la realidad externa. Para un estudio pormenorizado de estas diligencias instructoras, vid. GIMENO SENDRA, V., *Derecho procesal penal*, segunda edición, Editorial Aranzadi, *Op. Cit.*, pp. 449-547.

<sup>803</sup> SSTC 100/1985, de 3 octubre; 3/1990, de 15 enero; 222/1991, de 25 de noviembre; 252/1994, de 19 de septiembre, 153/1997, de 29 de septiembre, 188/2002, de 14 octubre.

<sup>804</sup> La STC 36/1995, de 6 de febrero reconoce al reconocimiento fotográfico como un medio válido de investigación, pero no como un medio de prueba.

<sup>805</sup> En este sentido, el TC ha sostenido cierta eficacia probatoria de determinadas diligencias policiales. La STC 80/1986, de 17 de junio señala que no se debe negar toda eficacia probatoria a las diligencias policiales y sumariales practicadas con las formalidades que la Constitución y el ordenamiento procesal establecen en garantía de la libre declaración y defensa de los ciudadanos, pero que reconocerles esa eficacia pasa porque sean reproducidas en el acto de la vista en condiciones que permitan a la defensa del acusado someterlas a contradicción. La STC 80/1991, de 15 de abril indica que, pese a que no se niegue la existencia de declaraciones sumariales, es preciso delimitar si eficacia probatoria. La STC 93/1994, de 21 de marzo señala que únicamente se admite la declaración sumarial de un testigo como prueba preconstituida cuando estén agotadas infructuosamente todas las posibilidades legales para conseguir la declaración personal del testigo. A mayor abundamiento, vid. SSTC 62/1985, de 10 de mayo; 93/1994, de 21 de marzo; 40/1997, de 27 de febrero.

<sup>806</sup> Vid. Auto del TC 108/1995, de 27 de marzo.

<sup>807</sup> MARCA MATUTE, J., “El imputado y el anticipo...”, *Op. Cit.*, p. 206. En el mismo sentido, la STC 80/1986, de 17 de junio refiere que las diligencias sumariales son preparación del juicio verdadero que comienza con la calificación provisional y la apertura del debate oral ante el Tribunal, celebrado en condiciones de igualdad entre el acusado y el acusador.

en realidad, prueba documentada<sup>808</sup>, que se introduce en el proceso a través de auténticos medios de prueba en el acto del juicio<sup>809</sup>.

Un sector jurisprudencial importante ha establecido cuatro requisitos –materiales, subjetivos, objetivos y formales- que permiten la entrada en el proceso de estos actos de prueba con plenas garantías<sup>810</sup>. Una primera exigencia material que la jurisprudencia ha señalado para la convalidación de un acto de prueba preconstituida en prueba es que verse sobre hechos que, por su fugacidad, no puedan reproducirse el día de la celebración del juicio oral. El segundo requisito al que jurisprudencia condiciona la validez como prueba de cargo preconstituida es subjetivo, referido a la necesaria intervención del Juez instructor para que dote a la actuación sumarial de valor probatorio<sup>811</sup>. En tercer lugar, esta línea jurisprudencial exige, como requisito objetivo, que se garantice la posibilidad de contradicción en la ejecución de la diligencia sumarial<sup>812</sup>. Finalmente, la

---

<sup>808</sup> Vid. SSTC 153/1997, de 29 de septiembre; 41/1999, de 25 de febrero.

<sup>809</sup> Vid. las SSTC 36/1995; 7/1999, de 8 de febrero, que indican que las diligencias policiales sólo podrán considerarse como auténtica prueba de cargo, válida para destruir la presunción de inocencia, cuando por concurrir circunstancias excepcionales que hagan imposible la práctica de prueba en el juicio oral con todas las garantías, sea admisible la introducción en el juicio de los resultados de esas diligencias a través de auténticos medios de prueba. En una posición más matizada, GIMENO SENDRA considera que la aportación ha de ser a través del medio de prueba documental, vid. GIMENO SENDRA, V., *Derecho procesal penal*, segunda edición, Editorial Aranzadi, *Op. Cit.*, pp. 444, 584.

<sup>810</sup> Vid. SSTC del 16 de noviembre de 1993 (ROJ: STS 7718/1993); de 13 de diciembre de 1992 (ROJ: STS 8617/1993); 1234/1997, de 6 de octubre; 232/1997, de 20 de febrero; 957/2001, de 18 de junio; 433/2008, de 3 de julio; 673/2008, de 6 de noviembre; 1119/2009, de 6 de noviembre; 1171/2009, de 10 de noviembre; 193/2010, de 2 de marzo; 308/2010, de 18 de marzo; 301/2010, de 10 de abril; 1117/2010, de 7 diciembre; 153/2011, de 23 de febrero; 461/2011, de 25 de mayo; 726/2011, de 6 de julio; 1055/2011, de 18 de octubre; 1124/2011, de 27 de octubre; 234/2012, de 16 de marzo; 591/2012, de 4 de julio; 256/2013, de 6 de marzo; 220/2013, de 21 de marzo; 429/2013, de 21 de mayo; 470/2013, de 5 de junio; 546/2013, de 17 de junio; 608/2013, de 17 de julio; 715/2013, de 27 de septiembre; 53/2014, de 4 de febrero; 129/2014, de 26 de febrero; 187/2014, de 10 de marzo; 229/2014, de 25 de marzo; 374/2014, de 29 de abril; 367/2014, de 13 de mayo; 421/2014, de 16 de mayo; 632/2014, de 14 de enero; 848/2014, de 9 de diciembre; 27/2015, de 28 de enero; 71/2015, de 4 de febrero; 123/2015, de 20 de febrero; 118/2015, de 3 de marzo; 174/2015, de 14 de mayo; 447/2015, de 29 de junio; 598/2015, de 14 de octubre; 735/2015, de 26 de noviembre; 1/2016, de 19 de enero; 158/2016, de 29 de febrero; 366/2016, de 28 de abril; 538/2016, de 17 de junio; 544/2016, de 21 de junio; 675/2016, de 22 de julio; 680/2016, de 26 de julio; 762/2016, de 13 de octubre; 167/2017, de 15 de marzo; 389/2017, de 29 de mayo; 468/2017, de 22 de junio; 478/2017, de 27 de junio; 151/2018, de 27 de marzo y SSTC 31/1981, de 28 de julio; 80/1986, de 17 de junio; 22/1988, de 18 de febrero; 25/1988, de 23 de febrero; 82/1988, de 28 de abril; 137/1988, de 7 de julio; 217/1989, de 21 de diciembre; 98/1990, de 24 de mayo; 80/1991, de 15 de abril; 303/1993, de 25 de octubre; 36/1995, de 6 de febrero; 51/1995, de 23 de febrero; 200/1996, de 3 de diciembre; 40/1997, de 27 febrero; 153/1997, de 29 septiembre; 41/1998, de 24 de febrero; 49/1998, de 2 de marzo; 115/1998, de 1 de junio; 97/1999, de 31 de mayo; 72/2001, de 26 de marzo; 141/2001, de 18 de junio; 209/2001, de 22 de octubre; 2/2002, de 14 de enero; 12/2002, de 28 de enero; 155/2002, de 22 de julio; 195/2002, de 28 de octubre; 38/2003, de 27 de febrero; 80/2003, de 28 de abril; 187/2003, de 27 octubre; 148/2005, de 6 de junio; 280/2005, de 7 de noviembre; 1/2006, de 16 de enero; 344/2006, de 11 de diciembre; 345/2006, de 11 de diciembre; 29/2008, de 20 de febrero.

<sup>811</sup> Véase la ilustrativa STC 303/1993, de 25 de octubre.

<sup>812</sup> El artículo 448 de la LECrim insta al Juez instructor a asegurar la posibilidad de contradicción de las partes durante la práctica de la declaración de un testigo que, para el tiempo del juicio oral, se va a ausentar del territorio nacional o de quien se tema su muerte o incapacidad física o intelectual. También el artículo

jurisprudencia condiciona la valoración probatoria del resultado de las diligencias practicadas en la instrucción de la causa al cumplimiento del requisito formal que consiste en introducir el contenido de la actuación sumarial a través de la prueba documental para posibilitar su contradicción a través de su lectura en el juicio oral ante el Juez o Tribunal sentenciador<sup>813</sup>.

Sin embargo, y al margen de lo fijado por esta corriente jurisprudencial, los actos de prueba preconstituidos pueden incorporarse al proceso por el medio de prueba que la parte considere más adecuado. Por ejemplo, el examen alcoholométrico puede probarse a través de la testifical de los agentes intervinientes, como así también puede aportarse al proceso el registro policial de un ordenador al que se ha accedido con autorización judicial.

En suma, la prueba preconstituida y la prueba anticipada poco tienen en común, porque pertenecen a esferas distintas, la prueba anticipada hace referencia a la práctica de un medio de prueba previa al momento procesal oportuno y la prueba preconstituida es la actuación sumarial de aseguramiento, custodia o constancia de fuentes probatorias. Así, la práctica anticipada se realiza por la parte y la prueba preconstituida corresponde a las FFCCSS.

Ello no obstante, en ambos supuestos concurre la irrepetibilidad y cierta urgencia en su realización -criterio este segundo, por otro lado, unido al primero-<sup>814</sup>.

### **3. La práctica de la prueba tecnológica**

De conformidad con lo expuesto, los medios de prueba válidos son aquellos pertinentes, útiles y lícitos que se practican con arreglo a los principios de contradicción, inmediatez, concentración, oralidad y publicidad, o bien anticipadamente<sup>815</sup>.

---

777.2 LECrim insta al Juez de Instrucción a que asegure la posibilidad de contradicción de las partes cuando, por razón del lugar de residencia de un testigo o víctima, o por otro motivo, fuere de temer razonablemente su práctica en el juicio oral. Así, la STS 545/2011 de 27 de mayo niega el carácter de prueba preconstituida a una diligencia de entrada en un almacén por la no intervención de los dos imputados presos ni sus letrados (falta de contradicción), si bien admite su acceso al proceso a través de las declaraciones en juicio de los policías.

<sup>813</sup> En este sentido, las SSTC 80/1986, de 17 de junio; 82/1988, de 28 de abril; 201/1989, de 30 de noviembre; 161/1990, de 19 de octubre; 80/1991, de 15 de abril indican que las declaraciones de los acusados prestadas en dependencias policiales necesitan de su reproducción en el juicio oral en condiciones que permitan su contradicción efectiva. Esta lectura de la declaración sumarial no debe acudir a la fórmula forense de “por reproducida”, ni aún con el consentimiento del acusado, vid. STC 93/1994, de 21 de marzo.

<sup>814</sup> En el mismo sentido, PEDRAZ PENALVA, E., “La práctica probatoria anticipada...”, *Op. Cit.*, p. 56.

<sup>815</sup> En este sentido, la STC 80/1986, de 17 de junio indica que “los únicos medios de prueba válidos para desvirtuar la presunción de inocencia son los utilizados en el juicio oral y los preconstituidos que sean de

Nuestro ordenamiento se inspira en un principio de taxatividad de los medios de prueba admisibles, esto es, la aportación de los medios de prueba se realiza siempre por algunos de los medios tasados en las normas procesales. Sin embargo, en el orden procesal penal hay una sucinta referencia de los medios de prueba<sup>816</sup>, si bien la LEC, recuérdese, supletoria para los demás órdenes jurisdiccionales<sup>817</sup>, sí contiene una regulación más detallada de estos medios de prueba que completa a la LECrim<sup>818</sup>.

Resulta interesante prestar atención al tercer párrafo del artículo 299 de la norma procesal civil, que prevé la inclusión en el proceso de hechos relevantes “por cualquier otro medio no expresamente previsto”, en aras de permitir la incorporación de pruebas deducido de nuevos métodos de corroboración de los hechos acaecidos en la realidad que el avance de la técnica admita. Esta posibilidad queda, en realidad, sin efecto, ya que no es posible aportar al proceso pruebas si no es por un medio determinado.

Es censurable que las últimas reformas de la LECrim acaecidas en el año 2015 no hayan abordado la regulación de nuevos actos probatorios adaptados a fuentes de prueba tecnológicas<sup>819</sup>. En cualquier caso, parece que las fuentes probatorias que se derivan de los avances tecnológicos caben sin mayor problema en los arquetipos de medios de prueba previstos normativamente en la LEC, con el cumplimiento de las especialidades de cada tipo<sup>820</sup>.

En ausencia de una regulación específica, considero que tienen aptitud para la práctica de los supuestos tecnológicos los medios de prueba de la prueba de la declaración del

---

imposible o muy difícil reproducción, siempre que en todo caso se hayan observado las garantías necesarias para la defensa”.

<sup>816</sup> La LECrim regula los medios de prueba en los artículos 688-731 bis de manera parcial y con una sistemática deficitaria. RAMOS MÉNDEZ destaca que la LECrim no ha sido muy generosa en la regulación de los medios de prueba disponibles, incluso con omisiones en parangón con las disposiciones de la LEC, y que muchas de sus normas remiten al sumario, lo que produce confusión, en RAMOS MÉNDEZ, F. *Enjuiciamiento Criminal*, *Op. Cit.*, p. 357.

<sup>817</sup> Las disposiciones de la LEC son supletorias con respecto a las leyes que regulan los procesos penales, contencioso-administrativos, laborales y militares, vid. El artículo 4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

<sup>818</sup> La LEC enumera un listado de medios de prueba en los apartados primero y segundo del artículo 299: interrogatorio de las partes, documental, pericial, reconocimiento judicial, interrogatorio de testigos y los medios de reproducción de la palabra, el sonido y la imagen, así como los instrumentos que permiten archivar y conocer o reproducir palabras, datos, cifras y operaciones matemáticas llevadas a cabo con fines contables o de otra clase, relevantes para el proceso.

<sup>819</sup> FUENTES SORIANO, O., “La intervención de las comunicaciones tecnológicas tras las reformas de 2015” en ALONSO CUEVILLAS SAYROL (Dir.), *El nuevo proceso penal tras las reformas de 2015*, Atelier y Fundación privada Manuel Serra Domínguez, 2016, p. 277 crítica que el legislador haya perdido la ocasión de reconocer nuevos medios probatorios para la práctica de fuentes de prueba tecnológica.

<sup>820</sup> FERNÁNDEZ ENTRALGO, J., “Prueba ilegítimamente...”, *Op. Cit.*, p. 26. FUENTES SORIANO, en referencia a los correos electrónicos, refiere que “la veracidad de esta fuente probatoria podrá llegar al juez por cualesquiera medios de prueba válidamente practicados en la causa”, en FUENTES SORIANO, O., “El valor probatorio de los correos...”, *Op. Cit.*, p. 201.

acusado, la prueba testifical, la prueba pericial, la prueba documental, el reconocimiento judicial, la prueba de reproducción de palabras, sonidos e imágenes y de los instrumentos que permiten archivar y conocer datos y, finalmente, la prueba indiciaria<sup>821</sup>.

En este sentido, la declaración del acusado tiene virtualidad en el ámbito tecnológico en tanto en cuanto es posible que el acusado reconozca hechos que han tenido lugar en el ámbito tecnológico, como el envío de unos mensajes de correo electrónico o el reconocimiento de una cuenta de correo electrónica como propia. De forma similar, el medio de prueba testifical sirve a los efectos de probar fuentes de prueba tecnológica si quien declara reconoce la percepción directa o indirecta de unos hechos informáticos<sup>822</sup>. Por lo que al medio pericial hace referencia, estos informes tienen la capacidad de aportar conocimientos técnicos que puedan servir para formar la convicción del juzgador sobre aspectos técnicos de las fuentes tecnológicas. También la prueba documental es un medio útil para aportar la representación de fuentes de pruebas tecnológicas cuando lo relevante para el proceso sea un contenido que pueda imprimirse. En relación con el reconocimiento judicial, este medio de prueba permite que el juzgador observe directamente la fuente de prueba, de forma tal que pueda formarse una convicción sobre su relevancia procesal. Especialmente útil resulta la aportación de fuentes tecnológicas en virtud del medio de prueba de reproducción de palabras, sonidos e imágenes y de los instrumentos que permiten archivar y conocer datos. Y, finalmente, las fuentes de prueba tecnológicas pueden adquirir valor probatorio a través de la prueba indiciaria, que permiten al juez partir de unos hechos contrastados para declarar, razonadamente, probado un hecho presunto.

En este contexto, FUENTES SORIANO señala que es preciso atender al concreto instrumento o mecanismo de comunicación utilizado, para escoger el medio de prueba que más sólidamente evidencie la información que se quiere hacer llegar al proceso<sup>823</sup>.

---

<sup>821</sup> La LECrim recoge la prueba de la declaración de acusado, la prueba testifical, la prueba pericial, la prueba documental, el reconocimiento judicial y la prueba indiciaria. Ello no obstante, se aplican las disposiciones subsidiarias de la LEC, que se refieren también a la prueba de reproducción de palabras, sonidos e imágenes y de los instrumentos que permiten archivar y conocer datos.

<sup>822</sup> El ejemplo más claro está en la STS 300/2015, de 19 de mayo, en el que un amigo de la víctima reconoce haber participado de una conversación a través de una aplicación de mensajería instantánea que había sido impugnada por la contraparte.

<sup>823</sup> Téngase presente que el funcionamiento de los blogs es diametralmente opuesto al de las comunicaciones bidireccionales y, el de estas, al de las comunicaciones por correo electrónico, vid. FUENTES SORIANO, O., “La prueba de la violencia de género. Cuestiones procesales fundamentales y



Ello sin perjuicio de que la incorporación de las fuentes de prueba tecnológicas puede realizarse, en ocasiones, a través de varios medios de prueba que corroboren y refuercen los hechos alegados<sup>824</sup>.

Sirvan como ejemplo de la incorporación de fuentes de prueba tecnológicas aportadas a través de varios medios de prueba las grabaciones obtenidas en una diligencia de intervención de las comunicaciones, que pueden practicarse como prueba documental por vía de sus transcripciones, como prueba testifical mediante la declaración de los agentes intervinientes en la obtención, o, finalmente, por medio de la reproducción de las conversaciones en el plenario<sup>825</sup>; o un mensaje difamatorio de un progenitor sobre la profesora de su hijo publicado en un grupo de *WhatsApp* de padres y madres del colegio<sup>826</sup>, que puede practicarse a través de la testifical de otros miembros del grupo, o como documental, si se imprime el mensaje.

Para el caso de que sean varios los medios de prueba, se seguirá el orden de práctica legalmente previsto. Así, se practicarán, en primer lugar, las pruebas solicitadas por el Ministerio Fiscal, continuando con las propuestas por los demás actores, y por último con la de los procesados y, entre estas, se practicarán según el orden con que hayan sido propuestas en el escrito correspondiente<sup>827</sup>.

---

nuevas tecnologías”, *Género y derecho penal. Homenaje al Prof. Wolfgang Schöne* (Dir. HURTADO POZO; Coord. SILVA TICLLACURI), Instituto Pacífico, Lima, 2017, p. 387.

<sup>824</sup> FUENTES SORIANO indica que hay muchas formas de conseguir que una determinada información llegue al proceso y refiere como ejemplo la aportación de un *Whatsapp*, que puede incorporarse válidamente al proceso a través de una copia impresa de pantalla cotejada por el LAJ, consignando el *Smartphone*, a través de la prueba testifical, por la declaración de parte o, incluso, por el reconocimiento judicial, vid. FUENTES SORIANO, O., “Violencia de Género”, V, VI, VII, VIII, IX *Congresos Nacionales de Jueces*, poder Judicial. Fondo editorial, Perú, 2017, pp. 357-358. En el mismo sentido, FUENTES SORIANO, O., “Los procesos por violencia de género. Problemas probatorios tradicionales y derivados...”, *Op. Cit.*, p. 19, donde afirma que “en el mismo proceso pueden utilizarse varios medios probatorios de forma cumulativa -lo que sin duda coadyuvará a un mayor afianzamiento probatorio de cara a su posterior valoración-”.

<sup>825</sup> A mayor abundamiento, vid. RICHARD GONZÁLEZ, M., *Investigación y prueba mediante medidas de intervención de las comunicaciones, dispositivos electrónicos y grabación de imagen y sonido*, Wolters Kluwer, Las Rozas, 2017, pp. 307-324.

<sup>826</sup> Ejemplo real del que ha conocido el Juzgado de lo Penal número 3 de Vigo, vid la noticia en [https://www.lavozdeg Galicia.es/noticia/galicia/2017/04/05/juzgada-calumniar-maestra-hijo-grupo-whatsapp-padres/0003\\_201704H5P10991.htm](https://www.lavozdeg Galicia.es/noticia/galicia/2017/04/05/juzgada-calumniar-maestra-hijo-grupo-whatsapp-padres/0003_201704H5P10991.htm) (fecha de consulta: 2 de mayo de 2018).

<sup>827</sup> Así lo dispone el artículo 701 LECrim que indica que los testigos serán examinados también por el orden con que figuren sus nombres en las listas y permite la posibilidad de que el Presidente altere este orden a instancia de parte y de oficio, cuando así lo considere conveniente “para el mayor esclarecimiento de los hechos o para el más seguro descubrimiento de la verdad”. El artículo 300 LEC, subsidiario para otros órdenes jurisdiccionales, establece que en el orden prima el interrogatorio acusado, seguido de la prueba testifical, la pericial, el reconocimiento judicial y, finalmente, la reproducción ante el tribunal de palabras, imágenes y sonidos captados mediante instrumentos de filmación, grabación y otros semejantes.

### 3.1. La declaración del acusado

La declaración del acusado o “interrogatorio del acusado”<sup>828</sup> se refiere a las manifestaciones que el encausado puede realizar en el acto del juicio con arreglo a los principios de contradicción, inmediación, concentración, oralidad y publicidad.

Al respecto, la LECrim, con un lenguaje claramente desfasado, denomina al medio de prueba de la declaración del acusado como “de la confesión de los procesados y personas civilmente responsables”<sup>829</sup>. Tal es así, que la norma procesal contempla que la autoridad judicial formule al acusado pregunta sobre el reconocimiento de su culpabilidad -si se confiesa reo del delito y civilmente responsable- al inicio de las sesiones del juicio oral<sup>830</sup>. Es más, la redacción literal de esta Ley exige, incluso, obligada respuesta al acusado, bajo apercibimiento de tenerle por confeso<sup>831</sup>. La subsistencia de estos inoportunos preceptos en la LECrim parece colisionar con el derecho constitucional del acusado a no confesar contra sí mismo y no declararse culpable<sup>832</sup>, máxime cuando la opción procesal del acusado ya la ha expuesto en su escrito de calificación<sup>833</sup>. En todo caso y pese a esta lacónica nomenclatura, la doctrina y la jurisprudencia han adaptado estos preceptos al marco constitucional, especialmente a los derechos a no declararse culpable y a no declarar contra sí mismo que el artículo 24.2 CE establece con respecto a los acusados en el marco del derecho de defensa<sup>834</sup>.

De acuerdo con el derecho a no declararse culpable, nuestra ley procesal no obliga al acusado a decir la verdad<sup>835</sup>. En este sentido, la presunción de inocencia exige partir de

---

<sup>828</sup> Expresión que habitualmente utiliza el lenguaje técnico, vid. RICHARD GONZÁLEZ, M., “Práctica de la declaración del acusado en el juicio oral”, *Iuris*, 168, febrero 2012, p. 30, quien critica la carga negativa del término interrogatorio con respecto al acusado y su derecho a no declararse culpable.

<sup>829</sup> La regulación de este medio probatorio en la LECrim se encuentra en los arts. 688-700. En la anterior LEC de 1881 el interrogatorio de las partes también se denominada prueba de confesión.

<sup>830</sup> Véanse los artículos 689-693 y 700 LECrim.

<sup>831</sup> Art. 700 LECrim.

<sup>832</sup> El Derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable está reconocido en los arts. 24 CE y 520.2.b LECrim. Las SSTC 29/1995; 197/1995; 49/1998, de 2 de marzo señalan que se trata de una garantía instrumental del más amplio derecho de defensa.

<sup>833</sup> En este sentido, ASECIO GALLEGO afirma que “la consideración del interrogatorio del investigado como medio de prueba ha perdido hoy en día prácticamente toda su vigencia (...). Porque (...) los resultados de una declaración sólo pueden ser aquellos que el investigado voluntariamente ofrezca”, en ASECIO GALLEGO, J.M., *El derecho al silencio como manifestación del derecho de defensa*, Tirant lo Blanch, Valencia 2017, pp. 172-173.

<sup>834</sup> RAMOS MÉNDEZ, F., *Enjuiciamiento Criminal, Op. Cit.*, pp. 357-360, quien indica que “la omisión de la LECrim nunca ha sido obstáculo para que tanto doctrina como jurisprudencia admitiesen tal medio de prueba y le negasen además el carácter de confesión en el sentido que atribuye el juicio civil a dicho término”.

<sup>835</sup> Las SSTC 197/1995, de 21 de diciembre; 36/1996, de 11 de marzo; 129/1996, de 9 de julio; 153/1997, de 29 de septiembre; 49/1998, de 2 de marzo y ATC 110/1990, de 12 de marzo destacan que el acusado no sólo no tiene obligación de decir verdad, sino que puede callar total o parcialmente o incluso mentir.

la inocencia del acusado con respecto a los hechos delictivos que se le imputan, pero en absoluto ello implica la veracidad de sus afirmaciones inculpatorias –por este motivo, los tribunales dotan de especial reconocimiento a las declaraciones de los acusados que les sean perjudiciales<sup>836</sup>-. Así, las coartadas poco consistentes no sirven de base para la consideración del acusado como culpable, ya que no tienen valor como prueba de cargo<sup>837</sup>, aunque pueden corroborar la convicción de culpabilidad alcanzada con apoyo en otras pruebas directas o indiciarias que se sumen a la falsedad o falta de credibilidad de las explicaciones dadas por el acusado<sup>838</sup>.

El alcance del derecho a no declararse culpable y a no declarar contra sí mismo se ha debatido ampliamente en supuestos en los que “el propio cuerpo” del acusado es el que aporta información relevante, como, por ejemplo, en la obtención de vestigios biológicos para el examen del ADN<sup>839</sup> o en la utilización de prácticas sobre el acusado que buscasen una respuesta neuronal o involuntaria sobre unos hechos relacionados con el litigio<sup>840</sup>. Una de estas prácticas es la “*odd-ball*” o medición del potencial evocado cognitivo P300, consistente en un análisis neurofisiológico que registra las respuestas neuronales a determinados estímulos como imágenes, frases y sonidos<sup>841</sup>. La utilización de esta técnica sin la voluntad del acusado supone una injerencia en el ámbito del derecho a la intimidad, pero, a mayor abundamiento, conculca el derecho a no declararse culpable y a no declarar contra sí mismo<sup>842</sup>. El debate sobre la amplitud del derecho de todo acusado a no declarar

---

Adviértase que los testigos que testifican en un procedimiento sí están obligados a prestar, mediante el juramento o promesa, verdad, bajo apercibimiento de incurrir en un delito por falso testimonio, vid. Art. 433 LECrim. Para un estudio más detallado del derecho al silencio véase FUENTES SORIANO, O., “El derecho al silencio y sus consecuencias...”, *Op. Cit.* y FUENTES SORIANO, O., “El derecho al silencio y sus consecuencias en el proceso”, en *Derecho y Proceso. Liber Amicorum del Profesor Francisco Ramos Méndez* (Coord. CACHÓN CADENAS, FRANCO ARIAS), Atelier, Barcelona, 2018, pp. 911-936.

<sup>836</sup> Vid. el artículo 316 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

<sup>837</sup> Véanse las SSTC 229/1998, de 1 de diciembre; 24/1997, de 11 de febrero.

<sup>838</sup> SSTC 76/1990, de 26 de abril; 220/1998, de 16 de noviembre.

<sup>839</sup> Véase LIBANO BERISTAIN, A., “La intervención judicial en la prueba del ADN (comentario a las sentencias de la sala segunda del Tribunal Supremo nº 501/2005, de 19 de abril de 2005 y nº 1311/2005, de 14 de octubre de 2005)”, *Revista de derecho y genoma humano*, nº 23, 2005.

<sup>840</sup> Véase el uso de polígrafos, o, incluso del pentotal sódico, conocidos como “suero de la verdad”.

<sup>841</sup> Un estudio sobre la técnica P300 en el proceso penal se puede hallar en SÁNCHEZ RUBIO, A., “El uso del test P300 en el proceso penal español: algunos aspectos controvertidos”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 18, 2016. Véanse también TARUFFO, M., NIEVA FENOLL, J., *Neurociencia y proceso judicial*, Marcial Pons, Madrid, 2013; GONZÁLEZ LAGIER, D., “¿La tercera humillación? (Sobre neurociencia, filosofía y libre albedrío)”, *Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho*, nº 35, 2012, pp. 499-512; GONZÁLEZ LAGIER, D., “Neuropruebas” y filosofía”, *Jueces para la democracia*, nº 84, 2015, pp. 67-83; VILLAMARÍN LÓPEZ, M.L., *Neurociencia y detección de la verdad y del engaño en el proceso penal*, Marcial Pons, Madrid, 2014.

<sup>842</sup> NIEVA FENOLL, J., “Neurociencia y juicio jurisdiccional: pasado y presente. ¿Futuro?”, *Civil Procedure Review*, v.7, nº3, 2016, p. 140. Por este motivo, el STJ de Aragón ha declarado nula esta prueba en la causa TJ 2/2015 al entender que la práctica de la P-300 no es equiparable a una prueba para la obtención de muestras biológicas, indispensables para determinar el ADN, u otras intervenciones

contra sí mismo no dibuja con claridad sus límites, especialmente en estos supuestos en los que es una actividad corporal o física del acusado la que pueda provocar su autoincriminación<sup>843</sup>.

Sin embargo, al margen de estos supuestos en los que se utiliza la tecnología para extraer información del acusado, es posible que las meras declaraciones de aquel sirvan para aportar pruebas tecnológicas. En este sentido, se considera posible que en el juicio oral los acusados puedan ser preguntados sobre si reconocen o niegan como propia la voz de una grabación tras su audición<sup>844</sup>, que son los autores de una publicación de Internet o de un perfil en una red social o, incluso, su autoría sobre mensajes enviados a través de aplicaciones de mensajería instantánea<sup>845</sup>.

También es posible aportar al juicio una declaración del acusado -incluso, una confesión- realizada en un momento anterior al acto del juicio y grabada por un sujeto que formó parte de la conversación<sup>846</sup>. Sin embargo, la aportación por parte de un interlocutor de la grabación de una declaración prestada por el acusado en una conversación sí puede conculcar los derechos a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable del artículo 24.2 de la Constitución Española<sup>847</sup>. Ello no obstante, esta grabación tampoco se considera la declaración del acusado y, en consecuencia, su contenido se incorporará al

---

corporales, ni tampoco equiparable a cuando un imputado forma parte de una rueda de reconocimiento. Mantiene que con la P-300 “se indaga el pensamiento del sujeto, sin que éste tenga posibilidad de un control consciente que impida el resultado”.

<sup>843</sup> La STS 62/2013, de 29 de enero condenó al acusado por un delito contra la integridad moral por no haber revelado el lugar exacto donde se ocultó el cuerpo de la víctima, si bien un voto particular discrepante del Magistrado, D. Alberto Jorge Barreiro entiende que al acusado de asesinato le amparaba el su derecho a no declarar contra sí mismo para no declarar dónde había abandonado el cadáver.

<sup>844</sup> STS 537/2008, 12 de septiembre.

<sup>845</sup> Este ejemplo es el que concurre en la SAP de Alicante 753/2015, de 9 de enero, que refrenda la valoración de unos mensajes de *WhatsApp* enviados por el acusado. Este, aunque no reconoce la autoría de la totalidad de los mensajes y manifiesta que están sacados de contexto, afirma que siempre se ha comunicado con su mujer por ese medio.

<sup>846</sup> Recuérdese que el TC ya determinó en 1984 que las grabaciones de una conversación realizadas por quién forma parte de la misma no vulneran el derecho al secreto de las comunicaciones y, salvo que se refieran a la esfera íntima del interlocutor y puedan vulnerar el derecho a la intimidad personal y familiar, son lícitas. Así, “no hay secreto para aquél a quien la comunicación se dirige”, jurisprudencia consolidada a partir de la STC 114/1984, de 29 de noviembre y reproducida en la STC 56/2003, de 24 de marzo y SSTs de 9 de julio de 1993 (Roj: STS 5089/1993); 2081/2001, de 9 de noviembre; 2008/2006, de 2 febrero; 1051/2009, de 28 octubre; 682/2011, de 24 de junio; 298/2013, de 13 de marzo; 45/2014, de 7 de febrero; 421/2014, de 16 de mayo. Advértase que la grabación de conversaciones por un tercero ajeno a las mismas no es lícita y no pueden aportarse como prueba a un proceso.

<sup>847</sup> En este sentido las SSTs 178/1996, de 1 de marzo; 2081/2001, de 9 de noviembre. Sin embargo, la STS 652/2016, de 15 de julio, que considera que la utilización en el proceso penal de grabaciones de conversaciones privadas grabadas por uno de los interlocutores no vulnera el derecho fundamental a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, cuando se han realizado en el ámbito particular, si bien la resolución considera esta grabación como innecesaria por existen otras pruebas que desvirtuaban la presunción constitucional de inocencia.

plenario con la práctica de otro medio probatorio, como, por ejemplo, la testifical de los protagonistas de la conversación<sup>848</sup>, pero no como declaración del acusado ya que se produjo sin las garantías establecidas para su práctica. A similar conclusión debe llegarse si la declaración del acusado realizada fuera del plenario fuese en un soporte distinto a una grabación, como sería el caso de un correo electrónico, o un mensaje de *WhatsApp*.

En cualquier caso, es importante la distinción existente entre este medio de prueba y la declaración sumarial del investigado que, como se verá, se introduce a través de la documental y no se corresponde, por tanto, con este medio probatorio<sup>849</sup>.

En conclusión, nos encontramos supuestos en los que el reconocimiento del acusado sobre determinados hechos da validez a elementos tecnológicos y los introduce en el proceso a través de su declaración.

### 3.2. La prueba testifical

El medio de prueba testifical es la forma de tomar declaración de una persona física –el testigo<sup>850</sup>– acerca de unos hechos aparentemente delictivos de los que tiene conocimiento, directa o indirectamente<sup>851</sup>.

De los medios probatorios susceptibles de introducir fuentes de prueba tecnológica, quizás la prueba testifical no sea la más frecuente, pero es pensable la situación en la que un tercero es partícipe de un grupo de mensajería instantánea y, por tanto, conocedor del envío de unos mensajes o aquella en la que el tercero presencia el envío (o la recepción) de un correo electrónico. El medio de prueba testifical también es apto para acreditar intercambio de mensajes de *WhatsApp*<sup>852</sup> o de correo electrónico, en tanto en cuanto, si

---

<sup>848</sup> Vid. STS 45/2014, de 7 de febrero.

<sup>849</sup> La diligencia instructora de las declaraciones de los procesados viene regulada en los artículos 385 a 409 bis LECrim y exige, para su validez, que se informe al investigador de sus derechos constitucionales y que se realice con presencia de su defensa.

<sup>850</sup> La STS 2084/2001, de 13 de diciembre señala que el testigo declara sobre unos hechos pasados relacionados con el proceso y percibidos por él mismo sensorialmente, siendo por ello insustituible, teniendo una posición pasiva en cuanto es el mismo objeto de examen.

<sup>851</sup> Este medio de prueba está regulado en los artículos 701-722 LECrim, que prevén, incluso, la realización de un careo del testigo con otros testigos o con el acusado, vid. Artículo 713 LECrim. Con respecto a la integridad de los testigos, en determinados procesos existe un riesgo real sobre ellos, por lo que existe la posibilidad de considerarlos como “testigos protegido” y ofrecerles distintos niveles de protección: ocultamiento de la identidad y clave de identificación en actuaciones, impedir la confrontación visual entre testigo e investigado en la toma de declaración, traslado al Juzgado en coches protegidos, otorgar nueva identidad y nuevo domicilio....., de acuerdo con la Ley Orgánica de protección de testigos y peritos en causas criminales.

<sup>852</sup> Vid. STSJ Madrid 455/2015, de 10 de junio.

el testigo reconoce o declara sobre su existencia y contenido, se incorpora válidamente al proceso.

En estos supuestos es común que los testigos coincidan con la persona de la víctima<sup>853</sup>. En estos casos, aunque la regulación no diferencia al testigo víctima de cualquier otro testigo ajeno a los hechos, la jurisprudencia ha establecido que las declaraciones de las víctimas como testigos sólo podrán considerarse única prueba de cargo cuando concurren tres requisitos: ausencia de incredibilidad subjetiva de la víctima, persistencia en la incriminación y corroboración de la declaración por la comprobación de otros datos periféricos<sup>854</sup>.

Además, el testigo del hecho que se pretende probar, sea la víctima o sea un tercero ajeno al proceso, puede ser directo, si lo ha presenciado en primera persona, o indirecto -o de referencia-, si tiene noticia de los hechos a través de los testigos directos<sup>855</sup>. Existiendo ambos tipos de testigos de un mismo hecho, se antepone el testimonio del testigo directo, de manera tal que la declaración de un testigo de referencia no sustituye al testigo directo que no esté imposibilitado para acudir a prestar declaración al juicio oral<sup>856</sup>. Así, el testigo indirecto sólo tendrá valor probatorio cuando sea imposible la presencia del primero en

---

<sup>853</sup> Es doctrina reiterada del TC que el testimonio de las víctimas puede constituir, incluso por sí solo, prueba de cargo suficiente para enervar la presunción de inocencia, vid. SSTC 229/1991, de 28 de noviembre; 195/2002, de 28 de octubre; 344/2006, de 11 de diciembre. Sin embargo, el testigo no puede coincidir ni con el investigado, ni con el órgano judicial.

<sup>854</sup> Sobre la declaración de la víctima como testigo, véanse FUENTES SORIANO, O., “Valoración de la prueba indiciaria y declaración...”, *Op. Cit.*, pp. 174-185; SSTC 201/1989, de 30 de noviembre; 160/1990, de 18 de octubre; 173/1990, de 12 de noviembre; 229/1991, de 28 de noviembre; 64/1994, de 28 de febrero; 16/2000, de 16 de enero; y SSTC de 28 de septiembre de 1988; de 26 de mayo de 1992 (ROJ: STS 4211/1992); de 5 de junio de 1992; de 10 de marzo de 1993 (Roj: STS 1428/1993); de 8 de noviembre 1994; de 27 de abril de 1995; de 11 de octubre de 1995M de 3 de abril de 1996; de 15 de abril de 1996; de 16 de febrero de 1998; de 8 de junio de 1998; 434/1999, de 17 de marzo; 486/1999, de 26 de marzo; de 20 de octubre de 1999; 862/2000, de 19 de mayo; 653/2001, de 30 de abril; 104/2002, de 29 de enero; 1736/2002, de 18 de octubre; 470/2003, de 2 de abril; 84/2006, de 1 de febrero; 397/2006, de 6 de abril; 537/2005, de 3 de mayo; 593/2006, de 25 de mayo; 659/2006, de 19 de junio; 1216/2006, de 11 de diciembre; 370/2009, de 6 de abril; 230/2010, de 19 de marzo; 490/2010, de 21 de mayo; 1146/2010, de 2 de diciembre; 29/2011, de 3 de febrero; 361/2011, de 9 de mayo; 417/2012, de 30 de mayo; 355/2013, de 3 de mayo; 3/2015, de 20 de enero; 150/2015, de 18 de marzo; 312/2015, de 11 de mayo; 437/2015, de 9 de julio; 451/2015, de 14 de julio; 907/2016, de 30 de noviembre (que, no obstante, indica que “estas pautas, tomadas a veces indebidamente con cierto automatismo, cual si se tratase de criterios de prueba legal, tienen sólo un valor muy relativo”; 263/2017, de 7 de abril; 630/2017, de 21 de septiembre).

<sup>855</sup> La declaración testifical indirecta o de referencia es un medio probatorio admisible, válido y eficaz para fundar una condena (véanse, en este sentido, las SSTC 217/1989, de 21 de diciembre; 303/1993, de 25 de octubre), si bien el artículo 710 LECrim exige a los testigos de referencia que precisen el origen de la noticia, designando con su nombre y apellido, o con las señas con que fuere conocida, a la persona que se la hubiere comunicado. Ello no obstante, el artículo 813 LECrim no admite la declaración de referencia para las causas por injuria o calumnia vertidas de palabra, que necesitan la práctica de una testifical directa.

<sup>856</sup> La misma censura al testigo indirecto cuando no exista causa legítima que justifique la inasistencia del directo al juicio oral se ha producido en las SSTC 217/1989, de 21 de diciembre; 303/1993, de 25 de octubre; 131/1997; 7/1999, de 8 de febrero y las SSTEDH Delta c. Francia, del 19 de diciembre de 1990; Isgró c. Italia, de 19 de febrero de 1991; Asch c. Austria, de 26 de abril de 1991.

el juicio -que, en todo caso, debe estar siempre identificado- y cuando concurren otros medios probatorios<sup>857</sup>.

La práctica del medio de prueba testifical se realiza a través de la comparecencia del testigo en el plenario de acuerdo con los principios de contradicción, inmediación, concentración, oralidad y publicidad<sup>858</sup>, ya que es necesaria la ratificación de lo manifestado en acto del juicio<sup>859</sup>. La especial idoneidad de este medio probatorio reside en las posibilidades que ofrece la libertad del interrogatorio de viva voz en el acto del juicio<sup>860</sup>. En este sentido, los atestados de la policía judicial<sup>861</sup> tienen el genérico valor de denuncia<sup>862</sup> y, por tanto, de objeto de prueba, introducidas en el juicio oral a través de la testifical del funcionario de policía que intervino en su redacción<sup>863</sup>. Es decir, el atestado únicamente tendrá valor probatorio si es reiterado y ratificado en el juicio oral mediante la declaración testifical de los agentes de Policía que lo hubieren firmado<sup>864</sup>.

---

<sup>857</sup> La declaración testifical indirecta no puede, por sí sola, erigirse suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia, véase, en este sentido, la STC 303/1993, de 25 de octubre. La STC 7/1999, de 8 de febrero señala que “la prueba testifical indirecta nunca puede llegar a desplazar o sustituir totalmente la prueba testifical directa, salvo en los casos de prueba sumarial anticipada o de imposibilidad material de comparecencia del testigo presencial a la llamada del juicio oral”. A mayor abundamiento, véase VELAYOS MARTÍNEZ, M.I., *El testigo de referencia en el proceso penal*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1998.

<sup>858</sup> El medio de prueba testifical debe ser propuesto por las partes (en los escritos de calificaciones provisionales o en los escritos de acusación y defensa, indicando si se hacen concurrir a los testigos que declaran a su instancia o han de ser citados por la oficina judicial. En el en el procedimiento abreviado, las partes pueden proponer cualquier medio de prueba que pueda practicarse en el acto (vid. art. 786.2 LECrim) y también el acusado y el responsable civil que no hubiesen presentado escrito de defensa (art. 784 LECrim). Para la práctica del medio de prueba testifical, el Ministerio Fiscal y las partes manifestarán en sus respectivos escritos de calificación presentan la lista de peritos y testigos que hayan de declarar a su instancia, con expresión de sus nombres y apellidos, el apodo, si por él fueren conocidos, y su domicilio o residencia; manifestando además la parte que los presente si los peritos y testigos han de ser citados judicialmente o si se encarga de hacerles concurrir, vid. artículo 656 LECrim. Su práctica exige que el testigo, al ser llamado a la sala de vistas, entregue al Letrado de la Administración de justicia de la copia de la cédula de citación, se identifique y prometa o jure decir verdad (vid. Artículo 433 de la LECrim).

<sup>859</sup> STC 10/1992, de 16 de enero.

<sup>860</sup> RAMOS MÉNDEZ, F., *Enjuiciamiento Criminal, Op. Cit.*, p. 360.

<sup>861</sup> El atestado es un documento complejo que recoge todas las diligencias practicadas por la policía, así como los informes o declaraciones que recibiera con motivo de la averiguación de los hechos,

<sup>862</sup> Vid. Artículo 297 LECrim y las SSTC 31/1981, de 28 de julio; 9/1984, de 30 de enero; 303/1993, de 25 de octubre; 51/1995, de 23 de febrero; 153/1997, de 29 de septiembre; 7/1999, de 8 de febrero; 188/2002, de 14 de octubre, en las que el TC han señalado en reiteradas ocasiones que el atestado tiene valor de denuncia.

<sup>863</sup> La STC 31/1981, de 28 de julio alega que la confesión del procesado ante la policía forma parte del atestado que tiene únicamente valor de denuncia y debe reiterarse y ratificarse ante el órgano judicial. Véase también la STC 303/1993, de 25 de octubre, que señala que nadie puede ser condenado con su solo interrogatorio policial plasmado en el atestado y que necesitará de la declaración testifical del funcionario de policía que intervino personalmente en mismo (y no la de cualquier miembro de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad).

<sup>864</sup> SSTC 100/1985, de 3 de octubre; 101/1985, de 4 de octubre; 173/1985, de 16 de diciembre; 49/1986, de 23 de abril; 145/1987, de 23 de septiembre; 5/1989, de 19 de enero; 182/1989, de 3 de noviembre; 24/1991, de 11 de febrero; 138/1992, de 13 de octubre; 301/1993, 21 de octubre; 51/1995, de 23 de febrero; 157/1995, de 6 de noviembre y STS 480/2009, de 22 de mayo.

Debe tenerse presente que, para el buen desarrollo de la práctica de la prueba testifical, el testigo cuenta con un estatuto jurídico propio que contempla las obligaciones de comparecencia<sup>865</sup>, de declaración<sup>866</sup> y de decir verdad<sup>867</sup>. En cualquier caso, el testimonio testifical queda sujeto a la libre valoración judicial, sin que existan testimonios privilegiados.

### 3.3. La prueba pericial

El medio de prueba pericial consiste en la emisión de una declaración de ciencia realizada por una persona ajena al proceso -el perito- de acuerdo con su conocimiento especializado de carácter científico, artístico o técnico<sup>868</sup>. La prueba pericial se practica a través de la aportación de un informe escrito y de su ratificación por parte del perito que ha realizado

---

<sup>865</sup> El testigo que no comparezca podrá ser conducido ante la Autoridad Judicial por la fuerza, multado por una cantidad de 200 a 5.000€ y perseguido por el delito de obstrucción a la justicia, de acuerdo con el artículo 420 LECrim. Los artículos 411 a 419 de la LECrim establecen excepciones a esta obligación general a distintos sujetos, como, a título de ejemplo, la posibilidad de declarar por escrito el Presidente y los demás miembros del Gobierno, el Presidente del Consejo General del Poder Judicial, el Fiscal General del Estado, los presidentes de las Comunidades Autónomas; la posibilidad de declarar en su despacho oficial o en la sede del órgano del que sean miembros los Diputados y Senadores, los Magistrados del Tribunal Constitucional y los Vocales del Consejo General del Poder Judicial o el Defensor del Pueblo, etc.

<sup>866</sup> El testigo que no declare puede ser multado con una cantidad de 200 a 5.000€ y perseguido por un delito de desobediencia grave a la autoridad, vid. artículo 420 LECrim. Ello no obstante, están exentos del deber de declarar como testigos el Rey, la Reina, sus respectivos consortes, el Príncipe Heredero, los Agentes Diplomáticos acreditados en España, los parientes del procesado en líneas directa ascendente y descendente, su cónyuge o persona unida por relación de hecho análoga a la matrimonial, sus hermanos consanguíneos o uterinos y los colaterales consanguíneos hasta el segundo grado civil, así como los parientes a que se refiere el número 3 del artículo 261, el Abogado del procesado respecto a los hechos que éste le hubiese confiado en su calidad de defensor, los traductores e intérpretes de las conversaciones y comunicaciones, los eclesiásticos y ministros de los cultos disidentes sobre los hechos que les fueren revelados en el ejercicio de las funciones de su ministerio, los funcionarios públicos, tanto civiles como militares por el secreto que por razón de sus cargos estuviesen obligados a guardar o cuando no fueren autorizados por su superior jerárquico para prestar la declaración que se les pida, los incapacitados física o moralmente, ...

<sup>867</sup> El falso testimonio aportado por el testigo está sancionado por los artículos 715 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 458 del Código Penal. Aunque ambos preceptos discrepan en el momento de comisión del delito -la LECrim entiende que existe falso testimonio si éste tiene lugar en el Juicio Oral, mientras que el Código Penal dice que se comete en cualquier momento del proceso-, se atiende al Código Penal por ser ley posterior y especial.

<sup>868</sup> La STS 2084/2001, de 13 de diciembre define la prueba pericial como una prueba de naturaleza personal que constituye una declaración de conocimiento del perito tendente a suministrar al Juzgador una serie de conocimientos técnicos, artísticos o prácticos, cuya finalidad es fijar una realidad no constatable directamente por el Juez. Las SSTS 480/2009, de 22 de mayo; 1097/2011, de 25 de octubre; 974/2012, de 5 de diciembre resaltan que la prueba pericial es un medio probatorio personal -en tanto se integra por la opinión o dictamen de una persona- e indirecto -en tanto que proporciona conocimientos técnicos para valorar los hechos controvertidos, pero no un conocimiento directo sobre cómo ocurrieron los hechos-



la pericia -u otro perito del mismo equipo<sup>869</sup>- en el acto del juicio<sup>870</sup>. Además, es posible la presencia del Juez y de las partes en la realización de la pericia, si bien se cumple con el principio de contradicción durante su ratificación en el acto del juicio. Además, si el número de peritos es par y existe discordancia en los informes, se nombrará a un perito dirimente. En todo caso, las partes tienen la posibilidad recusar a aquellos testigos que ellas no hubieran propuesto<sup>871</sup>.

---

<sup>869</sup> El perito, a diferencia del testigo, posee conocimientos técnicos, científicos, artísticos o prácticos, anteriores e indiferentes al proceso, siendo por ello sustituible por otros miembros del equipo para la ratificación del informe, vid. STS 2084/2001, de 13 de diciembre. La ley diferencia entre los peritos titulares -aquellos que ostentan título oficial de una ciencia o arte cuyo ejercicio esté reglamentado por la Administración- y los no titulares -aquellos que, careciendo de título oficial, tienen, sin embargo, conocimiento o prácticas especiales en alguna ciencia o arte- y da preferencia a los primeros sobre los segundos (vid. Artículos 457 y 458 LECrim). Lo cierto es que, pese a esta distinción, no existe regulación alguna que especifique el título necesario para ser considerado como perito titular. Así, pueden tener consideración de peritos titulares los graduados tanto en química, como en ingeniería química y, en el ámbito informático, tanto los graduados en Ingeniería Informática, como los Máster en Ingeniería Informática, con las diferencias existentes entre ellas.

<sup>870</sup> La ratificación del dictamen pericial en el acto del juicio oral salvaguarda los principios constitucionales de inmediación y contradicción, vid. SSTC 22/1988, de 18 de febrero; 182/1989, de 3 de noviembre; 76/1993, de 1 de marzo. En cualquier caso, si los informes periciales son emitidos por laboratorios oficiales sobre naturaleza, cantidad y pureza de sustancias estupefacientes, no es necesaria la presencia del perito en el acto del juicio oral, véanse, al respecto, el Acuerdo de la Sala General del TS de 21 de mayo de 1999 (que se mantiene por vía del Acuerdo del Pleno de la Sala Segunda del TS de 23 de febrero de 2001) y el apartado segundo del artículo 788 LECrim con respecto a los informes sobre la naturaleza, cantidad y pureza de sustancias estupefacientes, emitidos por laboratorios oficiales y siguiendo los protocolos científicos. Sin embargo, no se trata de una excepción a la normal práctica del medio de prueba pericial, sino que así lo dispone el apartado segundo del artículo 788 LECrim, que ha otorgado a estos dictámenes carácter de prueba documental y, por tanto, no requieren de la ratificación de su autor para su práctica. Esta particularidad se debe a la imparcialidad, objetividad, competencia técnica e independencia proclamada de los especialistas de los laboratorios oficiales, que convierte en innecesaria la asistencia de los peritos al acto del juicio cuando no concurra la impugnación de las partes, vid. SSTS 285/2012, de 18 de abril; 81/2014, de 3 de febrero; 492/2016, de 8 de junio. RAMOS MÉNDEZ censura esta disposición por considerar que la ley ha confundido el documento en el que se plasma el informe pericial con la prueba documental, en RAMOS MÉNDEZ, F., *Enjuiciamiento Criminal, Op. Cit.*, p. 365.

<sup>871</sup> Se puede recusar a un perito cuando concurren las circunstancias descritas en el artículo 468 LECrim: parentesco hasta de cuarto grado con el procesado, interés directo o indirecto en la causa o amistad íntima o enemistad manifiesta con el procesado.

Por lo que a la regulación procesal penal de la prueba pericial hace referencia, su contenido es escaso, si bien es posible trasponer alguno de los preceptos referidos al informe pericial como diligencia sumarial<sup>872</sup> y de los artículos de la supletoria LEC<sup>873</sup>.

En atención a la importancia del informe pericial, se trata del único medio de prueba que podrá aportar, aunque no en todos los casos, total convicción científica sobre la originalidad y autenticidad de una comunicación telemática<sup>874</sup>. Ello no obstante, la información exacta o cuasiexacta que la prueba pericial informática pueda aportar no siempre será la que el concreto proceso necesite para el enjuiciamiento de una causa<sup>875</sup>.

En este sentido, el informe pericial es una de las formas de introducir un mensaje de *WhatsApp* o de correo electrónico obtenido lícitamente mediante una diligencia de investigación autorizada judicialmente o aportado por las partes o por un tercero<sup>876</sup>.

Cabe añadir que la realización de un informe pericial informático con garantías, que muchas veces deberá realizarse sobre el dispositivo, es complejo, lento y costoso<sup>877</sup>. Y estos gastos -económicos y dilatorios- que acarrea este medio de prueba pueden motivar a introducir fuentes de prueba tecnológicas al proceso a través de otros medios de prueba igualmente útiles cuando la información que se necesite pueda advenir sin necesidad de un informe pericial<sup>878</sup>.

---

<sup>872</sup> La LECrim dedica los artículos 456-485 al informe pericial como la diligencia sumarial y únicamente tres preceptos –los arts. 723 a 725- al medio de prueba pericial. Del estudio de los artículos 459, 778 y 797 LECrim se deduce que son necesarios dos peritos para el procedimiento ordinario por delitos graves y uno para el procedimiento abreviado y para los juicios rápidos, que pueden designarse por el Juez o por las partes, sin embargo, la exigencia de dos peritos se ha atemperado por la jurisprudencia en los casos en los que los peritos son la Policía científica o funcionarios de laboratorios oficiales, véase, en este sentido, las SSTs de 2 de febrero de 1994 (Roj: STS 489/1994); 1549/1997, de 18 de diciembre; 1564/1997, de 29 de diciembre; 806/1999, de 10 de junio; 1076/2002, de 6 de julio; 1999/2002, de 3 de diciembre; 779/2003, de 30 de mayo; 282 /2004, de 1 de marzo; 779/2004, de 15 de junio y el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del TS de 21 de mayo de 1999, que considera que la realización de un informe pericial por un laboratorio oficial en el que se integra un equipo y que sigue criterios analíticos cumple con la exigencia de duplicidad de peritos del procedimiento ordinario.

<sup>873</sup> La LEC regula este medio probatorio en los artículos 335-352.

<sup>874</sup> FUENTES SORIANO, O., “Las comunicaciones telemáticas: ...”, *Op. Cit.*, p. 278.

<sup>875</sup> FUENTES SORIANO, O., “Violencia de Género”, *Op. Cit.*, p. 360, que lo ejemplifica con un caso de violencia de género en el que interesa probar que la pareja de la víctima ha realizado unas amenazas a través de una aplicación de mensajería instantánea, pero sin que sea relevante conocer el número de la tarjeta electrónica del dispositivo.

<sup>876</sup> RICHARD GONZÁLEZ, M., *Investigación y prueba mediante medidas de intervención...*, *Op. Cit.*, p. 338.

<sup>877</sup> FUENTES SORIANO, O., “El valor probatorio de los correos...”, *Op. Cit.*, p. 201.

<sup>878</sup> Si bien es cierto que la prueba pericial informática es un medio útil y relevante para introducir al proceso fuentes de prueba tecnológicas, no lo es menos que también lo son otros medios de prueba y que ésta no es necesaria, como proclaman desde el sector de los ingenieros informáticos, vid. FUENTES SORIANO, O., “El valor probatorio de los correos...”, *Op. Cit.*, pp. 202-203.

Se ha defendido también que, aportada una fuente tecnológica por cualquier medio probatorio e impugnado este, es necesario aportar un informe pericial que acredite su autenticidad<sup>879</sup>. Sin embargo, un sector doctrinal, al que me sumo, no considera que una prueba pericial sea la única susceptible de desvirtuar una impugnación sobre la veracidad de una fuente tecnológica<sup>880</sup>.

También es posible enmarcar en este medio probatorio los informes policiales elaborados por expertos con base en información que, sin estar basada en la técnica, se deriva de la experiencia o conocimiento especializado del agente, conocidos como periciales de inteligencia<sup>881</sup>. Este tipo de informes se han venido utilizando especialmente en asuntos relacionados con el terrorismo o con la delincuencia organizada para comprender el complejo *modus operandi* de la casuística estos supuestos y poder, así, interpretar correctamente determinada información gracias al especial conocimiento y experiencia de los agentes<sup>882</sup>. En este sentido, estos informes están cobrando cada vez más relevancia en supuestos en los que el especial conocimiento tecnológico de los agentes ayuda a la investigación de delitos<sup>883</sup>.

La primera jurisprudencia llegó a considerar al informe de inteligencia como susceptible de introducirse en el procedimiento por medio de la testifical de los agentes

---

<sup>879</sup> Así parece desprenderse de la lectura parcial de la conocida STS 300/2015, que y se defiende desde el sector interesado, el de los peritos informáticos.

<sup>880</sup> FUENTES SORIANO, O., “Las comunicaciones telemáticas: ...”, *Op. Cit.*; BUENO DE MATA, F., “La validez de los «screenshots» o «pantallazos» como prueba electrónica a tenor de la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, en *Los desafíos de la justicia en la era post crisis* (Dir. NEIRA PENA; Coords. BUENO DE MATA, PÉREZ GAIPO), Atelier, Barcelona, 2016, p. 145.

<sup>881</sup> La STS 974/2012, de 5 de diciembre define la prueba pericial de inteligencia como “un medio probatorio que no está previsto en la Ley, siendo los autores de dichos informes personas expertas en esta clase de información que auxilian al Tribunal, aportando elementos interpretativos sobre datos objetivos que están en la causa, siendo lo importante si las conclusiones que extraen son racionales y pueden ser asumidas por el Tribunal, racionalmente expuestas y de forma contradictoria ante la Sala”. CASTILLEJO MANZANARES define estos informes como aquellos que “recogen conclusiones policiales de una investigación en curso” en los que el funcionario, “aplicando una determinada técnica cognoscitiva, procede a extraer unas conclusiones que están basadas, no solo en los datos que se manejan en la investigación, sino también en la propia experiencia del funcionario y su leal saber y entender”, en CASTILLEJO MANZANARES, R., “La prueba pericial de inteligencia”, *Diario La Ley*, nº 7756, 16 de diciembre de 2011, p. 1. DE LLERA SUÁREZ-BÁRCENA indica que la clásica diferenciación entre la labor de los servicios de la policía y los de inteligencia ha quedado desdibujada, en DE LLERA SUÁREZ-BÁRCENA, E., “La utilización de la información policial y de los servicios de inteligencia como prueba en el proceso penal”, *Diario La Ley*, nº 8215, 19 de diciembre de 2013, p. 3.

<sup>882</sup> ORTEGO PÉREZ, F., “La denominada prueba pericial de inteligencia policial”, *Justicia: Revista de derecho procesal*, nº 2/2017, 2017, p. 270. Véanse también las SSTs 2084/2001, de 13 de diciembre; 134/2016, de 24 de febrero.

<sup>883</sup> Existen dos cuerpos policiales especializados para la investigación de los delitos informáticos y de los delitos cometidos a través de las nuevas tecnologías: la Unidad De Investigación Tecnológica (UIT), de la Policía Nacional -que cuenta con la Brigada Central de Investigación Tecnológica (BIT) y con la Brigada Central de Seguridad Informática (BCSI)- y el Grupo de Delitos Telemáticos (GDT), de la Guardia Civil.

intervinientes<sup>884</sup> e, incluso hoy, existe alguna resolución se ha planteado la inclusión de los informes de inteligencia a través de la prueba indiciaria<sup>885</sup>, o que considera estos informes como una prueba “testifical-pericial” en la que en los funcionarios policiales concurre la doble condición de testigos y peritos<sup>886</sup>.

Sin embargo, a día de hoy, los informes de inteligencia tienen la consideración de periciales singulares que se utilizan en procesos complejos en los que son necesarios especiales conocimientos<sup>887</sup> y que requieren de su ratificación en el juicio por parte del funcionario-perito (u otro del mismo equipo de trabajo)<sup>888</sup>. En todo caso, lo que es objeto de esta pericia de inteligencia, esto es, la cuestión sometida al dictamen de los peritos, debe estar incorporada a los autos y a disposición de las partes<sup>889</sup>. Sin embargo, tal y como se ha puesto de manifiesto, es difícil contradecir la información obrante en estas pericias de inteligencia, en tanto en cuanto no existe más policía con tal experiencia que la

---

<sup>884</sup> SSTS 1029/2005, de 26 de septiembre; 556/2006, de 31 de mayo; 119/2007, de 16 de febrero.

<sup>885</sup> Así la STS 119/2007, de 16 de febrero y GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, F., “La presunta prueba pericial de inteligencia...”, *Op. Cit.*, pp. 99-111, quien, en la p. 109, apunta que “lo que se denomina prueba de inteligencia no es tal, sino un método de sistematización incluida dentro no de la prueba pericial, sino de la mal denominada prueba indiciaria, y sirve como auxilio lógico al Juez para sistematizar su análisis de los indicios, evitando que se incurra en un análisis fragmentado o aislado de todos ellos y como corolario o método de sistematización de todos los indicios, buscando un esqueleto o armazón que proporcione una lectura unívoca de todos ellos”.

<sup>886</sup> Así se pronuncia la STS 480/2009, de 22 de mayo, que indica que, en el caso de que estos funcionarios se consideren testigos-peritos, es preciso señalar que son imparciales, profesionales y neutros, sin que, a priori, existen razones para su recusación como testigos subjetivos. ORTEGO PÉREZ indica que las resoluciones que sitúan a esta prueba en un terreno fronterizo entre la prueba pericial propiamente dicha y la prueba testifical tratan de aproximarla a la figura del testigo-perito del proceso civil previsto en el art. 370 LEC, por apreciación de cierta afinidad con la misma, vid. ORTEGO PÉREZ, F., “La denominada prueba pericial de inteligencia...”, *Op. Cit.*, p. 269, quien discrepa con esta interpretación en tanto en cuanto los agentes que elaboran los informes de inteligencia no tienen un conocimiento -directo o indirecto- de los hechos que son objeto de la pericia, sino que, únicamente, aportan una información en función de su experiencia en casos similares, vid. P. 280, tesis de la que soy partidaria.

<sup>887</sup> HÉRNÁNDEZ DOMÍNGUEZ destaca que los informes policiales “tienen una importancia nuclear en el proceso penal que sustancia una causa contra el crimen organizado, ya sea una organización terrorista, delincuencia económica, tráfico de drogas, etc.”, en HÉRNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J., “Valor procesal del Informe de Inteligencia Policial”, *Diario La Ley*, nº 8174, 21 de octubre de 2013, p. 13.

<sup>888</sup> Vid. SSTS 2084/2001, de 13 de diciembre; 786/2003, de 29 de mayo; 783/2007, de 1 de octubre; 480/2009, de 22 de mayo; 290/2010, de 31 de marzo; 156/2011, de 21 de marzo; 1097/2011, de 25 de octubre; 157/2012, de 7 de marzo; 974/2012, de 5 de diciembre. Así lo considera también CASTILLEJO MANZANARES, que señala que los autores de dichos informes pueden ser calificados como peritos “en cuanto tienen una larga experiencia adquirida durante los muchos años de investigación de las Fuerzas de Seguridad, en el transcurso de los cuales han ido acumulando datos sobre el funcionamiento del crimen organizado”, en CASTILLEJO MANZANARES, R., “La prueba pericial de inteligencia”, *Op. Cit.*, p. 3.

<sup>889</sup> Vid. STS 2084/2001, de 13 de diciembre. DE LLERA SUÁREZ-BÁRCENA hace una clasificación de las fuentes de pruebas entre secretas (de especial protección y a las que sólo pueden acceder determinadas personas o instituciones), cerradas (las que no están rodeadas de una protección especial, pero necesitan del cumplimiento de ciertos requisitos para su acceso) o abiertas (las de acceso público); y, en función de su naturaleza, son humanas, documentales o técnicas, en DE LLERA SUÁREZ-BÁRCENA, E., “La utilización de la información policial y de los servicios de inteligencia...”, *Op. Cit.*, pp. 6-7.

redactora del informe<sup>890</sup>, lo que ha llevado, incluso, a cuestionar la parcialidad de los agentes<sup>891</sup>. En este sentido, también la valoración judicial de estos informes de inteligencia es libre<sup>892</sup>.

Otra crítica realizada a la concepción de estos informes como pruebas periciales es el peligro de que la anexión a la causa de la información que sirve de base a los informes policiales de inteligencia puede posibilitar la entrada de información cuya obtención sea lícitamente cuestionable<sup>893</sup>.

Aunque es cierto que la regulación sobre la prueba pericial no es muy amplia, no lo es menos que la ley recoge un estatuto del perito, que incluye sus obligaciones (a aceptar la pericia, a decir verdad, a realizar un informe con imparcialidad y objetividad, a abstenerse cuando concurra dispensa de la obligación de declarar<sup>894</sup>,...) y derechos (por ejemplo, a una retribución justa, salvo si son funcionarios, cuya retribución se considera incluida en la nómina). También comprende la posible recusación de los peritos cuando tengan parentesco de consanguinidad o de afinidad dentro del cuarto grado con el querellante o con el reo, exista interés directo<sup>895</sup> o indirecto en la causa o en otra semejante o conste amistad íntima o la enemistad manifiesta del perito con el querellante o con el reo<sup>896</sup>.

Las pruebas periciales, por su carácter científico, aportan información técnica que difícilmente puede incorporarse a través de otros medios. Así, en muchas ocasiones, suponen la única forma de conocer la genuinidad e integridad de una comunicación

---

<sup>890</sup> HÉRNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J., “Valor procesal del Informe de...”, *Op. Cit.*, p.12.

<sup>891</sup> Así GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS señala que “estos peritos cuentan con cierta contaminación, pues analizan la realidad bajo la óptica de aquellas acostumbradas a perseguir fenómenos criminales, que si bien pueden aportar al Tribunal experiencia también le pueden inocular sus propios prejuicios”, en GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, F., “La presunta prueba pericial de inteligencia: análisis de la STS de 22 de mayo de 2009”, *La ley penal*, nº 64, octubre 2009, p. 108. Por el contrario, CASTILLEJO MANZANARES considera que los agentes de inteligencia son funcionarios públicos que deben servir con objetividad a los intereses generales y que, por tanto, son peritos objetivos e imparciales sin interés personal en la causa, vid. CASTILLEJO MANZANARES, R., “La prueba pericial de inteligencia”, *Op. Cit.*, p. 7.

<sup>892</sup> SSTS 480/2009, de 22 de mayo; 157/2012, de 7 de marzo; 974/2012, de 5 de diciembre.

<sup>893</sup> DE LLERA SUÁREZ-BÁRCENA, E., “La utilización de la información policial y de los servicios de inteligencia...”, *Op. Cit.*, p. 7.

<sup>894</sup> Vid. artículo 416 LECrim, que dispensa de la obligación de declarar, entre otros, a los parientes del procesado en líneas directa ascendente y descendente, a su cónyuge o persona unida por relación de hecho análoga a la matrimonial, a sus hermanos consanguíneos o uterinos y los colaterales consanguíneos hasta el segundo grado civil, al Abogado del procesado respecto a los hechos que éste le hubiese confiado en su calidad de defensor, a los traductores e intérpretes de las conversaciones y comunicaciones entre el imputado, procesado o acusado y las personas que tienen dispensa de la obligación de declarar, con relación a los hechos a que estuviera referida su traducción o interpretación.

<sup>895</sup> El TC ha definido el interés directo como como el interés personal, afectivo, ético o económico, vid. STS de 29 de febrero de 1969 y ATC 111/1992.

<sup>896</sup> Las causas que permiten la recusación de los peritos vienen definidas en el artículo 468 LECrim.

electrónica<sup>897</sup>. Ello no obstante, ni el alcance de las pruebas periciales es completo<sup>898</sup>, ni su valor probatorio es tasado<sup>899</sup>, de modo que no podemos condicionar la eficacia de una prueba tecnológica al eventual acompañamiento de un informe pericial sobre la misma<sup>900</sup>.

### 3.3.1. Pericial informática

Los informes periciales informáticos constituyen una modalidad de prueba pericial que se realiza sobre fuentes tecnológicas. Como puede observarse, las evidencias tecnológicas son muchas y muy diversas entre sí, de forma que la pericial informática diverge en función de la prueba tecnológica de que se trate.

En cualquier caso, la pericial informática exige del respeto a la cadena de custodia, que garantice que la información analizada proviene de la fuente original, sin que hayan existido modificaciones. Se han de obtener los códigos llamados *hash* del tipo SHA-256 que determinan que el disco duro original no se ha modificado, a la vez que comprueban que el disco duro clon es una copia exacta del otro. Para ejecutar dichos códigos de comprobación, primero se calcula sobre el disco duro original y, posteriormente, se realiza el proceso de copia y se comprueba el código sobre el disco duro original y sobre el disco duro clon, para obtener tres códigos de comprobación que deben ser exactamente iguales<sup>901</sup>.

Además, se trata de una prueba altamente compleja que, para que esté realizada con respecto a todas las garantías, resultará lenta y enormemente costosa<sup>902</sup>. Especialmente interesantes para comprender la complejidad que puede alcanzar una análisis pericial forense sobre las comunicaciones efectuadas a través de un teléfono móvil son las “Directrices sobre el análisis forense de teléfonos móviles” (*Guidelines on Mobile Device*

---

<sup>897</sup> FUENTES SORIANO, O., “Los procesos por violencia de género. Problemas probatorios tradicionales y derivados...”, *Op. Cit.*, p. 23.

<sup>898</sup> Resulta interesante el “efecto CSI” que señala ORTIZ PRADILLO con respecto a la expectativa de que las pruebas periciales siempre ofrecen resultados concluyentes, en clara alusión a la serie televisiva norteamericana, véase en ORTIZ PRADILLO, J.C., *Problemas Procesales de la...*, *Op. Cit.*

<sup>899</sup> Como se verá en la valoración de la prueba tecnológica, la prueba pericial se valora por el juez libremente de acuerdo con las reglas de la sana crítica.

<sup>900</sup> FUENTES SORIANO, O., “Los procesos por violencia de género. Problemas probatorios tradicionales y derivados...”, *Op. Cit.*, p. 22.

<sup>901</sup> Véase “*El proceso de clonación*”, disponible en el link: <http://www.ondataforensic.com/proceso-de-clonacion.php> (consultado el 15 de abril de 2018).

<sup>902</sup> FUENTES SORIANO, O., “Los procesos por violencia de género. Problemas probatorios tradicionales y derivados...”, *Op. Cit.*, p. 22.

*Forensics Guidelines on Mobile Device Forensics*) emitidas por el NIST (*Nacional Institute of Standard and Technology*)<sup>903</sup>.

En este sentido, la prueba pericial informática es útil en aquellos casos en los que exista un gran volumen de datos e información a analizar<sup>904</sup>.

### 3.4. La prueba documental

El medio de prueba documental se practica con la aportación de un documento al proceso y su reproducción, a fin de garantizar el contradictorio en el juicio oral<sup>905</sup>. Sobre este medio de prueba, la LECrim contiene una escueta regulación, tal es así que únicamente cuenta con un precepto que, necesariamente, debe complementarse con la regulación subsidiaria de la LEC<sup>906</sup>.

Desde un punto de vista doctrinal, la delimitación de este medio de prueba resulta difícil en tanto en cuanto no existe un concepto unívoco de documento, especialmente, tras la irrupción de nuevas fuentes de prueba tecnológicas –piénsese en la impresión de un correo electrónico, de una página web o de una conversación a través de una aplicación de mensajería instantánea,...- susceptibles de ser imprimidas e identificadas también como documentos.

En este sentido, existen, al menos, tres concepciones doctrinales de documento, a saber, una más amplia, una intermedia y una más restringida<sup>907</sup>. La noción más estricta considera esencial en la delimitación del documento la escritura y entiende únicamente tal a las

---

<sup>903</sup> Disponible en <http://dx.doi.org/10.6028/NIST.SP.800-101r1> (fecha de consulta: 03/06/2016). Muy ilustrativo resulta, asimismo, el estudio de MARTÍNEZ, A., “Introducción al análisis forense en móviles”, en el blog de seguridad del Instituto Nacional de Ciberseguridad de España (INCIBE), 12 de noviembre de 2015,

[https://www.incibe.es/blogs/post/Seguridad/BlogSeguridad/Articulo\\_y\\_comentarios/introduccion\\_analisis\\_forense\\_en\\_moviles](https://www.incibe.es/blogs/post/Seguridad/BlogSeguridad/Articulo_y_comentarios/introduccion_analisis_forense_en_moviles) (fecha de consulta: 3 de junio de 2016).

<sup>904</sup> ROJAS ROSCO, R., “La prueba digital en el ámbito laboral ¿son válidos los pantallazos?”, en *La prueba electrónica. Validez y eficacia probatoria*, *Op. Cit.*, p. 95.

<sup>905</sup> Es práctica habitual dar por reproducida en el acto del juicio oral la prueba documental sin proceder a la lectura de cada uno de los documentos que la integran. Sobre la cuestión, la STC 233/2005, de 26 de septiembre considera que no se vulnera el derecho constitucional a un proceso con todas las garantías si las partes han tenido acceso a los documentos y la posibilidad de impugnarlos.

<sup>906</sup> La LECrim sólo contempla el medio de prueba documental en el artículo 726, en el que prevé que los libros, documentos, papeles y demás piezas de convicción que puedan contribuir al esclarecimiento de los hechos o a la más segura investigación de la verdad han de ser examinados directamente por el Tribunal. La LEC regula el medio de prueba documental en los artículos 317-334.

<sup>907</sup> ABEL LLUCH, X., “Repensando el concepto de documento”, *Cuadernos de Probática y Derecho Probatorio*, n° 5, *La Ley*, n° 7667, miércoles, 6 de julio de 2011, p. 8.

palabras plasmadas en un escrito, independientemente de su soporte material<sup>908</sup>. La proyección más abierta del concepto de documento fija su nota esencial en su movilidad, de modo tal que pueda aportarse al proceso, sin que sea, necesariamente, escrito<sup>909</sup>. Finalmente, la concepción intermedia, considera como documento todo objeto material o soporte mueble -incluso, distinto al papel- representativo de un hecho de interés para el proceso<sup>910</sup>. Esta última definición es, precisamente, la que ha adoptado el CP<sup>911</sup>.

La LECrim, por el contrario, respalda una concepción amplia del documento, pues incluye en el precepto referido al medio de prueba documental las “demás piezas de convicción”<sup>912</sup>. Sin embargo, la LEC del 2000 optó por mantener el concepto tradicional de documento -el escrito en soporte de papel- y creó un nuevo medio de prueba que permite introducir en el proceso la reproducción de palabras, sonidos o imágenes, así como los datos<sup>913</sup>. Sin embargo, las leyes que se han ido aprobando con posterioridad a la LEC abogan por un concepto de documento más amplio que permite la aportación de información contenida en otros soportes a través del medio de prueba documental. En este sentido, véase la *Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica*, que considera documento electrónico la información de cualquier naturaleza en forma electrónica, archivada en un soporte electrónico según un formato determinado y

---

<sup>908</sup> Entre los autores que defienden esta concepción estricta de documento destacan GÓMEZ ORBANEJA, E., *Derecho procesal*, p. 339; MONTERO AROCA, J., *La prueba en el proceso civil*, Civitas, Madrid, p. 291. Esta es también la concepción que parece asumir el CC en los artículos 1223-1224, si bien GUASP advierte que el derecho positivo español distingue “desacertadamente” un aspecto material y un aspecto formal de la prueba entre el CC y la LEC, en GUASP, J., *Derecho procesal civil* (Adaptada y revisada a la legislación vigente por ARAGONESES), *Op. Cit.*, p. 301.

<sup>909</sup> Entre los autores que defienden esta concepción amplia de documento destaca GUASP, vid. GUASP, J., *La prueba en el proceso civil español: principios fundamentales*, Civitas, Madrid, 1996, pp. 420-421.

<sup>910</sup> ABEL LLUCH, X., “Repensando el concepto de documento”, *Op. Cit.*, pp. 8-9, que cita como partidarios de esta concepción a CARNELUTTI, DEVIS ECHENDÍA, SERRA DOMÍNGUEZ y MÓNTÓN REDONDO.

SERRA DOMÍNGUEZ, M., “La prueba documental”, *Estudios de derecho probatorio*, Ed. Communitas, Lima, 2009, p. 212.

<sup>911</sup> El artículo 26 CP establece que “a los efectos de este Código se considera documento todo soporte material que exprese o incorpore datos, hechos o narraciones con eficacia probatoria o cualquier otro tipo de relevancia jurídica”.

<sup>912</sup> RAMOS MÉNDEZ, F., *Enjuiciamiento Criminal*, *Op. Cit.*, p. 364

<sup>913</sup> El medio de prueba de la reproducción de la palabra, el sonido y la imagen y de los instrumentos que permiten archivar y conocer datos relevantes para el proceso viene reconocido en el artículo 299.2 LEC y regulado en los arts. 382-384 LEC. La exposición de motivos de la LEC dispone que “no habrá de forzarse la noción de prueba documental para incluir en ella lo que se aporte al proceso con fines de fijación de la certeza de hechos, que no sea subsumible en las nociones de los restantes medios de prueba. Podrán confeccionarse y aportarse dictámenes e informes escritos, con sólo apariencia de documentos, pero de índole pericial o testifical y no es de excluir, sino que la ley lo prevé, la utilización de nuevos instrumentos probatorios, como soportes, hoy no convencionales, de datos, cifras y cuentas, a los que, en definitiva, haya de otorgárseles una consideración análoga a la de las pruebas documentales”.



susceptible de identificación y tratamiento diferenciado<sup>914</sup>; o la *Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios en la Sociedad de la Información*, que establece la admisibilidad como prueba documental del soporte electrónico en que conste un contrato celebrado por vía electrónica<sup>915</sup>.

Sobre tal debate, la doctrina defiende la necesidad de adaptar el concepto de documento a un formato que permita acoger como tal a las fuentes de prueba tecnológicas, siempre que se trate de un objeto mueble representativo de un hecho de interés para el proceso y que comprenda una unidad de información<sup>916</sup>. Considero, sin embargo, que la asunción de un concepto amplio de documento se justificaba en un momento anterior a la aprobación de la LEC del 2000<sup>917</sup>, pero que, una vez que ésta introdujo un nuevo medio probatorio que permite la aportación de reproducción de palabras, sonidos e instrumentos que permiten archivar y conocer datos, no es necesario forzar una interpretación de documento que desnaturalice su propio significado.

Ello, sin perjuicio de que, como ya se ha afirmado, las distintas realidades tecnológicas puedan presentarse en varios soportes y, en este sentido, puedan aportarse a través de uno u otro medio de prueba -como la pericial, el reconocimiento judicial, el de reproducción de palabras, sonidos e imágenes y de los instrumentos que permiten archivar y conocer datos o los indicios-, sin que sean excluyentes entre ellos.

En mi opinión, parece que la definición más acorde es aquella que considera como documento a la información impresa, bien sea una fotografía, un manuscrito o un documento PDF en papel. Esta aproximación se aleja del requisito de la escritura, pero atiende al papel como formato necesario. En cualquier caso, es necesario advertir que, si los documentos aportados a un proceso son la impresión de un archivo tecnológico, únicamente exteriorizan un tipo de información que, aunque puede ser relevante para el proceso, no siempre revela los metadatos del archivo, como puedan ser, por ejemplo, la

---

<sup>914</sup> Artículo 3 de la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

<sup>915</sup> Artículo 24 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios en la Sociedad de la Información.

<sup>916</sup> Posición defendida en ABEL LLUCH, X., “Repensando el concepto de documento”, *Op. Cit.*, p. 12.

<sup>917</sup> Así, la STS /1992, de 30 de noviembre señala que no se preveían “aportaciones probatorias derivadas de los importantes avances y descubrimientos técnicos de estos tiempos, como sucede con las cintas magnéticas, vídeos y cualquier otro medio de reproducción hablada o representación visual del pensamiento humano” y reivindica la labor de la jurisprudencia de “hacer el Derecho más próximo y útil a los hombres por su adecuación a la realidad histórico social presente y complementación del Ordenamiento Jurídico”. En este sentido, la jurisprudencia admitía “los mecanismos o elementos derivados de los importantes avances y descubrimientos técnicos de los tiempos modernos” catalogados como prueba documental asimilable a los documentos privados, vid. SSTS /1992, de 30 de noviembre; /1996, de 2 de diciembre; /1999, de 12 de junio.

fecha de edición, el ordenador en el que se ha creado o la identidad del usuario que lo ha modificado<sup>918</sup>.

Así, por ejemplo, un dispositivo electrónico de firma<sup>919</sup> registra, además de la imagen – la firma en sí misma-, los datos biométricos asociados a la misma -presión, velocidad o unidades de acción de la firma- y puede ser que al proceso se aporten esos datos (mediante el medio probatorio que se considere más oportuno) o que únicamente sea necesaria la imagen de firma impresa en papel. En este sentido, la información que aporta el documento -piénsese en un *Excel*, en un *PDF* o en cualquier programa o elemento informático que permita introducir datos y luego imprimirlos en papel- será la que se haya imprimido, existiendo otros datos en el programa o archivo de origen que pueden, o no, ser relevantes para el proceso. La aportación de una u otra información dependerá de lo que se quiera probar y de la posibilidad de que esos datos puedan, o no, materializarse en el documento.

En este sentido, es posible introducir en el proceso un correo electrónico o un mensaje de *WhatsApp*<sup>920</sup> (o de cualquier otra aplicación de mensajería instantánea) aportado por las partes o por testigos a través de este medio de prueba<sup>921</sup>. Ello no obstante, la validez de estas fuentes tecnológicas a través de los “pantallazos”<sup>922</sup> como medio de prueba documental es una cuestión controvertida que ha dado lugar a numerosos

---

<sup>918</sup> La estampación de contenido informático en un papel es una representación del soporte original digital, pero diferente a aquel, vid. PARDO IRANZO, V., *La prueba documental en el proceso penal*, *Op. Cit.*, p. 106.

<sup>919</sup> Estos dispositivos son terminales disponen de una pantalla táctil, un lápiz -inalámbrico o unido a la estructura-, un pequeño disco duro o tarjeta de memoria y una conexión *WiFi*, *Bluetooth* o *USB* a un sistema informático y son normalmente utilizados para capturar firmas y datos manuscritos de forma tecnológica, sustituyendo a los recibos y a los soportes de papel en general.

<sup>920</sup> La referencia a las conversaciones de la aplicación *Whastapp* se justifica por ser una de las más utilizadas, si bien estas consideraciones son extrapolables a otros sistemas de mensajería instantánea.

<sup>921</sup> FUENTES SORIANO apunta que se ha generado en la práctica una tendencia consolidada a aportar al proceso los correos electrónicos mediante la mera presentación de una fotocopia del concreto correo de que se trate, en FUENTES SORIANO, O., “El valor probatorio de los correos...”, *Op. Cit.*, p. 201. En el mismo sentido, la autora afirma que “la parte podrá aportar al proceso como fuente de prueba de una comunicación determinada, la mera captura de pantalla con la conversación sin tener que dar, *a priori*, muestras de la autenticidad y originalidad del documento”, en FUENTES SORIANO, O., “Los procesos por violencia de género. Problemas probatorios tradicionales y derivados...”, *Op. Cit.*, p. 24.

<sup>922</sup> El término “pantallazo” está reconocido por la RAE como “captura del contenido que se visualiza en la pantalla de una computadora”, vid. <http://dle.rae.es/?id=RicI8e8> (fecha de consulta: 10 de abril de 2018). BUENO DE MATA lo define como “la captura de pantalla a través de una imagen fija realizada desde el mismo dispositivo, lo que hace que al menos el mismo dispositivo tenga una hora de realización y ciertas propiedades que garantizan mínimamente su autenticidad”, en BUENO DE MATA, F., “La validez de los «screenshots» o «pantallazos» como prueba electrónica...”, *Op. Cit.*, p. 148; si bien lo diferencia de “una fotografía realizada de un dispositivo móvil hacia la pantalla de otro dispositivo; por tanto no existe esa cristalización de contenido que produce la captura desde el propio terminal”, en BUENO DE MATA, F., “La validez de los pantallazos como prueba electrónica: comentarios y reflexiones sobre la STS 300/2015...”, *Op. Cit.*, p. 7.

pronunciamientos, no siempre coincidentes. Si bien existe algún pronunciamiento que rechaza la aportación de comunicaciones telemáticas por la prueba documental<sup>923</sup>, la regla general es su consideración como un medio de prueba válido<sup>924</sup>.

Sirva como ejemplo de la aportación de conversaciones telemáticas por medio de la prueba documental la conocida resolución judicial STS 300/2015, de 19 de mayo, que admite y valora una conversación entre la víctima de abusos sexuales y un amigo suyo, a través de un programa de mensajería instantánea. Pese a que este amigo era, en todo caso, un testigo indirecto, la víctima aporta una “digitalización indirecta” de la conversación a través de la fotografía que realizan los agentes a la pantalla del móvil en el que estaba la aplicación de mensajería<sup>925</sup>. Esta sentencia, si bien es cierto que incide en las cautelas que hay que tomar frente a este tipo de fuentes probatorias tecnológicas, aboga por la admisión de estas pruebas.

En cualquier caso, de entre las resoluciones que afirman la práctica válida de la documental para introducir al proceso fuentes de prueba tecnológicas, tampoco es pacífica la jurisprudencia en relación con la forma en la que debe aportarse. En la práctica forense, es habitual que la parte que opta por este medio probatorio para introducir en el proceso fuentes de prueba tecnológicas realice su impresión en papel y la acompañe de un informe pericial, de un certificado de una empresa gestora de firmas electrónicas<sup>926</sup> o del examen de un fedatario público –Notario o LAJ-<sup>927</sup>.

La diferencia es sustancial por el valor probatorio de estos medios de prueba. El informe pericial que acompañe a la aportación del documento puede referir la fiabilidad del documento y la existencia o ausencia de manipulación. Ello no obstante, como se verá, la prueba pericial no tiene un valor tasado y, por ende, el juez le otorgará la relevancia que

---

<sup>923</sup> En el orden social, la STSJ Andalucía, sede Sevilla, 1718/2017, de 7 de junio entiende que los “las transmisiones efectuadas por medios electrónicos proporcionan un registro de los transmitido (...) que no puede ni debe confundirse con la prueba documental” y, por tanto, que los “reportes impresos de correos electrónicos carecen de consideración de prueba documental”, si bien no indica el medio por el que deben aportarse.

<sup>924</sup> Véanse la STS 300/2015, de 19 de mayo; la SAP de Alicante 753/2015, de 9 de enero y, en el orden jurisdiccional laboral, la STSJ Aragón 822/2010, de 17 de noviembre y la STSJ Cataluña 420/2016, de 26 de enero.

<sup>925</sup> Expresión esta, la de “digitalización indirecta”, de BUENO DE MATA, F., “La validez de los «screenshots» o «pantallazos» como prueba electrónica...”, *Op. Cit.*, pp. 145-14, quién no considera que la prueba de esta resolución sea un pantallazo, sino, más bien, una fotografía de un dispositivo móvil hacia la pantalla de otro dispositivo y no desde el mismo terminal, vid. p. 148.

<sup>926</sup> Sobre estas empresas, véase FUENTES SORIANO, O., “El valor probatorio de los correos electrónicos” *Op. Cit.*

<sup>927</sup> RICHARD GONZÁLEZ, M., *Investigación y prueba mediante medidas de intervención...*, *Op. Cit.*, p. 338.

considere de acuerdo con criterios tales como la fiabilidad del perito, la técnica utilizada, el tipo de prueba de que se trate o el examen conjunto con otras pruebas.

Con respecto al certificado de firma electrónica, éstos incorporan un “sellado de tiempo” o *timestamp* que acredita que en una fecha se encontraban en un determinado estado. Sin embargo, huelga advertir que estos certificados indican de forma automática la fecha y hora de una operación, pero no garantizan la ausencia de manipulación o falsificación del contenido de la prueba con anterioridad a este momento<sup>928</sup>.

Un resultado similar ofrece a aportación del acta del LAJ o del Notario en la que el fedatario público realiza un cotejo entre el contenido del dispositivo tecnológico y la imagen impresa en papel para acreditar la equivalencia entre ambos elementos<sup>929</sup>. Como defiende FUENTES SORIANO, este examen es una actividad sin resultado alguno, más allá de reconocer efectivamente, la coincidencia entre los dos elementos, pero que no acredita la falsedad o alteración de la información, ni aporta un plus de fiabilidad o validez<sup>930</sup>. Ello no obstante, esta acta constituye un documento público que, como se verá más adelante, tiene un valor probatorio tasado lo que, a efectos probatorios tiene una especial relevancia.

Si el documento es un “pantallazo” –esto es, una imagen de la pantalla de un dispositivo–, la confusión es tal con respecto a su consideración como documentos que, incluso, la jurisprudencia ha comenzado a incrementar requisitos para su incorporación. Así, en el ámbito del proceso laboral, para admitir como documento una conversación de mensajería instantánea es necesario el cumplimiento de un triple requisito: la copia en papel de la impresión –esto es, el “pantallazo”–, la transcripción de la conversación y, finalmente, la comprobación de que la conversación se corresponde con el teléfono y con el número respectivos –a través de la aportación de un terminal que ha recibido o enviado el mensaje y el acta del LAJ sobre su contenido, o a través de un acta notarial sobre estos extremos-<sup>931</sup>.

---

<sup>928</sup> Vid. BUENO DE MATA, F., “La validez de los «screenshots» o «pantallazos» como prueba electrónica...”, *Op. Cit.*, p. 149.

<sup>929</sup> Como señala la STS 23/2015, de 4 de febrero, para este cotejo es necesario que estén disponibles las fuentes originales.

<sup>930</sup> FUENTES SORIANO, O., “Los procesos por violencia de género. Problemas probatorios tradicionales y derivados...”, *Op. Cit.*, p. 19; FUENTES SORIANO, O., “Violencia de Género”, *Op. Cit.*, p. 357.

<sup>931</sup> STSJ Galicia 556/2016, de 28 de enero.

Debe recordarse que la prueba documental es una de las formas en las que introducir en el juicio oral la prueba preconstituida, para facilitar su efectiva contradicción<sup>932</sup>. Su incorporación a través de este medio de prueba exige su lectura de facto en condiciones que permitan la contradicción de las partes<sup>933</sup>, sin que sea admisible acudir a la fórmula de tener la documental “por reproducida” para incorporar el material probatorio válido capaz de desvirtuar el principio de presunción de inocencia<sup>934</sup>. Y, pese a que un atestado únicamente tendrá valor probatorio si se reitera y ratifica en el juicio oral mediante la declaración testifical de los agentes de Policía firmantes del mismo, es posible la introducción en el juicio oral como prueba documental de aquellos datos objetivos y verificables que consten en un atestado, tales como planos, croquis, huellas o fotografías<sup>935</sup>. Específicamente tiene carácter de prueba documental el informe pericial realizado por laboratorios oficiales sobre la naturaleza, cantidad y pureza de sustancias estupefacientes<sup>936</sup>.

En definitiva, las pruebas tecnológicas son susceptibles de incorporarse a través del medio de prueba documental cuando se impriman y se aporten en un soporte de papel. En este caso, sin embargo, el valor probatorio difiere si se trata de un documento público o privado. La LEC reconoce a los documentos públicos –y a los privados no impugnados– una credibilidad reforzada que se traduce en una eficacia probatoria legal que obliga a jueces y tribunales a tener por probados determinados extremos.

#### **3.4.1. El documento electrónico**

La *Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica* (en adelante, LFE) introduce un nuevo subtipo de documento, el documento electrónico, que define como “la información de cualquier naturaleza en forma electrónica, archivada en un soporte electrónico según un formato determinado y susceptible de identificación y tratamiento diferenciado”<sup>937</sup>. Estos documentos, además, tendrán la naturaleza de documento electrónico público aquel firmado electrónicamente por funcionarios que tengan

---

<sup>932</sup> La práctica de la prueba preconstituida a través del medio de prueba documental trata de subsanar la ausencia de contradicción de la defensa en la práctica de la diligencia sumarial, vid. STC 303/1993, de 25 de octubre.

<sup>933</sup> Así se expresan las SSTC 22/1988, de 18 de febrero; 137/1988, de 27 de julio; 10/1992, de 16 de enero; 153/1997, de 29 de septiembre.

<sup>934</sup> Vid. SSTC 93/1994, de 21 de marzo; 153/1997, de 29 de septiembre; 49/1998, de 2 de marzo.

<sup>935</sup> SSTC 132/1992, de 28 de septiembre; 157/1995, de 6 de noviembre; STS 480/2009, de 22 de mayo.

<sup>936</sup> Así lo dispone el apartado segundo del artículo 788 LECrim.

<sup>937</sup> Vid. Artículo 3 de la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

legalmente atribuida la facultad de dar fe pública, judicial, notarial o administrativa, siempre que actúen en el ámbito de sus competencias con los requisitos exigidos por la ley en cada caso. En este sentido, el acta notarial el contenido del mensaje es un documento público electrónico<sup>938</sup>. Y, de acuerdo también con la LFE, serán considerados documentos electrónicos administrativos aquellos expedidos y firmados electrónicamente por funcionarios o empleados públicos en el ejercicio de sus funciones públicas, conforme a su legislación específica.

Los documentos electrónicos, por tanto, pueden venir firmados electrónicamente y, en este sentido, la LFE, en un claro ejemplo pedagógico deseable en otras normas legales, introduce también la definición de firma electrónica como “el conjunto de datos en forma electrónica, consignados junto a otros o asociados con ellos, que pueden ser utilizados como medio de identificación del firmante”<sup>939</sup>.

Así, un documento con firma electrónica es aquel que contiene datos consignados electrónicamente (y, por tanto, susceptible de ser tratado, almacenado, y remitido a través de terminales informáticos) que identifican al emisor del mismo, que es el único que pudo haber firmado electrónicamente este documento<sup>940</sup>.

Ello no obstante, no todas las firmas tienen el mismo nivel de seguridad y, en este sentido, esta ley reconoce tres niveles de firma electrónica, la común, la avanzada y la reconocida. Así, de una parte, la firma electrónica común o simple es aquella que, sin tener la consideración de avanzada, permite su utilización como medio de identificación del firmante. Dentro de esta definición negativa que realiza la Ley es posible enmarcar la inserción en un documento electrónico de una firma manuscrita y escaneada; la firma realizada con un lápiz electrónico (aquella que se realiza para confirmar una transacción económica en una tienda); o la inclusión en un documento del nombre de usuario que ha iniciado sesión en el dispositivo que ha generado el documento<sup>941</sup>.

La modalidad intermedia de firma electrónica es la firma avanzada, que la LFE define como aquella “que permite identificar al firmante y detectar cualquier cambio ulterior de

---

<sup>938</sup> Así lo refiere el Notario Francisco Rosales en su blog <https://www.notariofranciscorosales.com/whatsapp-como-prueba-en-juicio/> (última visita: 1 de diciembre de 2015). Por su parte, el Notario Miguel Prieto Escudero publica un modelo de acta notarial que acredita el contenido de unas conversaciones de mensajería instantánea de un terminal móvil, vid. <https://notariabierta.es/mi-primer-acta-de-whatsapp-modelo-y-dudas/> (última visita: 22 de noviembre de 2018).

<sup>939</sup> Véase el apartado primero del artículo 3 de la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

<sup>940</sup> DELGADO MARTÍN, J., *Investigación tecnológica y prueba digital...*, Op. Cit., p. 90.

<sup>941</sup> Véase DELGADO MARTÍN, J., *Investigación tecnológica y prueba digital...*, Op. Cit., pp. 90-91

los datos firmados, vinculada al firmante y a los datos a que se refiere de manera única y que ha sido creada por medios que el firmante puede utilizar, con un alto nivel de confianza, bajo su exclusivo control”<sup>942</sup>. Esta firma, por tanto, se genera mediante un sistema que dispone el firmante y que crea un algoritmo (una serie de número que resultan de una operación matemática) único para cada documento. Los efectos jurídicos de la firma electrónica avanzada, siempre que esté basada en un certificado reconocido y que haya sido producida por un dispositivo seguro de creación de firma tendrá, respecto de los datos consignados en forma electrónica, el mismo valor jurídico que la firma manuscrita en relación con los consignados en papel y será admisible como prueba en juicio<sup>943</sup>.

Por último, se considera firma electrónica reconocida la firma electrónica avanzada basada en un certificado reconocido y generada mediante un dispositivo seguro de creación de firma. Constituyen ejemplos de firma electrónica reconocida la generada con el DNI electrónico, la firma digital que se puede generar a través de la Fábrica Nacional de Moneda y Timbre o la certificación disponible por el Consejo General de la Abogacía<sup>944</sup>. La LFE reconoce a esta modalidad de firma electrónica el mismo valor que la firma manuscrita en papel respecto de los datos consignados en forma electrónica.

A diferencia de la firma manuscrita, las firmas electrónica avanzada y reconocida son, en realidad, procedimientos técnicos de encriptación con relevancia jurídica que ofrecen un código distinto en función del mensaje cifrado en ella, de modo tal que es el resultado de dos variables: la clave personal utilizada para el cifrado y el propio mensaje encriptado<sup>945</sup>. Es decir, la firma electrónica no es igual en todos los documentos (como sí ocurre con la firma manuscrita o la firma electrónica común), sino que genera un código alfanumérico sobre la base del contenido del documento y del autor de la firma. Este código permite

---

<sup>942</sup> Véase el apartado segundo del artículo 3 de la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

<sup>943</sup> MONTERO AROCA, J., *La prueba en el proceso civil*, cuarta edición, Civitas, Madrid, 2005, p. 461.

<sup>944</sup> La página web <http://firmaelectronica.gob.es/Home/Ciudadanos/Principales-Autoridades-Certificacion.html> detalla las principales autoridades de Certificación (AC), esto es, entidades de confianza, responsables de emitir y revocar los certificados digitales o electrónicos, utilizados en la firma electrónica, y cita las siguientes: Fábrica Nacional de Moneda y Timbre (FNMT), Agència Catalana de Certificació (CATCert), Agencia Notarial de Certificación (ANCERT), ANF Autoridad de Certificación (ANF AC), Autoridad de Certificación de la Abogacía (ACA), Autoridad de Certificación HealthSign, Autoritat de Certificació de la Comunitat Valenciana (ACCV), Banco de España, Banco Español de Crédito S.A. (Banesto), Banco de Santander, Camerfirma, EDICOM, Firma Profesional, Gerencia de Informática de la Seguridad Social (GISS), IZENPE, Ministerio de Defensa, Ministerio de Trabajo e Inmigración.

<sup>945</sup> NIÑO ESTÉBANEZ, R., “La prueba audiovisual e informática en el proceso civil. Referencia a la firma electrónica”, en *Aspectos problemáticos en la valoración de la prueba civil* (DIRS. ABEL LLUCH, PICÓ I JUNOY), Bosch, Barcelona, 2008, p. 132.

identificar a ese documento en concreto de forma tal que introduciendo esos caracteres en un buscador de firmas permita acreditar la veracidad de la misma o que el documento no ha sido alterado<sup>946</sup>.

Así, el usuario dispone de un documento electrónico (una hoja de cálculo, un pdf, una imagen, incluso un formulario en una página web) que firma electrónicamente a través de una aplicación o dispositivo digital que realiza un resumen único del documento a través de una clave privada que, incluso para un documento de gran tamaño, puede llegar a ser tan solo de unas líneas que es la firma electrónica y que contiene ese resumen codificado. Es decir, el resultado de todo este proceso es un documento electrónico obtenido a partir del documento original y de las claves del firmante. La firma electrónica, por tanto, es el mismo documento electrónico resultante que contiene un Código Seguro de Verificación (CSV) que permite contrastar la copia impresa con la original electrónica<sup>947</sup>.

La incorporación de los documentos electrónicos al proceso está expresamente prevista para los documentos públicos “a través de imagen digitalizada incorporada como anexo que habrá de ir firmado mediante firma electrónica reconocida”<sup>948</sup> y para los documentos privados “mediante imágenes digitalizadas, incorporadas a anexos firmados electrónicamente”<sup>949</sup> desde el año 2007<sup>950</sup>. Ello no obstante, las partes, el tribunal en los procesos de familia, incapacidad o filiación, o el Ministerio Fiscal pueden solicitar que estos documentos presentados en soporte electrónico mediante imágenes digitalizadas se aporten en su soporte papel original<sup>951</sup>.

---

<sup>946</sup> En este sentido, el Notario Francisco Rosales señala que “la firma electrónica es una forma de identificar, no una forma de consentir”, en su blog <https://www.notariofranciscorosales.com/whatsapp-como-prueba-en-juicio/> (última visita: 1 de diciembre de 2015).

<sup>947</sup> Véase el portal de la Administración Electrónica del Gobierno de España (última visita el 12 de septiembre de 2018): <http://firmaelectronica.gob.es/Home/Ciudadanos/Firma-Electronica.html>

<sup>948</sup> Vid. artículo 267 LEC, que dispone que “cuando sean públicos los documentos que hayan de aportarse (...) podrán presentarse por copia simple, ya sea en soporte papel o, en su caso, en soporte electrónico...”.

<sup>949</sup> Vid. artículo 268 LEC.

<sup>950</sup> Tal y como expone PÉREZ DAUDÍ en PÉREZ DAUDÍ, V.; ZAMBRANO FRANCO, F. K., “Preguntas con respuesta: la prueba a consulta”, *Diario La Ley*, N° 8445, Sección Práctica Forense, 19 de diciembre de 2014, pp. 6-7, la reforma de los artículos 135, 162, 267 y 268 de la LEC que permiten la aportación de documentos en formato digital al proceso civil se produce mediante una ley cuyo objeto era completamente distinto pero que ya se estaba tramitando, la *Ley 41/2007, de 7 de diciembre, por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, de regulación de las hipotecas inversas y el seguro de dependencia y por la que se establece determinada norma tributaria*.

<sup>951</sup> Así lo dispone el apartado tercero del artículo 162 LEC.



### 3.5. El reconocimiento judicial

El reconocimiento judicial, también conocido como inspección ocular<sup>952</sup>, es un medio probatorio cuya práctica consiste en el examen directo de un objeto, lugar o persona por parte del Juez<sup>953</sup>. Como ocurre con el medio de prueba documental, la previsión de este medio de prueba en la LECrim es muy precaria, lo que obliga a acudir a la regulación procesal civil<sup>954</sup>.

Por lo que a su práctica hace referencia, el reconocimiento judicial tiene lugar, con la preceptiva presencia del Juez y del LAJ y con la posible asistencia de las partes, sus procuradores y sus abogados. Además, la LECrim permite, a instancia de parte, la concurrencia sucesiva de este medio probatorio con la declaración del acusado o con la testifical cuando la vista del lugar, objeto o personas puedan contribuir a la claridad del testimonio<sup>955</sup>. También es posible, de oficio o a instancia de parte, la práctica simultánea del reconocimiento judicial con la pericial, que permita complementar la percepción del juzgador con los conocimientos especializados de carácter científico, artístico o técnico del perito<sup>956</sup>.

El reconocimiento judicial es un medio apto para incorporar evidencias tecnológicas a través de la percepción directa del juez de datos de prueba, como son el acceso desde el ordenador del Juzgado a una determinada página web, el examen judicial de los correos electrónicos remitidos desde una dirección de email o la exploración del contenido de un ordenador<sup>957</sup>. El problema, no obstante, puede darse en relación con la posible alteración de una prueba tecnológica -piénsese una página web- previamente al reconocimiento judicial<sup>958</sup>. Una posible solución es, en primer lugar, que la prueba tecnológica asegure

---

<sup>952</sup> Así denomina la LECrim a una diligencia de investigación en los artículos 326 y ss.

<sup>953</sup> Vid. Artículo 353 LEC.

<sup>954</sup> La LECrim únicamente regula el reconocimiento judicial como medio de prueba en el artículo 727, que remite a las disposiciones de la diligencia de instrucción de la inspección ocular, regulada en los artículos 326 a 333. La LEC regula este medio probatorio en los artículos 353 a 359. RAMOS MÉNDEZ advierte del riesgo de confusión entre el medio de prueba y el acto de instrucción, en RAMOS MÉNDEZ, F., *Enjuiciamiento Criminal, Op. Cit.*, p. 365.

<sup>955</sup> Vid. Artículo 357 LEC.

<sup>956</sup> Vid. Artículo 356 LEC.

<sup>957</sup> ABEL LLUCH, X., “Preguntas con respuesta. La prueba a consulta. III. ¿Puede acceder el contenido de un e-mail o de una página web al proceso a través de la prueba de reconocimiento judicial?”, *Cuadernos de Probática y Derecho Probatorio, n° 4, La Ley*, n° 7564, 8 de febrero de 2011, pp. 26, 28; FUENTES SORIANO, O., “El valor probatorio de los correos...”, *Op. Cit.*, p. 204, que, sin embargo, apunta que este reconocimiento no será adecuado para comprobar los datos de originalidad, autenticidad y veracidad, vid. p. 207.

<sup>958</sup> PICÓ I JUNOY, J., “Preguntas con respuesta. La prueba a consulta. II. Reconocimiento judicial y nuevas tecnologías ¿pueden las partes proponer el reconocimiento judicial para que el Juez perciba el contenido de una página web o de e-mail? ¿podría el Juez auxiliarse por un perito informático para la práctica de esta

previamente a través del *hash*<sup>959</sup> y que el posterior reconocimiento judicial se auxilie con un perito para comprobar que la fuente probatoria no ha sido alterada con respecto a aquella marcada con el *hash*. Otra técnica que el Juez puede utilizar en la práctica del reconocimiento es recurrir a páginas web que almacenan registros del histórico de los cambios de otras páginas web y que permiten consultar el contenido de una página web en una fecha concreta, como *Wayback Machine*<sup>960</sup>.

El reconocimiento judicial es asimismo un mecanismo válido para que el Juez pueda percibir la autoría de las voces de una grabación de audio o de las conversaciones intervenidas e incorporadas al acervo probatorio a través de otro medio de prueba, sin necesidad de un dictamen pericial sobre su autoría o del reconocimiento del acusado sobre las mismas<sup>961</sup>.

Si la práctica de este medio de prueba se realiza fuera de la sala de juicios, el LAJ recogerá en un acta la práctica del reconocimiento judicial con las manifestaciones de quienes allí intervengan, que puede complementarse con la utilización de medios de grabación de imagen y sonido u otros instrumentos que dejen constancia de la inspección ocular<sup>962</sup>.

Nada dice la regulación procesal acerca del valor probatorio del reconocimiento judicial<sup>963</sup>, si bien la jurisprudencia parece enmarcarlo en el sistema de valoración libre<sup>964</sup>. Ello no obstante, GARBERÍ LLOBREGAT considera que el reconocimiento judicial tiene el valor que la LEC otorga a los documentos públicos<sup>965</sup>, en tanto que el LAJ documenta la práctica de la prueba en un acta que, de acuerdo con el apartado primero del artículo 317 LEC, se considera documento público<sup>966</sup>.

---

diligencia?”, *Cuadernos de Probática y Derecho Probatorio*, nº 5, *La Ley*, nº 7667, miércoles, 6 de julio de 2011, p. 29.

<sup>959</sup> El hash es un sello que puede fijarse a una prueba tecnológica y que la identifica frente a posibles manipulaciones.

<sup>960</sup> El ejemplo más significativo de este tipo de páginas web es *Wayback Machine* (<https://archive.org/>).

<sup>961</sup> Vid. STS 1286/2006, 30 de noviembre; 250/2014, de 14 de marzo; 23/2015, de 4 de febrero.

<sup>962</sup> Vid. Arts. 358-359 LEC.

<sup>963</sup> GARBERÍ LLOBREGAT afirma que se trata de un “imperdonable olvido del legislador”, que “se ha olvidado por completo e incomprensiblemente, de señalar cuál haya de ser el valor, si libre o tasado, que el tribunal deba otorgar a los resultados obtenidos en la práctica de la presente prueba de reconocimiento judicial” y señala que la anterior LEC de 1881 tampoco sentaba regla de valoración alguna al respecto, en GARBERÍ LLOBREGAT, J., *Los medios de prueba en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Bosch, Barcelona, 2009, pp. 106-107

<sup>964</sup> Vid. SSTS de 21 de septiembre de 1987, de 5 de febrero de 1988; de 9 de 1988; de 16 de octubre de 1990; 27 de julio de 1996.

<sup>965</sup> La LEC otorga un valor tasado a determinados documentos públicos en el artículo 319.

<sup>966</sup> GARBERÍ LLOBREGAT, J., *Los medios de prueba en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, *Op. Cit.*, p. 107.

### 3.6. La prueba de reproducción de palabras, sonidos e imágenes y de los instrumentos que permiten archivar y conocer datos

Este medio de prueba permite introducir al acervo probatorio vídeos, audios, e instrumentos que permiten archivar y conocer datos<sup>967</sup>. Se trata de un medio de prueba previsto en la LEC, subsidiariamente utilizable en otros órdenes jurisdiccionales. Es, cuando menos, llamativo, que no se haya modificado la LECrim -o no se hayan aprovechado las recientes modificaciones a la norma- en el sentido de introducir este medio de prueba, acorde con la incorporación al proceso de fuentes tecnológicas a través de la aportación de los propios dispositivos<sup>968</sup>. Como ya se ha visto, la regulación de los medios probatorios en la LECrim es deficitaria en relación en todos los sentidos.

La LEC del 2000 incorpora esta categoría *ex novo* como un medio de prueba independiente que da cabida a que las partes aporten al proceso nuevas fuentes de prueba derivadas de los avances técnicos de manera autónoma con respecto a la documental, lo que posibilita recuperar la concepción tradicional de documento como soporte de papel que contiene información escrita<sup>969</sup>.

Ello no obstante, hay autores que no reconocen la prueba de reproducción de palabras, sonidos e imágenes y de los instrumentos que permiten archivar y conocer datos como un medio de prueba autónomo, o lo identifican como un medio de prueba secundario, precisamente por estar previsto en el apartado segundo del artículo 299 LEC, de forma separada a los restantes medios probatorios contemplados en el apartado primero<sup>970</sup>.

Este medio probatorio es el cauce oportuno para aportar al proceso dispositivos electrónicos. En este sentido, la aportación las fuentes de naturaleza tecnológicas a través de este medio de prueba permite incorporar al proceso componentes intangibles digitales que pueden resultar imperceptibles si se imprimen y practican como documental<sup>971</sup>. Así, se pueden aportar CD's, *pen-drives*, teléfonos móviles, *tablets*, discos duros, etc. La

---

<sup>967</sup> Vid. Arts. 382-384 LEC.

<sup>968</sup> MAGRO SERVET, V. "Sobre el valor probatorio de las cámaras de vigilancia en el proceso penal", *Diario La Ley*, nº 9114, 9 de enero de 2018, pp. 5, 13, que cita la STS 1449/2000, de 26 de septiembre.

<sup>969</sup> ABEL LLUCH, X., "Repensando el concepto de documento", *Op. Cit.*, p. 11.

<sup>970</sup> MONTÓN REDONDO, A., "Medios de reproducción de la imagen y el sonido", en *La prueba* (Dir. MONTERO AROCA), *Cuadernos de Derecho Judicial*, VII, CGPJ, Madrid, 2000, p. 177 refiere que el medio de prueba que prevé el apartado segundo del artículo 299 LEC es subsidiario con respecto a los del apartado primero, "los auténticos".

<sup>971</sup> En este sentido, BUENO DE MATA defiende la aportación de prueba electrónica a través de dispositivos electrónicos con el fin de preservar su propia naturaleza y que "este tipo de prueba (la electrónica) será realmente bien tratada cuando dejemos de permitir «mutar» (su) naturaleza", en BUENO DE MATA, F., "La validez de los «screenshots» o «pantallazos» como prueba electrónica...", *Op. Cit.*, p. 144.

aportación se realiza de los dispositivos originales y necesitan que la parte aporte la forma de reproducirlos.

Nada obsta para incorporar al proceso un correo electrónico a través del medio de prueba de los instrumentos que permitan archivar, conocer o reproducir datos relevantes para el proceso, aportando el soporte informático (ordenador, Tablet,...), susceptible de reconocimiento judicial y acompañándolo de copia impresa y transcripción<sup>972</sup>.

La LEC –norma que prevé este medio probatorio- dispone que la valoración judicial de la prueba de reproducción de palabras, sonidos e imágenes y de los instrumentos que permiten archivar y conocer datos se realizará de acuerdo con las reglas de la sana crítica, como ya ha ocurrido en el ámbito laboral<sup>973</sup>.

### 3.7. La prueba indiciaria

La prueba indiciaria, circunstancial o de presunciones<sup>974</sup> sirve para declarar probado un hecho mediante un razonamiento construido sobre la base de otros hechos plenamente probados (los indicios)<sup>975</sup>.

Este medio probatorio se considera indirecto porque no acredita directamente la propia existencia del hecho delictivo que se afirma existente, sino que prueba la existencia de hechos de los que se infiere la comisión y autoría de un delito. Esto, sin embargo, no significa que los indicios posibiliten una condena sobre la base de meras sospechas, sino que los hechos que permiten deducir la existencia del hechos delictivo debe estar plenamente probado<sup>976</sup>.

---

<sup>972</sup> Vid. STSJ Andalucía 1718/2017, de 7 de junio que destaca, a su vez, que la prueba introducida por este medio de prueba no es susceptible de recurso de suplicación de acuerdo con lo establecido en el artículo 193 LRJS.

<sup>973</sup> Vid. apartado tercero artículo 384 LEC.

<sup>974</sup> MUÑOZ SABATÉ señala que “literaria y popularmente la voz indicio ha sido acaparada por la temática criminalística mientras que civilmente ha prevalecido mayormente el término presunción”, en MUÑOZ SABATÉ, L., *La prueba de indicios en el proceso judicial*, Wolters Kluwer, Las Rozas, 2016, p. 92.

<sup>975</sup> SSTs 152/2013, de 27 de febrero; 318/2015, de 28 de mayo; 422/2015, de 2 de julio; 532/2015, de 23 de septiembre; 617/2015, de 14 de octubre; 681/2015, de 3 de noviembre; 136/2016, de 24 de febrero; 146/2016, de 25 de febrero; 231/2016, de 17 de marzo; 315/2016, de 14 de abril; 369/2016, de 28 de abril; 492/2016, de 8 de junio; 530/2016, de 16 de junio; 663/2016, de 20 de julio; 885/2016 de 24 de noviembre; 730/2016, de 4 de octubre; 972/2016, de 21 de diciembre; 524/2017, de 7 de julio; 49/2017, de 2 de febrero; 726/2017, de 8 de noviembre; 793/2017, de 11 de diciembre; 795/2017, de 11 de diciembre; 797/2017, de 11 de diciembre; 28/2018, de 18 de enero.

<sup>976</sup> FUENTES SORIANO, O., “Valoración de la prueba indiciaria y declaración...”, *Op. Cit.*, pp. 168, 172.

En este sentido, la prueba indiciaria es un medio complejo que necesita de la concurrencia de tres requisitos: un hecho base (el indicio)<sup>977</sup>, un hecho presumido y un nexo causal entre ambos<sup>978</sup>. Así, en primer lugar, son necesarios indicios -conocidos como hechos base- plenamente probados en virtud de una actividad probatoria practicada con todas las garantías y que sirvan para iniciar un ejercicio deductivo de cuyo resultado se desprenda inequívocamente la certeza de una conclusión<sup>979</sup>. La prueba indiciaria exige del examen conjunto de los hechos bases, sin que quepa un análisis individualizado de los mismos, que, aisladamente, no aportarán la misma consecuencia que la desprendida del análisis global<sup>980</sup>. Además de estos hechos base probados, han de deducirse los hechos constitutivos del delito de modo tal que exista un enlace preciso y directo, de acuerdo con las reglas de la lógica y la experiencia, entre el indicio probado y el hecho determinante de la responsabilidad penal<sup>981</sup>.

Es preciso que el órgano judicial exprese el razonamiento lógico entre los hechos-base y los hechos-consecuencia conforme con las reglas del criterio humano o de la experiencia común, a fin de que pueda comprobarse la razonabilidad de la injerencia<sup>982</sup>. La conexión lógica entre el hecho base y el acontecimiento deducido no puede ser excesivamente

---

<sup>977</sup> Téngase presente que, a efectos de desvirtuar la presunción de inocencia es necesaria la concurrencia de una pluralidad de indicios, sin que un solo indicio pueda sostener un fallo condenatorio, en FUENTES SORIANO, O., “Valoración de la prueba indiciaria y declaración...”, *Op. Cit.*, p. 170, quién afirma que algunos autores reconocen la posibilidad de condenar sobre la base de un solo indicio cuando éste tenga un carácter excepcionalmente concluyente.

<sup>978</sup> SSTC 174/1985, de 17 de diciembre; 107/1989, de 8 de junio; 169/1989, de 16 octubre; 93/1994, de 21 de marzo.

<sup>979</sup> Los hechos base deben quedar plenamente probados de acuerdo con las normas generales sobre la práctica de la prueba en la fase del juicio oral con garantía de los principios de inmediación, contradicción e igualdad, vid. FUENTES SORIANO, O., “Valoración de la prueba indiciaria y declaración...”, *Op. Cit.*, pp. 171-172. Véanse también las SSTC 189/1998; 220/1998; 137/2002; 328/2006.

<sup>980</sup> FUENTES SORIANO, O., “Valoración de la prueba indiciaria y declaración...”, *Op. Cit.*, pp. 170-171, que lo ejemplifica con varios indicios que, conjuntamente, pueden probar la existencia de un delito de violación, como existencia de contusiones, desgarros internos, presencia de espermatozoides en el fluido vagina,..., sin que uno sólo de estos hechos base sirva aisladamente para acreditar y fundamentar una condena.

<sup>981</sup> SSTC 169/1988; 137/2002; 305/2005; 66/2006; 340/2006; 111/2008; 66/2009; 91/2009; 108/2009; 109/2009; 30/2010; 70/2010 y SSTs 77/2009, de 5 de febrero; 102/2009, de 3 de febrero; 548/2009, de 1 de junio; 273/2010, de 3 de marzo; 282/2011, de 5 de abril; 293/2011, de 14 de abril; 205/2013, de 15 de marzo; 133/2014, de 22 de julio. FUENTES SORIANO, O., “Valoración de la prueba indiciaria y declaración...”, *Op. Cit.*, p. 172 expone que este nexo causal entre el indicio y la consecuencia es el elemento esencial de la prueba indiciaria y se fundamenta en máximas de experiencia, es decir, “en reglas del pensar -y no en normas jurídicas- que cualquier persona podría reputar válidas a la vista de los indicios probados y las consecuencias que de ellos se afirman.

<sup>982</sup> FUENTES SORIANO expresa que, una vez probada la existencia de los hechos base, el razonamiento que prueba el hecho consecuencia que se plasma en la sentencia ha de ser racionalmente comprendido y compartido por todas las personas, en FUENTES SORIANO, O., “Valoración de la prueba indiciaria y declaración...”, *Op. Cit.*, p. 169.

abierta, débil o imprecisa, aunque ello suponga la imposibilidad de otras versiones distintas de los hechos<sup>983</sup>.

El TS ha indicado, incluso, que la prueba indiciaria es más segura que los testigos del hecho, en tanto en cuanto tiene una base estrictamente racional que presupone una conclusión deducida de hechos directamente relevantes y previamente probados<sup>984</sup>. Así pues, a la prueba de indicios se le reconoce valor pleno y suficiente para enervar la presunción de inocencia<sup>985</sup>.

La información contenida en los archivos tecnológicos -bien en un mensaje de correo electrónico, bien un archivo informático almacenado en un ordenador o *Tablet*, o cualquier otra prueba, tecnológica o no- puede incorporarse a un proceso judicial a través del medio probatorio de los indicios, de forma tal que sirva de apoyo a un razonamiento lógico que convenza al enjuiciador de la existencia de otros hechos desconocidos.

En definitiva, son varios los medios de prueba que permiten dar a conocer al juez fuentes de prueba tecnológicas, siempre que se practiquen de acuerdo a las exigencias legales y jurisprudenciales previstas para cada uno de los citados medios. La procedencia de uno sobre otro dependerá del hecho concreto que la parte desea probar y de las posibilidades que tiene para su práctica con uno u otro medio de prueba.

---

<sup>983</sup> SSTS 273/2010, de 3 de marzo; 940/2011, de 27 de septiembre; 152/2013, de 27 de febrero; 193/2013, de 4 de marzo; 318/2015, de 28 de mayo; 422/2015, de 2 de julio; 500/2015, de 24 julio; 532/2015, de 23 de septiembre; 617/2015, de 14 de octubre; 681/2015, de 3 de noviembre; 136/2016; de 24 de febrero y SSTC 229/2003, de 18 diciembre; 175/2012, de 9 de octubre.

<sup>984</sup> STS 21 de marzo de 1995.

<sup>985</sup> FUENTES SORIANO, O., “Valoración de la prueba indiciaria y declaración...”, *Op. Cit.*, p. 167. A mayor abundamiento, vid. ATS 855/2010, de 29 de abril, que se refiere a la reiterada jurisprudencia del TS y del TC que admite la validez de la prueba indiciaria; SSTS 5500/2015, de 24 julio; 797/2015, de 24 noviembre; 992/2016, de 12 enero; 20/2017, de 23 enero y SSTC 133/2014, de 22 julio y 146/2014, de 22 septiembre.

## CAPÍTULO IV. IMPUGNACIÓN Y VALORACIÓN DE LA PRUEBA TECNOLÓGICA.

### 1. Impugnación de la prueba tecnológica

En el proceso, tras la proposición de prueba por la parte, es posible que la contraparte impugne alguna de las aportadas de adverso por considerar que no concurre en ellas los requisitos de autenticidad e integridad<sup>986</sup>.

Cosa distinta de esta impugnación es que en la prueba aportada de contrario medie causa de nulidad o que resulte impertinente o inútil. En el caso de que acontezca alguna de estas circunstancias o, lo que es lo mismo, falte alguno de los tres requisitos de admisibilidad ya mencionados con anterioridad—pertinencia, utilidad y licitud—, la prueba no tendrá cabida en el proceso.

El presente objeto de estudio es el análisis acerca de la posible impugnación de la falsedad de las pruebas. A pesar de la expresión, la inautenticidad y la manipulación no deben entenderse como sinónimos, pues, mientras la primera alude a que la prueba ha sido creada *ex novo* para el proceso<sup>987</sup>, lo que, trasladado a la prueba tecnológica podía definirse como que los datos no proceden de la fuente original<sup>988</sup>; la segunda tiene como presupuesto la alteración de la fuente probatoria, porque se ha suprimido una parte o se han modificado datos<sup>989</sup>. En todo caso, la impugnación probatoria viene referida a la

---

<sup>986</sup> Tal y como expresa ABEL LLUCH, “el término “impugnar” se entiende en sentido amplio, no limitado a la interposición de recursos ordinario o extraordinarios, sino como facultad de formular alegaciones o aportar medios de prueba que desvirtúen el contenido de una prueba electrónica de adverso”, vid. ABEL LLUCH, X., *Derecho probatorio*, *Op. Cit.*, p. 1007.

<sup>987</sup> Vid. SSTS 1109/2002, de 25 de noviembre y 558/2011 de 15 de julio, que refiere que “para que un documento privado no sea idóneo para constituir medio de prueba es preciso que sea inauténtico, es decir, no provenga de su autor, de modo que no haya coincidencia entre el autor aparente y el autor real”. QUERAL CARBONELL distingue la autenticidad subjetiva (correlación entre el autor que consta en el documento y autor real del mismo), la autenticidad jurídica (veracidad de los extremos que dispone la LEC -acto o estado de cosas que documente, fecha del documento e identidad de los intervinientes-) y autenticidad global (correlación entre el total contenido de la documento y la realidad), vid. QUERAL CARBONELL, A., “Alcance del objeto de impugnación”, en *La prueba documental* (DIRS. ABEL LLUCH, PICÓ I JUNOY; COORD. GINÉS CASTELLET), Colección de Formación Continua Facultad de Derecho Esade. SERIE ESTUDIOS PRÁCTICOS SOBRE LOS MEDIOS DE PRUEBA, BOSCH, 2010, p. 480.

<sup>988</sup> DELGADO MARTÍN, J., *Investigación tecnológica y prueba digital...*, *Op. Cit.*, p. 82; DELGADO MARTÍN, J., “La prueba del Whatsapp”, *Op. Cit.*, p. 7. La Ley 18/2011, de 5 de julio, reguladora del uso de las tecnologías de la información y la comunicación en la Administración de Justicia, que regula el uso de las nuevas tecnologías en la Administración de Justicia, contiene un anexo de definiciones en el que incluye explica la “autenticidad” como la “propiedad o característica consistente en que una entidad es quien dice ser o bien que garantiza la fuente de la que proceden los datos”.

<sup>989</sup> DELGADO MARTÍN, J., *Investigación tecnológica y prueba digital...*, *Op. Cit.*, p. 82. La Ley 18/2011, de 5 de julio, reguladora del uso de las tecnologías de la información y la comunicación en la

falsedad de la prueba, bien porque no sea original, bien porque haya sido posteriormente alterada.

Sobre tal discusión, en el ámbito de las pruebas tecnológicas, se ha extendido la creencia de que, por su naturaleza, son fácilmente manipulables, lo que sirve de pretexto para justificar de forma casi automática la impugnación de su autenticidad o integridad<sup>990</sup>.

Esta tesis relativa a la escasa fiabilidad de la prueba tecnológica está auspiciada mayoritariamente por las opiniones de peritos informáticos, puesta de manifiesto no sólo en la práctica de la prueba pericial, sino también, especialmente, en diversas publicaciones<sup>991</sup>. Conjuntamente, este argumento se ha visto favorecido por el pronunciamiento del TS en la ya citada sentencia 300/2015, de 19 de mayo. Esta trascendente resolución, que ha servido de base a otras en materia de prueba tecnológica<sup>992</sup>, sostiene literalmente que “la prueba de una comunicación bidireccional mediante cualquiera de los múltiples sistemas de mensajería instantánea debe ser abordada con todas las cautelas. La posibilidad de una manipulación de los archivos digitales mediante los que se materializa ese intercambio de ideas, forma parte de la

---

*Administración de Justicia*, que regula el uso de las nuevas tecnologías en la Administración de Justicia, contiene un anexo de definiciones en el que explica “integridad” como la “propiedad o característica consistente en que el activo de información no ha sido alterado de manera no autorizada”.

<sup>990</sup> Así, la SAP de Madrid 1168/2012, de 22 de noviembre indica, en relación con unos correos electrónicos impugnados, que “no es menos evidente, sin embargo, que dicha impresión en papel (y naturalmente la dirección que se atribuye en ella al remitente del mensaje) puede, sin excesiva dificultad, resultar manipulada”.

<sup>991</sup> Véanse, por ejemplo, el post publicado por RUBIO ALAMILLOS, J., “Vulnerabilidad en WhatsApp: falsificación de mensajes manipulando la base de datos”, en <https://peritoinformaticocolegiado.es/blog/vulnerabilidad-en-whatsapp-falsificacion-de-mensajes-manipulando-la-base-de-datos/> (fecha de la última consulta: 3 de mayo de 2018) o los blogs de peritos judiciales tales como <https://peritoit.com/>; [www.javiermarques.es](http://www.javiermarques.es).

<sup>992</sup> Así, la STS 300/2015 es citada por la SAP de Las Palmas de Gran Canarias 104/2015, de 7 de julio con respecto a la impugnación de unos mensajes de Whatsapp que el recurrente entiende manipulados; o la SAP de Córdoba 367/2015, de 24 de julio cuando refiere dudas sobre el origen de unos mensajes de whatsapp aportados por medio de fotocopias de determinadas pantallas de teléfono móvil. Especialmente relevante es la STS 754/2015, de 27 de noviembre, que también tiene oportunidad de pronunciarse “respecto a la queja sobre la falta de autenticidad del diálogo mantenido a través del sistema chino “We Chat”, que es un modo (de) comunicación basado en los mensajes cortos, bidireccionales, tipo “Whatsapp”, la Sala Chat”, que es un modo comunicación basado en los mensajes cortos, bidireccionales, tipo “Whatsapp” y señala que “la Sala quiere reiterar una idea básica, que ya fue declarada por la STS 300/2015, de 19 de mayo, y es que la prueba de una comunicación bidireccional mediante cualquiera de los múltiples sistemas de mensajería instantánea debe ser abordada con todas las cautelas. La posibilidad de una manipulación de los archivos digitales mediante los que se materializa ese intercambio de ideas, forma parte de la realidad de las cosas. El anonimato que autorizan tales sistemas y la libre creación de cuentas con una identidad fingida, hacen perfectamente posible aparentar una comunicación en la que un único usuario se relaciona consigo mismo. De ahí que la impugnación de la autenticidad de esas conversaciones, cuando son aportadas a la causa mediante archivos de impresión, desplaza la carga de la prueba hacia quien pretende aprovechar su idoneidad probatoria. Será indispensable en tal caso la práctica de una prueba pericial que identifique el verdadero origen de esa comunicación, la identidad de los interlocutores y, en fin, la integridad de su contenido”.



realidad de las cosas. El anonimato que autorizan tales sistemas y la libre creación de cuentas con una identidad fingida, hacen perfectamente posible aparentar una comunicación en la que un único usuario se relaciona consigo mismo”. De este modo, el TS considera en esta resolución que las elevadas posibilidades de falsear una prueba tecnológica es un motivo de impugnación.

Ello no obstante, pese al pronunciamiento del Alto Tribunal relativo a la discutida fiabilidad de la prueba tecnológica, lo cierto es que la manipulación o creación *ex novo* de pruebas aportadas al proceso no es una circunstancia exclusivamente circunscrita a esta fuente probatoria. En este sentido téngase presente, a modo de ejemplo, la habilidad con la que mienten los testigos, la facilidad con la que puede falsificarse una firma manuscrita, la habitual desconfianza en la objetividad de los peritos de parte o la duda que transmiten muchos documentos privados sobre su originalidad<sup>993</sup>.

No se trata, por tanto, de un problema nuevo necesitado de soluciones originales o singulares, pues, con indiferencia de la naturaleza –tecnológica o no- de la prueba, existen garantías suficientes en el proceso para la expulsión de aquellas que estuviesen adulteradas. Todo ello, sin perjuicio de que, para los supuestos en los que no pueda probarse la falsedad de una prueba o su manipulación y, por ende, permanezcan en el proceso, los jueces cuentan con los instrumentos jurídicos que el ordenamiento les dota para valorar el conjunto probatorio con garantías de solvencia<sup>994</sup>.

En virtud de lo anterior, el debate no debe centrarlo tanto la fiabilidad de la prueba sino, más bien, los mecanismos de los dispone el juez para una correcta valoración de los hechos a la luz del acervo probatorio útil, pertinente, lícito y genuino ante él practicado<sup>995</sup>.

---

<sup>993</sup> FUENTES SORIANO, O., “La impugnación de la...”, *Op. Cit.*, p. 7 del documento de Word facilitado por la autora, quién destaca como la facilidad para fingir, crear o manipular las pruebas no tecnológicas es muy superior, con respecto a las tecnológicas, para la mayoría de los ciudadanos, profanos en cuestiones informáticas. En el mismo sentido, BUJOSA VADELL afirma como “un testigo puede mentir –por supuesto también declarando por videoconferencia- o un documento puede ser falsificado con mayor o menor cuidado”, en BUJOSA VADELL, L.M., “La valoración de la prueba electrónica”, en *Fodertics 3.0. Estudios sobre nuevas tecnologías y Justicia* (Coord. BUENO DE MATA), Comares, Granada, 2015, p. 83 y LLOPIS BENLLOCH, J.C., “Prueba electrónica y notariado”, en *La prueba electrónica. Validez y eficacia probatoria* (Coords. OLIVA LEÓN, VALERO BARCELÓ), Juristas con futuro, 2016, p. 19 sostiene que “pues tanto lo analógico como lo digital es falseable, y eso no evita o frena la práctica de pruebas sobre otros soportes no digitales. Vamos, que puede falsearse una carta manuscrita y un correo electrónico, y no por eso nos cuestionamos que las cartas manuscritas sean admisibles en juicio”. También la SAP de Madrid 583/2017, de 18 de octubre refiere que “es evidente que cualquier documento, en principio puede ser manipulado por lo que la posibilidad en relación a las conversaciones de whatsapp no es novedoso”.

<sup>994</sup> Véase el estudio dedicado a la valoración de la prueba en páginas posteriores.

<sup>995</sup> En este sentido, FUENTES SORIANO expone que “sin negar los altos niveles de acierto y razón de que parten estos profesionales [peritos informáticos] en sus argumentos informáticos, sí cabe advertir, sin

Es más, tanto en el caso de que la prueba se impugne y ésta se acredite genuina, cuanto que la prueba tecnológica no sea impugnada<sup>996</sup>, o aun cuando no sea posible concluir su falsedad, la prueba tendrá que practicarse con el conjunto de las pruebas y, posteriormente, valorarse por parte del juez enjuiciador<sup>997</sup>. Por tanto, lo relevante para las partes no es tanto advenir la fiabilidad de la prueba impugnada, sino, principalmente, acreditar en el proceso el acaecimiento de determinados hechos alegados por ellas a través de la práctica de las pruebas aportadas y, en este sentido, también es posible probar los hechos a través de cualquier otro medio probatorio<sup>998</sup>. Y ello porque, aunque en alguna ocasión la integridad o genuinidad de la prueba tecnológicas puede constituir el objeto del proceso, no ocurre así en la mayoría de los asuntos<sup>999</sup>.

Al respecto, no debe olvidarse que la valoración que realiza el juez tiene lugar en relación con los hechos alegados por las partes de modo que, en ocasiones, la veracidad o no de una prueba resulta más o menos determinante si existen otras pruebas que aseveran el mismo hecho que la prueba cuestionada. En este sentido, la doctrina recomienda la conveniencia de utilizar distintos medios probatorios cumulativamente en un mismo proceso para consolidar la estrategia defensiva y apuntalar la ulterior valoración probatoria por el Juez respecto de la información así traída al proceso<sup>1000</sup>.

---

embargo, que con tanta o más facilidad con la que cabe alterar las novedosas pruebas electrónicas, se pueden igualmente alterar tradicionales mecanismos probatorios como las testificales, periciales, documentales.... Ello, obviamente, no resta razón a su denuncia pero sí permite introducir el dato, no poco relevante, de que el ordenamiento tiene previstos mecanismo diversos de adveración y comprobación del objeto del proceso de los que se vale el Juez para valorar la prueba ante él practicada y proceder a dictar sentencia en consonancia”, en FUENTES SORIANO, O., “La impugnación de la...”, *Op. Cit.*, p. 7 del documento de Word facilitado por la autora.

<sup>996</sup> Tal y como afirma DELGADO MARTÍN, “si ninguna parte formula impugnación de la autenticidad e integridad de la prueba electrónica, el Juez tenderá a considerarla como auténtica y exacta, de tal forma que la misma deberá ser valorada en relación con el resto de las pruebas practicadas en el proceso”, vid. DELGADO MARTÍN, J., *Investigación tecnológica y prueba digital...*, *Op. Cit.*, p. 83.

<sup>997</sup> Así, la STS 558/2011, de 15 de mayo refiere que “si se demuestra la falta de autenticidad del documento carece de eficacia probatoria y si se acredita que es auténtico es plenamente idóneo para probar “per se”. Cuando no se pudiere deducir la autenticidad o no se hubiere propuesto prueba alguna, esto es, no consta que sea auténtico, pero tampoco inauténtico, el tribunal lo valorará conforme a las reglas de la sana crítica”.

<sup>998</sup> FUENTES SORIANO, O., “La impugnación de la...”, *Op. Cit.*, p. 8 del documento de Word facilitado por la autora. Téngase presente la SAP de Las Palmas de Gran Canarias 104/2015, de 7 de julio, que revoca la sentencia de instancia por insuficiencia de la prueba practicada ya que la declaración de la víctima no es persistente y los mensajes de whatsapp aportados e impugnados no son concluyentes, ya que el Tribunal considera que no se puede descartar una posible manipulación de los mismos.

<sup>999</sup> Así, por ejemplo, una conversación de *WhatsApp* o un video aportado al proceso, pueden dar prueba de unas amenazas, unas injurias, unas agresiones, que constituyen el objeto del proceso, vid. FUENTES SORIANO, O., “La impugnación de la...”, *Op. Cit.*, p. 8 del documento de Word facilitado por la autora.

<sup>1000</sup> DELGADO MARTÍN, “La prueba...”, *op., cit.*, p. 5; FUENTES SORIANO, O., “La impugnación de la...”, *Op. Cit.*, p. 4 del documento de Word facilitado por la autora. Un ejemplo lo constituye la SAP de Zaragoza 172/2016, de 31 de mayo, en la que compara, a la petición del apelante, dos sentencias dictadas por la misma Magistrada del mismo juzgado que enjuician hechos parecidos y en las que han sido aportados pantallazos y, como, el Juzgado de instancia no da eficacia a estos documentos en un caso porque “no han

Sin embargo, como se ha dicho, resulta habitual que la aportación de una prueba electrónica vaya sucedida, casi de forma automática, por la actitud impugnatoria de contrario<sup>1001</sup>. Estas alegaciones sobre la genuidad de la prueba presentada por la contraparte desplaza la carga de probar su veracidad hacia la parte que quiere hacerla valer, para que practique algún medio de prueba instrumental que venga a confirmar su autenticidad. El mencionado desplazamiento de la carga de probar -a través de otros medios probatorios- la veracidad de una prueba tecnológica hacia la parte que la ha aportado requiere, en muchos supuestos, de importantes costes económicos y temporales que encarecen y dilatan el proceso. La citada circunstancia, se suma a que, como se verá, no en pocas ocasiones la importancia de la prueba tecnológica es tan menor con respecto al conjunto del acervo probatorio que la acreditación de su genuidad no resulta conveniente desde un punto de vista económico.

En virtud de lo expuesto parece idóneo que esta labor de adverbación de la prueba impugnada venga precedida de dudas serias de la contraparte sobre la autenticidad o integridad de la misma que evite que se convierta en una fase automática del proceso, tal y como se va a desarrollar en las páginas sucesivas.

### **1.1. Admisibilidad y requisito de la impugnación: principio de prueba**

En puridad no existen requisitos para admitir la impugnación que una parte realice de la prueba aportada de contrario, más allá de los ya mencionados requisitos de admisibilidad de la prueba misma de pertinencia, utilidad y licitud<sup>1002</sup>. Ello no obstante, comienza a dibujarse una corriente que aboga por exigir que las alegaciones impugnatorias de la autenticidad e integridad de la prueba tecnológica y, consecuentemente, de su valor probatorio, estén acompañadas de razonamientos lógicos, creíbles y serios para iniciar el

---

sido cotejados por la secretaria o notario” y, en el otro asunto, “los wasap aportados son examinados por el letrado de la Administración de Justicia en el teléfono del denunciante y entonces la juzgadora a la vista de lo informado por éste, los considera auténticos y procedentes del teléfono del acusado”.

<sup>1001</sup> FUENTES SORIANO, O., “La impugnación de la...”, *Op. Cit.*, p. 5 del documento de Word facilitado por la autora.

<sup>1002</sup> ARBÓS I LLOBET denuncia que la simplicidad del mecanismo de impugnación puede conducir a la “la practica perversa” de reducir esta práctica a una “cláusula de estilo” que dejaría sin sentido la propia finalidad de la misma, vid. ARBÓS I LLOBET, R., “Impugnación de documento privado”, en *La prueba documental* (Dir. ABEL LLUCH, PICÓ I JUNOY; Coord. GINÉS CASTELLET), Colección de Formación Continua Facultad de Derecho Esade. Serie Estudios Prácticos sobre los Medios de Prueba, BOSCH, 2010, p. 511.

proceso de su acreditación<sup>1003</sup>.

Como se verá, el procedimiento impugnatorio desplaza la carga de probar la genuinidad de la prueba cuestionada hacia quién quiere hacerla valer y las extraordinarias consecuencias que derivan de poner en marcha todo el sistema de traslación de la carga probatoria es uno de los motivos alegados para plantear que el cuestionamiento de la integridad de la prueba no sea infundado<sup>1004</sup>. En este sentido, FUENTES SORIANO propone, acertadamente, exigir al impugnante un “principio de prueba” como requisito mínimo previo a la oposición de una prueba tecnológica por considerarla inauténtica o manipulada, lo que obligaría al Juez a realizar un examen sobre si las alegaciones con las que la parte impugna la prueba están fundamentadas en argumentos serios, claros y exhaustivos<sup>1005</sup>.

---

<sup>1003</sup> FUENTES SORIANO, O., “Las comunicaciones telemáticas...”, *Op. Cit.*, p. 293; FUENTES SORIANO, O., “La intervención de las comunicaciones tecnológicas...”, *Op. Cit.*, p. 281; FUENTES SORIANO, O., “La impugnación de la...”, *Op. Cit.*, p. 6 del documento de Word facilitado por la autora; SANJURJO RÍOS, E.I., “Las conversaciones de WhatsApp como objeto...”, *Op. Cit.*, p. 524. En el mismo sentido, ARBÓS I LLOBET expone que “debería evitarse la admisión de impugnaciones de carácter genérico, siendo conveniente la realización de una manifestación expresa que contenga una base mínimamente razonable para suscitar la duda en relación a la autenticidad” y añade que esta impugnación “debería ser suficientemente clara como para poder establecer, a partir de ella, qué mecanismo de prueba puede resultar más adecuado para poder concluir la certeza o no de la misma”, vid. ARBÓS I LLOBET, R., “Impugnación de documento privado”, *Op. Cit.*, p. 511. También refiere la necesidad de aportar un principio de prueba que apoye a las manifestaciones que duden de las condiciones de autenticidad o de exactitud de la prueba BETRÁN PARDO, A.I., “Las contenidos de WhatsApp como medio probatorio en el ámbito de las diligencias urgentes por delitos de violencia contra la mujer. Cuestiones en torno a su impugnación y a la práctica de la prueba pericial a la que se refiere la STS 300/2015, de 19 de mayo”, publicado en *Noticias Jurídicas*, vid. <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/10533-las-contenidos-de-whatsapp-como-medio-probatorio-en-el-ambito-de-las-diligencias-urgente/> (última consulta el 14/3/2018), que aboga por que las alegaciones de la impugnación sean serias, claras y exhaustivas y cita la SAP de Vizcaya 90308/2014, de 24 de julio, que afirma que “la mera protesta de que el WhatsApp es manipulable y de que las conversaciones pudieron ser mantenidas por el anterior titular, es manifiestamente insuficiente para alterar la valoración probatoria en el sentido interesado en el recurso. Todo apunta a la autoría de la receptación por el acusado, ya que los objetos sus traídos aparecen en su teléfono que él dice adquirido de segunda mano, sin dar ningún dato sobre a quién, persona desconocida que además habría resultado ser el autor de los mensajes de *WhatsApp*. En opinión del Tribunal, esta versión no tiene el relieve necesario ni la credibilidad mínima para representar una hipótesis alternativa razonable a la que la sentencia ha elevado a categoría de hechos probados en la sentencia sobre la base de la prueba practicada en el juicio oral”.

<sup>1004</sup> FUENTES SORIANO, O., “La impugnación de la...”, *Op. Cit.*, p. 5 del documento de Word facilitado por la autora. Un ejemplo de los efectos del desplazamiento de la carga probatoria se aprecia en la SAP de Las Palmas de Gran Canaria 26/2016, de 2 de febrero, que revoca la sentencia apelada basándose en que habiendo impugnado el recurrente el *WhatsApp* en el que se basaba la denuncia, le correspondía a la denunciante acreditar que el mismo ha existido realmente y que no se ha manipulado (“le correspondía a la denunciante acreditar el verdadero origen de la comunicación, la identidad de los interlocutores y la integridad de su contenido y en este caso, no ha sido así”).

<sup>1005</sup> FUENTES SORIANO, O., “La impugnación de la...”, *Op. Cit.*, p. 6 del documento de Word facilitado por la autora, propone que la alegación impugnatoria se acompañe de cierta justificación que pueda dotarla de una mínima verosimilitud e, incluso, de la proposición de algún mecanismo probatorio que, de practicarse, pueda arrojar como resultado la aseveración de la impugnación presentada y con ello una influencia decisiva en la resolución final del litigio. En este sentido, la autora dispone como ejemplos de indicios que puedan legitimar la impugnación de una prueba tecnológica: el móvil que formó parte del proceso comunicador,

Existe otra razón que apoya la conveniencia de exigir al impugnante que sus alegaciones sobre la negación de la autenticidad o integridad de una prueba de contrario venga acompañada de un principio de prueba y que, precisamente, refuerza sus alegaciones. Este motivo es el posibilitar a la parte impugnante introducir elementos de duda sobre la autenticidad e integridad de la prueba aportada de opuesto que se adicione al acervo probatorio y contribuyan a desacreditar la prueba impugnada. Nótese que la parte que, con evidente mala fe, haya aportado una prueba falsa no hará por acreditar su autenticidad suficientemente cuando ésta sea impugnada, pese a que recae sobre esta parte la carga de la prueba<sup>1006</sup>. En estos supuestos, el principio de prueba del impugnante puede contribuir como elemento valorativo al enjuiciamiento de la prueba impugnada.

Piénsese, por ejemplo, en que una parte aporta un correo electrónico, que es impugnado por la contraparte, y que, en el proceso de la acreditación de su genuidad, no es averado por quién lo aportó. En este supuesto, la prueba será valorada de acuerdo con las reglas de la sana crítica (reglas de lógica común, como se verá), sin que se haya podido acreditar su falsedad formal. Si, en este caso, se le exige al impugnante que razone sus alegaciones sobre la falsedad de la prueba, concurren más elementos en para la comprobación de la autenticidad de la prueba, además de la prueba instrumental que practique –o no- la parte que aportó la prueba impugnada.

Así, esta propuesta de incorporar fundamentos serios sobre la posible falsedad de la prueba de adverso –un principio de prueba- a las alegaciones impugnatorias, sirven al Juez para dudar de la ausencia de autenticidad o integridad para el caso de que, tras la impugnación y posterior proceso probatorio para su acreditación, la falsedad o veracidad de la prueba tecnológica no sea concluyente.

Parece, por tanto, aconsejable que la impugnación sobre la genuidad de una prueba tecnológica no se reduzca a meros enunciados vacíos de justificación -un trámite burocrático sistemático<sup>1007</sup>- si no, que, más bien al contrario, venga acompañada de lo que podría denominarse “principio de prueba” como requisito de admisibilidad.

---

unas claves de acceso para facilitar el rastreo, el disco duro en el que se contiene el E-mail aportado, etc. En el mismo sentido, DELGADO MARTÍN, J., “La prueba del Whatsapp”, *Op. Cit.*, p. 9.

<sup>1006</sup> ARBÓS I LLOBET, R., “Impugnación de documento privado”, *Op. Cit.*, p. 513.

<sup>1007</sup> ARBÓS I LLOBET, R., “Impugnación de documento privado”, *Op. Cit.*, p. 511 señala que la admisión de impugnaciones de carácter genérico, sin una base mínimamente razonable para suscitar la duda en relación a la prueba, crearía un trámite burocrático sistemático que dejaría sin sentido la propia finalidad de la misma.

El principio de prueba es utilizado fundamentalmente en el proceso civil<sup>1008</sup>, ámbito en el que ha sido definido jurisprudencialmente como “referencias concretas a medios de prueba a rectificar, que contribuyan a conferir al sustento fáctico de la petición, credibilidad y verosimilitud”, esto es, que “basta con que (...) conste la oferta de practicar determinadas pruebas en el momento adecuado y de este modo llevar a cabo un control de la razonabilidad”<sup>1009</sup>. Así, la jurisprudencia civil considera que el principio de prueba puede concretarse en una oferta de practicar determinadas pruebas en el momento adecuado que permita realizar un control de la razonabilidad de dicha demanda, “sin prejuzgar en ningún caso lo que constituya el fondo del pleito y sin que ello vincule después al Juez que resuelva sobre dicho fondo litigioso”<sup>1010</sup>. En este sentido, el TS refiere el principio de prueba como “la oferta de practicar determinadas pruebas en el momento adecuado y de este modo llevar a cabo un control de la razonabilidad”<sup>1011</sup> y que, por tanto, “ha de hacerse una interpretación espiritualizada, en el sentido de que basta con que en la demanda conste la oferta de practicar determinadas pruebas en el momento adecuado y, de este modo, pueda llevarse a cabo un control de la razonabilidad de dicha demanda, pues el requisito procesal de dicho precepto constituye un complemento tendente a procurar la seriedad de la demanda, pero nunca puede dar lugar a una restricción, ni a un obstáculo”<sup>1012</sup>.

---

<sup>1008</sup> En nuestro ordenamiento exigen principio de prueba en supuestos tales como exigencia previa para recusar a Jueces y Magistrados (vid. artículo 107 LEC), como acompañamiento a la acción por infracción de un derecho de propiedad industrial o de un derecho de propiedad intelectual cometida mediante actos desarrollados a escala comercial (vid. artículos 256.1.8º y 328 LEC), como documento del título que acompaña a la demanda de retracto (vid. artículo 266 LEC), como fundamento de la pretensión de la demanda de tercería de dominio (vid. artículos 595 y 596 LEC) y de la tercería de mejor derecho (vid. artículo 614 LEC), como exigencia para observar las alegaciones de una demanda sobre determinación o impugnación de la filiación (vid. artículo 767 LEC) y como documento que permite la admisión de la petición del procedimiento monitorio (vid. artículo 815 LEC).

<sup>1009</sup> La STS de 3 de diciembre de 1991 indica que, pese a que un sector doctrinal entiende el principio de prueba como verdadera prueba, debe realizarse una interpretación “espiritualizada” de la misma.

<sup>1010</sup> Vid. STS 31 de mayo de 1984. La jurisprudencia menor define el principio de prueba como “un concepto jurídico indeterminado que debe entenderse referido a un conjunto de evidencias que permitan, al menos, considerar indiciaria y preliminarmente la existencia de dudas razonables al respecto (de la filiación) y que ofrezcan base a la controversia judicial incoada por medio del ejercicio de las oportunas acciones”, vid. SAP Cádiz 48/2018, de 7 de febrero; o “base suficiente para entender justificada “prima facie”, los hechos en que se funde, lo que supone la imposición de un cierto “fumus boni iuris” que confiera a la demanda la apariencia de probable verosimilitud, esto es, ha de suponer una razonable y mínima justificación”, vid. SAP Alicante 1/2015, de 7 de enero; “un indicio más” que pudiera suscitar alguna duda, vid. SAP Palma de Mallorca 18/2018, de 31 de enero; si bien la SJM 793/2017, de 22 de noviembre matiza que pese a que el principio de prueba debe ser suficiente para permitir inferir un cierto grado de veracidad, “esta apariencia de buen derecho no implica que se prejuzgue el procedimiento ni que se anticipe el fallo”.

<sup>1011</sup> Vid. la STS de 28 de mayo de 1994.

<sup>1012</sup> Vid. la STS 618/2002, de 13 de junio.

También en el proceso laboral se hace referencia al principio de prueba, especialmente como requisito para interponer demanda por vulneración de derechos fundamentales y, en este sentido, la jurisprudencia constitucional refiere el principio de prueba como “prueba verosímil dirigido a poner de manifiesto lo que se denuncia”, un indicio que “debe permitir deducir la posibilidad de la lesión [de un precepto constitucional] con base en un hecho o conjunto de hechos aportados y probados en el proceso”, “un hecho o conjunto de hechos que permita deducir la posibilidad de la lesión”, “un indicio razonable”, que “no consiste en la mera alegación de la vulneración constitucional, sino que debe permitir deducir la posibilidad de que aquella se haya producido”<sup>1013</sup>. El TS también ha definido el principio de prueba en este orden jurisprudencial como “todo elemento que, sin servir para formar de una manera plena la convicción del Juez sobre la existencia de determinados hechos, induzcan sin embargo a una creencia racional de su certeza”<sup>1014</sup>.

También la jurisprudencia ha señalado en alguna ocasión la necesidad de que la impugnación de los informes periciales policiales venga especialmente motivada y, en este sentido, el TS ha señalado que el impugnante debe aclarar los extremos de su oposición a este tipo de periciales y las razones de la impugnación con expresa mención de los contenidos concretos con los que discrepa y proponga la comparecencia de los peritos u otros<sup>1015</sup>.

En el contexto de la negación de la autenticidad e integridad de una prueba aportada de contrario, el principio de prueba alude a la necesidad de que concurra algún elemento externo, indicio o argumento que haga mínimamente creíble la impugnación<sup>1016</sup>, sin llegar al extremo de exigir a la parte impugnante prueba cierta<sup>1017</sup>. Así, no se trata de que la parte

---

<sup>1013</sup> Vid. SSTC 114/1989, de 22 de junio; 87/1998, de 21 de abril; 293/1993, de 18 de octubre; 85/1995, de 6 de junio; 87/1998, de 21 de abril; 140/1999, de 22 de julio; 29/2000, de 31 de enero; 207/2001, de 22 de octubre; 214/2001, de 29 de octubre; 14/2002, de 28 de enero; 29/2002, de 11 de febrero; 30/2002, de 11 de febrero; 17/2003, de 30 de enero; 98/2003, de 2 de junio; 17/2005, de 1 de febrero; 342/2006, de 11 de diciembre; 17/2007, de 12 de febrero; 183/2007, de 10 de septiembre; 74/2008, de 23 de junio; 92/2008, de 21 de julio; 2/2009, de 12 de enero; 75/2010, de 19 de octubre; 33/2011, de 28 de marzo; 104/2014, de 23 de junio; 140/2014, de 11 de septiembre; 183/2015, de 10 de septiembre.

<sup>1014</sup> Vid. STS 1072/1979, de 9 de junio.

<sup>1015</sup> Vid. STS 861/2013, de 19 de noviembre y Auto del TS 1373/2016, de 29 de septiembre.

<sup>1016</sup> En este sentido, DELGADO MARTÍN señala que para que exista una impugnación con suficiente seriedad pueden tenerse en cuenta varios elementos como “la existencia de razones en las que se fundamente la concreta impugnación (...) así como el propio contenido de las mencionadas razones” o “la propia diligencia de la parte impugnante al proponer medios probatorios que puedan menoscabar la integridad y/o autenticidad de la prueba digital propuesta de contrario”, vid. DELGADO MARTÍN, J., *Investigación tecnológica y prueba digital...*, *Op. Cit.*, pp. 85-86.

<sup>1017</sup> FUENTES SORIANO, O., “La impugnación de la...”, *Op. Cit.*, p. 6 del documento de Word facilitado por la autora. Así, FUENTES SORIANO se pregunta si “cabría plantearse si el mero cuestionamiento

aporte y practique verdadera prueba que acredite la falsedad o la manipulación de la prueba que impugna, sino que sostenga argumentos sólidos que pongan en duda la autenticidad o integridad de la prueba impugnada<sup>1018</sup>.

Así, la jurisprudencia descarta las tesis impugnatorias que resultan del todo rocambolescas y ausente de más justificación que las únicas afirmaciones del impugnante<sup>1019</sup> y defiende la necesidad de que la impugnación no se reduzca a alegaciones vacías de argumentos, si bien sin hacer referencia expresa a exigir un “principio de prueba”<sup>1020</sup>.

Así, para el caso en el que una parte aporte un correo electrónico (o un *WhatsApp*) a través de su impresión, como documento privado, en el que conste un hecho que quiera aportar al proceso (unas amenazas, la confirmación de la celebración de un contrato, revelación de secretos profesionales,...) y la contraparte niegue su veracidad, la carga de probar su autenticidad recae sobre la primera. Muchas veces, la acreditación de la veracidad de la prueba aportada se torna una tarea harto complicada si la impugnación se ha reducido a una negación sin más, que no especifica motivos por los que la parte contraria se opone a la prueba aportada. Y las consecuencias de la impugnación también se trasladan al

---

infundado respecto de la integridad de la comunicación aportada puede ser suficiente como para poner en marcha todo el sistema de probatorio de traslación de la carga de dicha complicada prueba”, en FUENTES SORIANO, O., “La impugnación de la...”, *Op. Cit.*, p. 5 del documento de Word facilitado por la autora. De la misma opinión, SANJURJO RÍOS, E.I., “Las conversaciones de WhatsApp como objeto de investigación...”, *Op. Cit.*, p. 524.

<sup>1018</sup> FUENTES SORIANO, O., “La impugnación de la...”, *Op. Cit.*, p. 6 del documento de Word facilitado por la autora, indica que “puede constituir un principio de prueba la proposición de algún mecanismo probatorio que, de practicarse, pueda arrojar como resultado la aseveración de la impugnación presentada y con ello una influencia decisiva en la resolución final del litigio”.

<sup>1019</sup> Una buena muestra de que las alegaciones impugnatorias deben ser serias es la SAP de Málaga 17/2016, de 18 de enero, que expone que “la tesis insinuada por la defensa de que tales mensajes (impugnados) fueron remitidos por la propia víctima a su propio correo electrónico desde el ordenador del acusado debe ser descartada pues carece de fundamento y prueba, e implicaría que la denunciante, en una de las visitas a la casa de su entonces pareja, accedió al ordenador del acusado con las claves de seguridad de este y desde dicho ordenador se remitió los mensajes amenazantes, tesis conspiradora de la que no existe sustento o indicio razonable alguno”.

<sup>1020</sup> Sirva de ejemplo la STS 1409/2014, de 21 de mayo, que expone que “la defensa en el trámite de cuestiones previas impugnó las grabaciones en tanto las mismas no fueran objeto de ratificación y reproducción; alegación que no constituye una impugnación formal. No se apunta dato alguno que pueda servir de indicio de una supuesta alteración de la cinta incorporada a autos”; o la SAP de Madrid 583/2017, de 18 de octubre, cuando indica que “nada ha dicho el acusado que nos pueda llevar a considerar que los *WhatsApp* aportados por la denunciante no los hayan enviado él o tengan un contenido diferente al que consta en las actuaciones. Es más ninguna prueba pericial ha solicitado para acreditar la manipulación de los mismos, o los ha impugnado una vez que tuvo conocimiento de ellos para que la acusación pudiera aportar prueba de su autenticidad. Es decir se ha impugnado la prueba documental sin que conste que tacha se hace a la misma sólo se dice que no se ha producido un cotejo por prueba pericial mediante remisión de oficio a la operadora, pero nada se alega sobre su contenido que le prive de validez. Sobre todo cuando la defensa del acusado a lo largo de las actuaciones ha pivotado sobre dicha prueba ya que considera que se está ante un supuesto de riña mutua. (...) En este caso ya hemos dicho que no se ha impugnado la autenticidad de las conversaciones al limitarse la parte a decir que no se ha practicado prueba pericial”.



campo valorativo, ya que un documento privado no impugnado es prueba tasada, y no así el documento impugnado, de forma tal que la impugnación se tornará automática. La impugnación acompañada de un principio de prueba (esto es, de argumentos que doten de entidad la impugnación, como pueda ser, por ejemplo, ofrecer el terminal propio para que el juez o tribunal pueda comprobar la inexactitud de los mensajes impugnados en ambos terminales, indicar que ese no es el número correcto de móvil, señalar que, en la fecha de envío de esos mensajes, el terminal móvil no se pudo utilizar porque el emisor estaba en su puesto de trabajo desprovisto del mismo, advertir que la redacción de esos mensajes no es la propia de quién se dice que los ha remitido, etc.) se traduce en garantizar que concurren motivos para iniciar el proceso impugnatorio.

En la misma línea se pronuncia también el *Dictamen n° 1/2016 de la unidad de Criminalidad Informática de la Fiscalía General del Estado sobre la valoración de las evidencias en soporte papel o en soporte electrónico aportadas al proceso penal como medio de prueba de comunicaciones electrónicas*, que señala que las consecuencias de la impugnación de la evidencia aportada y, en particular el desplazamiento de la carga de la prueba, vendrá determinado necesariamente por la propia razonabilidad y seriedad del planteamiento impugnatorio mismo, lo que habrá de valorarse en cada asunto en particular<sup>1021</sup>.

Y esta idea igualmente se desprende, si bien de manera tangencial, de la conocida STS 300/2015, de 19 de mayo, cuando sostiene que en el caso enjuiciado –unos abusos sexuales a una menor que son relatados por la víctima a un amigo a través de un programa de comunicación bidireccional- no existían circunstancias que apoyasen la tesis impugnatoria de la prueba tecnológica –la conversación telemática, que es aportada al proceso a través de fotografías de la pantalla del teléfono móvil de la víctima-. Más bien al contrario, el Tribunal argumenta que las demás pruebas practicadas y que los criterios de facilidad y disponibilidad probatoria (la parte que aportó la prueba impugnada también facilitó los datos de acceso a la red social a través de la cual se produjo la conversación aportada a través de los pantallazos) permiten excluir cualquier duda sobre la posible manipulación de los archivos digitales<sup>1022</sup>.

---

<sup>1021</sup> Vid. p. 3 del *Dictamen n° 1/2016 de la unidad de Criminalidad Informática de la Fiscalía General del Estado sobre la valoración de las evidencias en soporte papel o en soporte electrónico aportadas al proceso penal como medio de prueba de comunicaciones electrónicas*.

<sup>1022</sup> La STS 300/2015, de 19 de mayo refiere que “respecto a la queja sobre la falta de autenticidad del diálogo mantenido por Ana María con Constancio a través del *Tuenti*, la Sala quiere puntualizar una idea básica. Y es que la prueba de una comunicación bidireccional mediante cualquiera de los múltiples sistemas

En este sentido, por un lado, la propuesta de exigir un principio de prueba para la impugnación de la autenticidad de la prueba se articula como una garantía para la parte que la aportó, en tanto en cuanto no recae sobre ella una carga procesal tan relevante a partir de un trámite –la impugnación– que, por sencillo y ausente de perjuicios para la contraparte, se torna automático. La instauración del principio de prueba como requisito de admisibilidad de la impugnación de la prueba tecnológica, por tanto, evitaría que la comprobación de su autenticidad e integridad se convierta en una fase más del proceso automática en todos los asuntos en los que ésta se aporte<sup>1023</sup>. Y, por otro, el principio de prueba permite al impugnante introducir razonamientos sobre la falsedad de la prueba

---

de mensajería instantánea debe ser abordada con todas las cautelas. La posibilidad de una manipulación de los archivos digitales mediante los que se materializa ese intercambio de ideas, forma parte de la realidad de las cosas. El anonimato que autorizan tales sistemas y la libre creación de cuentas con una identidad fingida, hacen perfectamente posible aparentar una comunicación en la que un único usuario se relaciona consigo mismo. De ahí que la impugnación de la autenticidad de cualquiera de esas conversaciones, cuando son aportadas a la causa mediante archivos de impresión, desplaza la carga de la prueba hacia quien pretende aprovechar su idoneidad probatoria. Será indispensable en tal caso la práctica de una prueba pericial que identifique el verdadero origen de esa comunicación, la identidad de los interlocutores y, en fin, la integridad de su contenido. Pues bien, en el presente caso, dos razones son las que excluyen cualquier duda. La primera, el hecho de que fuera la propia víctima la que pusiera a disposición del Juez de instrucción su contraseña de Tuenti con el fin de que, si esa conversación llegara a ser cuestionada, pudiera asegurarse su autenticidad mediante el correspondiente informe pericial. La segunda, el hecho de que el interlocutor con el que se relacionaba Ana María fuera propuesto como testigo y acudiera al plenario. Allí pudo ser interrogado por las acusaciones y defensas acerca del contexto y los términos en que la víctima -Ana María- y el testigo -Constancio- mantuvieron aquel diálogo. Con toda claridad lo explican los Jueces de instancia en el FJ 2º de la resolución combatida: “...respecto de la conversación de Tuenti cuya impresión fue aportada por la Acusación Particular, porque las dos personas que la mantuvieron, Ana María y su amigo Constancio, en el plenario han manifestado que efectivamente mantuvieron esa conversación y en esos términos, sin que ninguno de los dos hiciera referencia a que se hubiera producido ninguna manipulación en la impresión de dicha conversación, que consta no solamente aportada por la Acusación Particular en los folios 178 a 190 sino también en las fotografías que del teléfono móvil de la menor adjuntó la Guardia Civil (folios 199 y siguientes), ya que según consta en el oficio, Ana María accedió en su presencia a su cuenta de Tuenti a través de un ordenador, pero el historial solo permitía retroceder hasta el 26 de Octubre de 2013, por lo que únicamente pudieron visualizarlo a través de la aplicación de Tuenti para teléfonos móviles, haciendo los agentes fotografías de las pantallas correspondientes a la conversación, que coinciden exactamente con las hojas impresas que fueron aportadas por la Acusación Particular. Precisamente, en el escrito con el que se adjuntaban estas impresiones, la Acusación Particular facilitó las claves personales de Ana María en Tuenti y solicitaba que, si había alguna duda técnica o probatoria, que se oficiara a “Tuenti España”, indicando su dirección, para que se certificara el contenido de esa conversación, sin que la Defensa haya hecho petición alguna al respecto. Teniendo en cuenta que tanto Ana María como Constancio han reconocido el contenido de la conversación que se ha facilitado tanto por la Acusación Particular como por la Guardia Civil, no puede estimarse la impugnación de la Defensa, quedando dicha documental dentro del acervo probatorio para su valoración con el conjunto de las restantes pruebas que han sido practicadas”. En suma, ninguna quiebra de los derechos a la tutela judicial efectiva o el derecho a la presunción de inocencia detecta la Sala. El Tribunal de instancia, con un esfuerzo argumental encomiable, sistematiza los elementos de cargo que militan, con absoluta suficiencia, para respaldar la versión de la víctima y aborda para neutralizar su significado los argumentos de descargo hechos valer por la defensa”.

<sup>1023</sup> En este sentido, FUENTES SORIANO afirma que “por la facilidad con la que –según se sostiene– es posible adular la integridad de una comunicación electrónica, su impugnación se está convirtiendo en un ejercicio automático de aquella contraparte cuyos argumentos probatorios se ven amenazados con una prueba de similares características”, FUENTES SORIANO, O., “La impugnación de la...”, *Op. Cit.*, p. 5 del documento de Word facilitado por la autora.

impugnada en el debate contradictorio que, para el caso de que la prueba sea practicada, servirán a la valoración judicial del acervo probatorio.

Surge, así, la necesidad de que la impugnación sobre la autenticidad de una prueba venga acompañada de un principio de prueba que, por una parte, impida que la impugnación se convierta en un trámite mecánico y, por otra, posibilite al impugnante aportar indicios que justifiquen la falsedad alegada.

Cabe entender, pues, exigible una cierta justificación de la impugnación de una prueba tecnológica que le dote de una mínima apariencia de verosimilitud que condicione su admisión. Por consiguiente, resulta necesario que se prevea normativamente que el impugnante aporte un principio de prueba que acredite que existen disfunciones entre la prueba aportada de contrario y la realidad<sup>1024</sup>.

## **1.2. Consecuencias de la impugnación**

Al margen del procedimiento de impugnación, cuestión ésta a la que se hará referencia más adelante, conviene reflexionar sobre los dos efectos principales que se derivan en todos los supuestos, como son el desplazamiento de la carga de la prueba y la utilización de medios de prueba instrumentales que acrediten la genuinidad de la prueba impugnada, a los que se dedicarán las siguientes páginas.

### **1.2.1. Desplazamiento de la carga de la prueba**

Como se ha adelantado con anterioridad, la impugnación de una prueba tecnológica produce un desplazamiento de la carga de probar su veracidad hacia la parte que la aportó. La carga de la prueba u *onus probandi*, pese a su denominación, no debe entenderse como una obligación, sino, más bien, como una regla de conducta para las partes (además de

---

<sup>1024</sup> ARBÓS I LLOBET señala que “no dejaría de ser razonable permitir al litigante que alega la falta de autenticidad la aportación o proposición de prueba en acreditación de su posicionamiento” y propone que “a pesar del silencio de la ley, los medios de prueba a disposición del impugnante deberían ser los mismos de que pueda servirse su oponente”, ARBÓS I LLOBET, R., “Impugnación de documento privado”, *Op. Cit.*, p. 512.

una regla de juicio para el juez<sup>1025</sup>) que, lejos de tener como reflejo una sanción jurídica, se traduce en la pérdida de una posibilidad procesal para las mismas<sup>1026</sup>.

Este desplazamiento de la carga de la prueba se produce hacia cualquiera de las partes – acusador o defensa- independientemente de la posición procesal –activa o pasiva- que ocupen en el proceso. En este sentido, no puede alegarse el derecho a la presunción de inocencia por el acusado para evitar su obligación de fundamentar la verosimilitud de la prueba aportada<sup>1027</sup>. Es decir, no se trata de probar la inocencia o culpabilidad del acusado, que es aquello que protege el derecho a la presunción de inocencia, sino de exigir al acusado que, si tiene que valerse de una prueba cuya integridad ha sido puesta en duda, dé muestras de su fiabilidad. Así, el derecho fundamental a la presunción de inocencia del acusado que rige en el proceso penal le exime de probar que no ha cometido los hechos que se le imputan<sup>1028</sup>, pero no le dispensa de practicar la prueba instrumental frente a la impugnación de contrario de los elementos negativos del delito.

Es decir, si la acusación aporta una prueba tecnológica cuya autenticidad e integridad es impugnada por la defensa, la parte que desea hacerla valer -entiéndase, la acusación- deberá aportar prueba instrumental que acredite la no manipulación de la fuente original. Y lo mismo sucede si la prueba tecnológica impugnada es aportada por el acusado para acreditar la concurrencia de alguna circunstancia eximente o atenuante de responsabilidad, o para sostener una tesis distinta a la de la acusación, que también recae sobre él la carga de probar su autenticidad e integridad.

En todo caso, el desplazamiento de la carga probatoria que produce la impugnación de una prueba tecnológica hace recaer sobre la contraparte –independientemente de que sea,

---

<sup>1025</sup> La carga de la prueba puede entenderse como regla de conducta para las partes o como una regla de juicio para el juez, según se atienda a su sentido formal o material, respectivamente, vid. ABEL LLUCH, X., *Derecho probatorio*, *Op. Cit.*, p. 363.

<sup>1026</sup> Vid. FERNÁNDEZ LÓPEZ, M., *La carga de la prueba en la práctica judicial civil*, *Op. Cit.*, pp. 46-47, quién afirma que, en último término, la carga de la prueba se traduce en la pérdida de posibilidades respecto de la obtención de una sentencia favorable. En el mismo sentido, el TS hace referencia a la doctrina alemana afirmando que “el problema de la carga de la prueba es el problema de la falta de prueba”, véanse las SSTs 98/2015, de 27 de febrero; 222/2013, de 21 de marzo; 637/2010, de 13 de octubre; 79/2009, de 4 de febrero; 79/2009, de 4 de febrero; 187/2008, de 28 de febrero; 1151/2006, de 14 de noviembre; 438/2004, de 27 de mayo; 383/2004, de 17 de mayo; 1059/2003, de 12 de noviembre; 432/2003, de 30 de abril; 82/2001, de 31 de enero; 984/2000, de 14 de noviembre.

<sup>1027</sup> BARRENECHEA CORREA, G., “La carga de la prueba: inversión...”, *Op. Cit.*, p. 83.

<sup>1028</sup> En otras palabras, en el proceso penal la inocencia del acusado se presume cierta y, por tanto, no le pueden imponer la carga de probarla, vid. BARRENECHEA CORREA, G., “La carga de la prueba: inversión (supuestos) y excepciones”, *Economist & Jurist*, Vol. 21, nº173, 2013, p. 82. Vid. también las SSTC 31/1981, de 28 de julio; 107/1983, de 29 de noviembre; 124/1983, de 21 de diciembre; 17/1984, de 7 de febrero; 303/1993, de 25 de octubre. En otras palabras, en el proceso penal la inocencia del acusado se presume cierta y, por tanto, no le pueden imponer la carga de probarla

como se ha sostenido, la acusación o la defensa- una carga procesal significativa para acreditar la autenticidad de una prueba ya aportada y practicada.

El fundamento del desplazamiento de la carga de la prueba cobra sentido en tanto en cuanto el impugnante no puede siempre probar la falsedad de la prueba aportada de contrario<sup>1029</sup> y, por consiguiente, quien aportó la prueba responderá a las alegaciones impugnatorias.

Además, así ha sido establecido jurisprudencialmente con respecto a la prueba tecnológica desde la publicación de la conocida STS 300/2015, de 19 de mayo, que indica que la impugnación de la autenticidad de una comunicación telemática realizada a través de un sistema de mensajería instantánea aportada a la causa mediante archivos de impresión, desplaza la carga de la prueba hacia quien pretende aprovechar su idoneidad<sup>1030</sup>. Este pronunciamiento jurisprudencial fue la primera resolución del TS sobre la autenticidad e integridad de la prueba tecnológica y, a este respecto, tal postura ha sido asumida por parte de la doctrina<sup>1031</sup>.

La carga de la prueba es, además, una regla de juicio para que el juez o tribunal determine el sentido de su resolución ante supuestos de incerteza. En este sentido, la carga de la prueba resulta una exigencia de conducta para las partes que sirve como criterio orientador al juez en su valoración. Ello no obstante, como se verá, la LEC contempla unas reglas que permiten adaptar la aplicación de las pautas generales de la carga de la prueba a las circunstancias concretas del caso en función de la disponibilidad y la facilidad de prueba de alguna de las partes.

---

<sup>1029</sup> FUENTES SORIANO, O., “Las comunicaciones telemáticas...”, *Op. Cit.*, p. 294.

<sup>1030</sup> La STS 300/2015, de 19 de mayo justifica esta exigencia en la posibilidad de una manipulación, en el anonimato que autorizan tales sistemas y en la libre creación de cuentas con una identidad fingida que hacen perfectamente posible aparentar una comunicación en la que un único usuario se relaciona consigo mismo de estos archivos digitales. En los mismos términos se expresa el TS en su posterior sentencia 754/2015, de 27 de noviembre y, en instancias inferiores, la SAP de Las Palmas de Gran Canarias 26/2016, de 2 de febrero.

<sup>1031</sup> FUENTES SORIANO, O., “Las comunicaciones telemáticas...”, *Op. Cit.*, p. 290; BUENO DE MATA, F., “La validez de los pantallazos como prueba electrónica...”, *Op. Cit.*, p. 4; FUENTES SORIANO, O., “El valor probatorio de los correos...”, *Op. Cit.*, p. 201; SANJURJO RÍOS, E.I., “Las conversaciones de WhatsApp como...”, *Op. Cit.*, p. 525; FUENTES SORIANO, O., “La impugnación de la...”, *Op. Cit.*, p. 5 del documento de Word facilitado por la autora; ARMENTA DEU, T., “Regulación legal y valoración probatoria de fuentes de prueba digital (correos electrónicos, Whatsapp, redes sociales): entre la insuficiencia y la incertidumbre”, *IDP. Revista de Internet, Derecho y Política*, nº 27, septiembre 2018, p. 72. DELGADO MARTÍN matiza esta afirmación cuando expresa que “la existencia de alegaciones impugnatorias con suficiente seriedad puede producir en la práctica un efecto similar a un desplazamiento de la carga de la prueba. De esta forma, la carga recaerá sobre la parte que pretenda la validez probatoria del medio impugnado, quien deberá aportar medios probatorios para acreditar la integridad y/o autenticidad del documento impugnado, frecuentemente mediante pericial”, en DELGADO MARTÍN, J., “La prueba del Whatsapp”, *Op. Cit.*, p. 9.

### 1.2.2. Necesidad de practicar prueba instrumental

Otro de los efectos principales que se derivan tras la impugnación de una prueba tecnológica, es la necesidad de que la parte que la aportó corrobore su veracidad a través de pruebas instrumentales<sup>1032</sup>. En mi opinión, cualquier medio probatorio válido en nuestro ordenamiento sirve también para acreditar la genuinidad de una prueba tecnológica impugnada<sup>1033</sup>.

Esta posición, sin embargo, no es unánime, ya que hay quién sostiene la tesis de que la prueba pericial informática es el único medio de prueba capaz de advenir la autenticidad e integridad de una prueba tecnológica<sup>1034</sup>. El superlativo protagonismo de dicho medio

---

<sup>1032</sup> Estos medios de prueba instrumentales que se dirigen a obtener la convicción del juez sobre la credibilidad del medio de prueba cuyo carácter genuino es objeto de discusión son también conocidos como “prueba sobre prueba”, vid. BUJOSA VADELL, L.M., “La valoración de la prueba electrónica”, *Op. Cit.*, p. 82.

<sup>1033</sup> La STS 558/2011, de 15 de mayo indica que “para acreditar la autenticidad puede utilizarse cualquier medio de prueba e incluso presunciones”. Esta sentencia funda la autenticidad de un fax sobre la base del reconocimiento judicial, que apreció “de visu” que la firma que aparecía en el fax impugnado era la misma que otra que había sido reconocida en otro documento. Esta resolución añade que “en cualquier caso, hubiera sido igualmente suficiente aplicar las reglas de la sana crítica”, es decir, que aunque no se utilizase el medio probatorio del reconocimiento judicial, el Tribunal en instancia hubiese llegado a la misma conclusión tras la valoración de la prueba conjuntamente con las demás. En consonancia esta idea, FUENTES SORIANO rechaza la necesidad reclamada por ingenieros y peritos informáticos de aportar en todo caso prueba pericial sobre la genuinidad e integridad de una comunicación electrónica incorporada al proceso a fin de que pudiera ésta llegar a alcanzar valor probatorio, vid. FUENTES SORIANO, O., “Los procesos por violencia de género. Problemas probatorios tradicionales y derivados...”, *Op. Cit.*, p. 22; FUENTES SORIANO, O., “El valor probatorio de los correos electrónicos”, cit.; FUENTES SORIANO, O., “La intervención de las comunicaciones tecnológicas tras las reformas de 2015” *Op. Cit.*; FUENTES SORIANO, O., “La impugnación de la...”, *Op. Cit.*, pp. 5, 8 del documento de Word facilitado por la autora. Véanse también RODRÍGUEZ LAINZ, J. L., “Sobre el valor probatorio de conversaciones mantenidas a través de programas de mensajería instantánea (A propósito de la STS, Sala 2.ª, 300/2015, de 19 de mayo)”, *Diario La Ley*, Nº 8569, Sección Doctrina, 25 de Junio de 2015, p. 5; BUENO DE MATA, F., “La validez de los pantallazos como prueba electrónica...”, *Op. Cit.*, pp. 4-5; RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, A., “Los contenidos de redes sociales como prueba en el proceso civil: un estudio jurisprudencial”, *Diario La Ley*, Nº 9195, Sección Dossier, 11 de Mayo de 2018, p. 16; ARMENTA DEU, T., “Regulación legal y valoración probatoria de fuentes de prueba digital...”, *Op. Cit.*, p. 73. También la STSJ Galicia 556/2016, de 28 de enero refiere, además de la práctica de una prueba pericial, el cotejo con el otro terminal implicado o para comprobar la autenticidad de una prueba y la existencia de una conversación, cuando establece cuatro supuestos para aceptar una conversación de mensajería instantánea como documento: “(a) cuando la parte interlocutora de la conversación no impugna la conversación; (b) cuando reconoce expresamente dicha conversación y su contenido; (c) cuando se compruebe su realidad mediante el cotejo con el otro terminal implicado (exhibición); o, finalmente, (d) cuando se practique una prueba pericial que acredite la autenticidad y envío de la conversación, para un supuesto diferente de los anteriores”. De esta resolución puede entenderse que, tras la impugnación únicamente se admitirá una prueba tecnológica referida a una comunicación instantánea si se practica prueba pericial o si se cotejan ambos terminales, sin quedar claro si este cotejo debe realizarlo un perito informático o el propio Juez a través del reconocimiento.

<sup>1034</sup> RUBIO ALAMILLO, J., “El correo electrónico como prueba en procedimientos judiciales”, *Diario La Ley*, nº 8808, 21 de julio 2016. Vid. también STS –Sala 2ª-, de 27 de noviembre de 2015; SAP Murcia–Sección 3ª-, de 9 de mayo de 2016; SAP Las Palmas –Sección 2ª-, de 2 de febrero de 2016; SAP Barcelona –Sección 20ª-, de 28 de enero de 2016; SAP Madrid –Sección 3ª-, de 20 de junio de 2016; SAP

probatorio tiene, en cierta medida, origen en una lectura parcial de la citada STS 300/2015 que, literalmente, afirma que “será indispensable en tal caso (en el caso de la impugnación de la autenticidad de una comunicación bidireccional de mensajería instantánea aportada a la causa mediante archivos de impresión) la práctica de una prueba pericial que identifique el verdadero origen de esa comunicación, la identidad de los interlocutores y, en fin, la integridad de su contenido”.

Tal ha sido el impacto de dicha sentencia que incluso determinó posiciones doctrinales que asumieron, en un primer momento, la necesidad de practicar una prueba pericial frente a la impugnación de una prueba tecnológica, si bien, posteriormente, han virado estos planteamientos hacia la tesis de que cualquier medio de prueba es apto para acreditar la genuidad de una prueba tecnológica<sup>1035</sup>.

Ello no obstante, la citada resolución judicial reconoce que no existen motivos que hagan dudar de la genuidad de la prueba tecnológica, dado que las circunstancias concurrentes, la prueba testifical del interlocutor de la víctima que admitió los mensajes y no manifestó ninguna manipulación y la aplicación de los criterios de facilidad y disponibilidad probatoria –la acusación facilitó al Tribunal las claves de acceso para que éste pudiese realizar un reconocimiento de dicha conversación- dan por auténtica la prueba impugnada sin que se hubiese practicado prueba pericial sobre su autenticidad e integridad<sup>1036</sup>. Es decir, que la mencionada sentencia refiere que sería necesaria una prueba pericial informática en el caso de la impugnación de una conversación instantánea aportada por medio de unas fotografías que la Guardia Civil realizó al móvil de la víctima, pero que la valoración judicial de instancia se apoyó en otras pruebas auxiliares y que, aun en caso

---

Córdoba –Sección 3ª-, de 24 de julio de 2015; SAP Málaga –Sección 8ª-, de 17 de julio de 2015 (JUR 2015/291669), FJ 1º; SAP Las Palmas –Sección 2ª-, de 7 de julio de 2015.

<sup>1035</sup> Así lo defendía FUENTES SORIANO, O., “Las comunicaciones telemáticas...”, *Op. Cit.*, si bien en trabajos posteriores admite la aptitud de cualquier medio de prueba para acreditar la genuidad de la prueba tecnológica; e, incluso, así lo he defendido en el trabajo anterior ARRABAL PLATERO, P., “El Whatsapp como fuente de prueba”, en *El proceso penal. Cuestiones fundamentales* (Coord. FUENTES SORIANO), Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 351-362.

<sup>1036</sup> RICHARD GONZÁLEZ, M., *Investigación y prueba mediante medidas de intervención...*, *Op. Cit.*, p. 340. En palabras de FUENTES SORIANO, “la trascendental STS 300/2015, de 19 de mayo que si bien por una parte reconoció expresamente la necesidad de aportar prueba pericial informática para otorgar valor probatorio a una prueba electrónica impugnada; por otra parte y de forma tácitamente contraria a lo manifestado reconoce en su argumentación, la posibilidad de utilizar mecanismos alternativos de adveración del texto aportado, como la ratificación del mismo por los interlocutores o la facilitación de vías para rastrear el mensaje y averiguar sobre su genuidad e integridad (las claves de acceso) –esto es la buena fe mostrada por las partes de cara a la investigación de la comunicación-”, en FUENTES SORIANO, O., “La impugnación de la...”, *Op. Cit.*, p. 9 del documento de Word facilitado por la autora.

En el mismo sentido se pronuncia la STS 754/2015, de 27 de noviembre que, pese a que alerta de los riesgos de manipulación de las pruebas tecnológicas, admite su valoración sobre la base del propio reconocimiento del envío de los mensajes impugnados que el acusado realiza en el escrito de defensa.

de duda, contaba con la regla de juicio de la facilidad probatoria<sup>1037</sup>. Por tanto, el TS pese a que defiende que la prueba pericial es “indispensable”, finalmente da por cierta la prueba tecnológica sin que se haya practicado este medio probatorio.

Similar solución contiene la STS 754/2015, de 27 de noviembre, que cita la STS 300/2015 para poner de manifiesto que las “posibilidades de manipulación (de los archivos digitales) son muy variadas y el órgano jurisdiccional tiene que ponerse en guardia con todas las cautelas que sean recomendables ante la posibilidad de una superchería”, pero confirma la sentencia recurrida –y la genuidad de la prueba tecnológica- sobre la base de que el acusado admite la remisión de las amenazas a través de mensajes de texto por medio del sistema “WeChat” (aplicación de mensajería instantánea similar al *WhatsApp*) en el escrito de defensa<sup>1038</sup>.

En este contexto, pese a que la lectura parcial de la jurisprudencia del TS exige la necesaria práctica de una prueba pericial informática para demostrar la autenticidad e integridad de una prueba tecnológica, la lectura completa de estas sentencias muestran que es posible la utilización de otros medios probatorios para este fin<sup>1039</sup>.

En efecto, limitar la adveración de estas pruebas a tal medio probatorio reduce las posibilidades de acreditar la autenticidad de la prueba tecnológica a un medio que, como

---

<sup>1037</sup> Concluye, así, la STS 300/2015, de 19 de mayo que “no puede estimarse la impugnación de la defensa, quedando dicha documental dentro del acervo probatorio para su valoración con el conjunto de las restantes pruebas que han sido practicadas”.

<sup>1038</sup> Como acertadamente sostiene FUENTES SORIANO, las SSTS 300/2015, de 19 de mayo y 754/2015, de 27 de noviembre afirman que los pantallazos impugnados carecen de valor probatorio si no van acompañados de una prueba pericial, pero finalmente acaban considerando dicha prueba, por lo que “a día de hoy (...) conviene tener por definitivamente superada (tal) errónea opinión”, en FUENTES SORIANO, O., “Videos, comunicación electrónica y redes sociales: cuestiones probatorias”, *Op. Cit.*

<sup>1039</sup> Así, es particularmente ilustrativa la SAP de Málaga 17/2016, de 18 de enero que expone con respecto a las SSTS 300/2015, de 19 de mayo y 754/2015, de 27 de noviembre que “tal criterio jurisprudencial perfectamente razonable, no puede llevarnos a la conclusión de que en todos los supuestos en los que exista impugnación de tales documentos y no se haya prueba pericial sobre la autenticidad de tales correos o mensajes, deba desembocarse en un pronunciamiento absolutorio por ausencia de prueba sobre su contenido y autoría, pues es posible acudir a la existencia de signos, modos de expresión, e indicios de los que cupiera entender que no tienen más procedencia que la del acusado, que es precisamente lo que sucede en los dos supuestos contemplados en las sentencias citadas del Tribunal Supremo en los que, a pesar de no haberse practicado la correspondiente prueba pericial sobre la autenticidad de los mensajes, el Tribunal Supremo acaba confirmando el pronunciamiento condenatorio de la Audiencia al concurrir otros elementos probatorios sobre la autenticidad y autoría de los mensajes o correos electrónicos”. Sobre el particular, FUENTES SORIANO indica que “la insistencia en que la corroboración o la adveración de la información contenida en una evidencia digital haya de alcanzarse tan sólo por la vía de la práctica de una prueba pericial electrónica sobre la misma, escapa de cualquier fundamento jurídico por mucho que pueda tener encaje en un planteamiento estrictamente técnico de la cuestión”, véase FUENTES SORIANO, O., “La impugnación de la...”, *Op. Cit.*, p. 9 del documento de Word facilitado por la autora.



se va a desarrollar, resulta costoso, complejo, no siempre definitivo y, por tanto, en ocasiones prescindible si existen otras vías que acrediten la genuinidad de la prueba<sup>1040</sup>.

En este sentido, si bien es cierto que un informe pericial informático puede ser el único que garantice todos los extremos técnicos que otros medios no alcanzan a conocer con absoluta fehaciencia<sup>1041</sup> -como, por ejemplo, la hora de conexión, la ubicación GPS, la dirección IP del envío-, no lo es menos que esta información que los peritos ofrecen resulta, en ocasiones, innecesaria al objeto del proceso. Así, la pericial es útil para probar estos aspectos técnicos de una prueba tecnológica, pero ni es el único medio de prueba posible para advenir su genuinidad, ni es exigible que, tras la impugnación, las partes certifiquen todos estos datos que este medio probatorio aporta.

Otro de los argumentos por los que dudar de la hegemonía del dictamen pericial informático como único medio probatorio que la contraparte puede practicar frente a una impugnación es el relativo a que, pese a ser un medio útil de prueba para aportar fuentes tecnológicas, no siempre es capaz de acreditar su autenticidad e integridad<sup>1042</sup>. Sirva de ejemplo un experimento realizado por un perito informático en el demuestra cómo era

---

<sup>1040</sup> En este sentido, la SAP de Lleida 51/2014, de 30 de enero expresa que “aunque la mediante informe pericial informático pueda comprobarse la autenticidad y efectiva procedencia de un correo electrónico impreso en papel, ello no determina que la falta de un informe de este tipo excluya por completo el valor probatorio del documento privado impugnado”. En la misma línea, FUENTES SORIANO sostiene que “exigir una prueba pericial informática como única fuente de acreditación posible del acaecimiento de los hechos que con ella se pretende probar, es tanto como confundir distintos planos probatorios elevando la propia comunicación informática a la categoría de objeto procesal”, vid. FUENTES SORIANO, O., “La impugnación de la...”, *Op. Cit.*, p. 8 del documento de Word facilitado por la autora. En este contexto resulta relevante el pronunciamiento de la STS 722/2012, de 2 octubre, que textualmente expone que “el Tribunal, en consecuencia, puede, y debe, inadmitir las diligencias probatorias susceptibles de provocar dilaciones por la complejidad de su práctica, cuando notoriamente resulten innecesarias, superfluas o intrascendentes”. Ello no obstante, esta afirmación se refiere a la solicitud de una pericial informática sobre unas grabaciones de SITEL presentadas como prueba a la causa, un sistema de escuchas telefónicas de uso habitual en todos los procedimientos judiciales del que la doctrina jurisprudencial ya ha estimado con validez, eficacia y que ofrece suficientes garantías para la validez probatoria de las intervenciones que lo utilicen, y que “resulta innecesaria la práctica de una compleja y dilatoria prueba pericial informática para conocer o acreditar las características básicas del sistema, en todos y cada uno de los juicios que se celebran en los Tribunales españoles en los que se aporten como prueba dichas intervenciones”.

<sup>1041</sup> DELGADO MARTÍN considera que la prueba pericial tiene una especial relevancia en este ámbito con alto componente tecnológico, ya que son importantes los conocimientos científicos para su valoración, vid. DELGADO MARTÍN, J., “La prueba del Whatsapp”, *Op. Cit.*, pp. 6-7.

<sup>1042</sup> En este sentido, sostiene Rafael López Rivera, perito informático, que “el objetivo de la prueba electrónica, como el de cualquier otra prueba, es el contribuir en el grado de corroboración de las hipótesis probatorias y, si bien según sea el caso, se puede llegar a alcanzar un alto grado de corroboración tal que éste se aproxime a esta certeza absoluta o con un bajo grado de incertidumbre, no obstante, al no existir un “nivel de suficiencia” definido por un estándar de prueba siempre existe la duda desde el punto de vista de quien pretende probar, de cuál es el grado de corroboración necesario para que el juzgador pueda evaluar dentro de la aplicación de las reglas de la racionalidad y pueda dar por probados los hechos fácticos que se apoyan en las evidencias electrónicas que se presentan”, vid. <https://peritoit.com/2016/06/29/el-estandar-de-la-prueba-electronica/#more-4394>, consultado el 26 de junio de 2018.

posible manipular los mensajes enviados o recibidos a través de *WhatsApp* sin que fuese perceptible en un posterior informe pericial informático<sup>1043</sup>.

Cabe tener en cuenta, además, que, incluso en el supuesto de que un dictamen pericial exponga la falsedad de la prueba tecnológica, el juez valora libremente la prueba pericial. O, lo que es lo mismo, el juez deberá valorar las pruebas periciales de acuerdo a las máximas de experiencia junto con el restante material probatorio<sup>1044</sup>. Al respecto, RODRÍGUEZ LAINZ destaca el carácter “limitado y no absolutamente incontestables” de las pericias informáticas que depende de múltiples variables –tales como la posibilidad de acceso a la fuente original, los riesgos de manipulación del hardware y software, la posibilidad de contraste entre datos almacenados en los dispositivos emisor y receptor (en el caso de tratarse de una comunicación informática) o el grado de cualificación profesional del perito- y que necesita de herramientas de trabajo costosas y potentes<sup>1045</sup>.

---

<sup>1043</sup> Véase la entrada del blog del perito Javier Rubio Alamillo <https://peritoinformaticocolegiado.es/blog/vulnerabilidad-en-whatsapp-falsificacion-de-mensajes-manipulando-la-base-de-datos/> (fecha de consulta: 08 de junio de 2018). El propio perito informático cita como otros hackers han ido localizado vulnerabilidades en la seguridad de esta aplicación que permitan cambiar el remitente de mensajes enviados y, consecuentemente, suplantarle la identidad.

<sup>1044</sup> Sobre este particular, TARUFFO expresa que los conocimientos científicos “sirven como elemento para confirmar los enunciados sobre los hechos en función de su validez científica, y del grado de atendibilidad que les corresponde en el ámbito científico del que provienen. Así, [...] es necesario distinguir cuidadosamente cuál es el tipo de ciencia de que se trata, cuál es el estatuto epistemológico de los conocimientos que suministra, cuál es su grado de atendibilidad, y cuál es el grado de confirmación que pueden aportar al enunciado de hechos sobre el que se despliega la decisión del juez. Esta diversidad de niveles de atendibilidad de los conocimientos científicos que se realizan, con fines probatorios, durante el proceso, implica una consecuencia importante: que solamente en casos particulares –con toda probabilidad no muy frecuentes- la prueba científica es capaz, *por sí sola*, de atribuirle a un enunciado de hecho un grado de probabilidad capaz de satisfacer el estándar de prueba que tiene vigor en esa clase de proceso. En consecuencia, debemos admitir que la prueba científica puede acompañarse o integrarse con otras pruebas, con pruebas “ordinarias”, que pueden contribuir a fundar conclusiones válidas sobre el hecho que debe probarse. Así, por ejemplo, es muy posible que una prueba del ADN sea el único elemento de prueba para decidir sobre la identificación de un sujeto, dado que esta prueba –cuando se realiza con todas las condiciones necesarias y su resultado se interpreta correctamente- alcanza valores de probabilidad del orden del 98-99%. Por el contrario, con frecuencia se utilizan como pruebas datos epidemiológicos que expresan con frecuencias estadísticas muy bajas, del orden del 1 o 2%: ciertamente, por sí solos, estos datos no son suficientes para demostrar un nexo de causalidad específica entre un hecho ilícito y el daño provocado a un sujeto, y es bastante dudoso que puedan dotar a la prueba de un nexo de causalidad general (en casos en los que un nexo de esta naturaleza es objeto de prueba). De esta forma, resulta evidente que, si se quiere alcanzar el estándar de prueba que debemos satisfacer para demostrar el nexo causal entre el hecho ilícito y el daño causado, y para afirmar que el enunciado correspondiente pueda considerarse como “verdadero”, estos datos deben integrarse con pruebas de otro género. En sustancia, las pruebas científicas son muy útiles, pero raramente resultan decisivas y suficientes para determinar la decisión sobre los hechos”, en TARUFFO, M., *La prueba. Artículos y conferencias*, *Op. Cit.*, pp. 117-118. A mayor abundamiento, véase el documental “ADN: Súper policía ADN” en el que se muestra la efectividad de esta prueba, pero también las dificultades de su obtención y de la acreditación fehaciente de la identidad de su autor.

<sup>1045</sup> RODRÍGUEZ LAINZ, J. L., “Sobre el valor probatorio de conversaciones mantenidas...”, *Op. Cit.*, p. 14.

Y, en este sentido, el mismo tratamiento judicial a efectos de valoración que a cualquiera prueba pericial se debe dispensar a la prueba pericial informática<sup>1046</sup>.

Precisamente, otra de las razones por las que no conviene sostener a la prueba pericial como el único medio de prueba que acredita la autenticidad e integridad de una prueba tecnológica impugnada reside en que el informe pericial es, en ocasiones, tan complejo que puede devenir, en determinados supuestos, imposible de practicar<sup>1047</sup>. Así, por ejemplo, si la prueba impugnada refiere el contenido de una información transmitida a través de determinados medios de comunicación instantánea y no existe ninguno de los teléfonos móviles desde el que se ha enviado o recibido la información de cuya veracidad se duda, no será posible la realización de una pericia sobre ello<sup>1048</sup>.

A esto hay que añadir que la prueba pericial informática, en atención precisamente a su complejidad, es especialmente costosa, tanto en términos económicos, como temporales en la dilación del proceso. Y esta circunstancia debe valorarse en aquellos supuestos en los que no sea necesario acreditar la información técnica por resultar irrelevante para

---

<sup>1046</sup> Piénsese en la prueba pericial de ADN, que pese a tener un alto grado de fiabilidad científica, no constituye prueba tasada, como así reafirma el TS en la STS 834/2016, de 3 de noviembre que “es hoy un lugar común la general aceptación de la fiabilidad científica de la pericia a partir de perfiles de ADN en restos biológicos. Pero ello no puede impedir al imputado rechazar de forma expresa la conclusión pericial sobre su propia identificación genética, cuando se concluye la identidad entre su perfil indubitado y el que se extrae a partir de los datos preexistentes en el fichero de ADN creado por la Ley Orgánica 10/2007 de 8 de octubre. La posibilidad de que exista algún error en el informe pericial tanto al determinar el perfil genético que obra en el archivo de los datos personales de identificación como al establecer la identidad entre ellos y los dubitados, es una de las causas imaginables –no la única– de impugnación (STS 709/2013, de 10 de octubre). En efecto, cabe discutir la corrección científica de la pericia sobre identidad entre el sujeto al que pertenece el perfil de la base de datos previa y la muestra obtenida en la causa en que se utiliza aquella información registrada. Por ello la defensa puede exigir la obtención de una nueva muestra indubitada para compararla con la dubitada obtenida en la nueva causa”. En el mismo sentido, LÓPEZ-FRAGOSO advertía, con respecto de la fiabilidad de las pruebas biológicas, “las diferencias sustanciales que existen entre la aplicación de un método científico en circunstancias controladas en un laboratorio y su utilización en escenarios muy distintos, como puede ser el lugar donde se ha cometido un delito: contaminación de las muestras con una serie de productos incontrolados, imposibilidad, en muchas ocasiones, de poder repetir los análisis, etc.” Y que “el carácter “esotérico” que para los no científicos posee el lenguaje especializado que éstos utilizan (...) puede en la práctica impedir que de hecho un juez pueda valorar adecuadamente”, vid. LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, T., “Las pruebas biológicas en el proceso penal. Consideraciones sobre la identificación por el ADN”, *Derecho y Salud*, Vol. 3, Enero-Diciembre 1995, p. 225.

<sup>1047</sup> FUENTES SORIANO expone como ejemplos de imposibilidad para la práctica de un dictamen pericial “no tener a disposición el Smartphone del que nace la comunicación o por tratarse de una aplicación de mensajería instantánea en la que no quedan almacenados los mensajes transmitidos”, en FUENTES SORIANO, O., “Las comunicaciones telemáticas...”, *Op. Cit.*, pp. 299-300. En el mismo sentido se expresa Rafael López Rivera, perito judicial informático autor del blog “peritoit.com”, que indica que “Existen actuaciones que por el momento, lugar e intervinientes son únicas y, todo lo que allí no se haya adquirido como evidencias, después no tiene validez por falta de unidad de acto o por no haberse recopilado en las mismas condiciones que el resto de evidencias”, en <https://peritoit.com/2016/04/18/7-debilidades-del-informe-pericial/#more-4053> (última visita: 25/06/2018).

<sup>1048</sup> Vid. ARRABAL PLATERO, P., “El Whatsapp como fuente de prueba”, *Op. Cit.*

probar la genuidad impugnada. Además, este incremento de costes económicos -tanto para las partes, cuanto para la Administración de Justicia- que conlleva la aportación y práctica de la prueba pericial informática, también acarrea una dilación del proceso que puede derivar, incluso, en su transformación<sup>1049</sup>.

En cualquier caso, téngase presente que estos gastos –de tiempo y de dinero- no serán inútiles si la prueba instrumental contribuye a la valoración judicial del conjunto del acervo probatorio. Esto es, si la parte estima conveniente la aportación de una pericial informática, es un medio más que puede practicarse para acreditar la genuidad de la prueba impugnada, pero si conlleva más inconvenientes que beneficios, optará por no incorporar este tipo de informes.

En este sentido, cualquier medio apto para dotar de valor probatorio a una fuente tecnológica es también capaz de acreditar su autenticidad e integridad tras su impugnación. De hecho, el propio *Dictamen n° 1/2016 de la unidad de Criminalidad Informática de la Fiscalía General del Estado Sobre la valoración de las evidencias en soporte papel o en soporte electrónico aportadas al proceso penal como medio de prueba de comunicaciones electrónicas* indica que cualquiera de los medios susceptibles de probar una fuente de prueba tecnológica, sirve de medio instrumental para garantizar su autenticidad u originalidad<sup>1050</sup>.

Así, es posible aportar tanto la declaración de unos testigos que también estaban en una conversación instantánea sobre los mensajes que ellos recibieron, como el terminal móvil u ordenador en el que consta la información cuestionada, el reconocimiento judicial sobre los dispositivos o una pericial informática.

En síntesis, la prueba pericial sólo será necesaria y recomendable “cuando no exista posibilidad de acreditar aquellos extremos por otros medios”<sup>1051</sup> teniendo en

---

<sup>1049</sup> Así, por ejemplo, puede hacer transformar un juicio rápido a procedimiento abreviado.

<sup>1050</sup> El *Dictamen n° 1/2016 de la unidad de Criminalidad Informática de la Fiscalía General del Estado Sobre la valoración de las evidencias en soporte papel o en soporte electrónico aportadas al proceso penal como medio de prueba de comunicaciones electrónicas* expresa textualmente que “en el caso de que se impugnen las capturas de pantalla aportadas al procedimiento, como el propio archivo electrónico en el que se recoge en contenido cuestionado [entiéndase que se refiere, por tanto, a la impugnación de toda prueba tecnológica aportada por cualquier medio probatorio], podrá ser necesario practicar –según el extremo que se impugne- diligencias de prueba para acreditar la existencia de la comunicación, su origen, destino o contenido, pero no en todos los casos resultará imprescindible la realización de prueba pericial”.

<sup>1051</sup> Vid. *Dictamen n° 1/2016 de la unidad de Criminalidad Informática de la Fiscalía General del Estado Sobre la valoración de las evidencias en soporte papel o en soporte electrónico aportadas al proceso penal como medio de prueba de comunicaciones electrónicas*, p. 6, que refiere que las comunicaciones electrónicas podrán acreditarse a través de medios “tales como la declaración de otros destinatarios de la

consideración que este medio ni puede realizarse en todos los supuestos, ni acredita con total fiabilidad su resultado, por lo que no es, como se pretende patrocinar, un método infalible para aseverar la autenticidad e integridad de la fuente tecnológica<sup>1052</sup>.

Estas circunstancias permiten concluir que la prueba pericial informática resulta innecesaria cuando existan otros medios de prueba que acrediten la verosimilitud de la prueba aportada<sup>1053</sup>. Y ello porque, como se ha visto, la práctica de la prueba pericial informática para desvirtuar la impugnación de la autenticidad e integridad de otra prueba tecnológica, en el caso de poder realizarse (porque no siempre es así), es dificultosa, económicamente costosa, dilata el procedimiento y no en todas las ocasiones aporta resultados irrefutables.

### 1.3. Procedimiento de impugnación de la prueba tecnológica

El ordenamiento procesal poco dice con respecto al procedimiento para impugnar la autenticidad o integridad de una prueba y, mucho menos, de una prueba tecnológica<sup>1054</sup>. Sin embargo, la práctica forense y la aplicación analógica de algunos preceptos legales permiten dibujar el procedimiento de impugnación de la autenticidad e integridad de este tipo de pruebas.

Como ejemplo de las escasas referencias legales, la Ley de Enjuiciamiento Civil regula someramente el trámite de impugnación de los documentos y dictámenes aportados de contrario en la fase de la Audiencia Previa del procedimiento ordinario<sup>1055</sup>. Esta escueta

---

comunicación o la aportación por el administrador de una red social, previa autorización judicial, del contenido cuestionado u otros”.

<sup>1052</sup> Vid. ARMENTA DEU, T., “Regulación legal y valoración probatoria de fuentes de prueba digital...”, *Op. Cit.*, p. 73, quién indica que la pericia “no constituye, empero, un medio incontestable”.

<sup>1053</sup> Como acertadamente afirma TARUFFO, “con todo y contrariamente a lo que muchos piensan, el recurso a la ciencia en el proceso no sólo no es suficiente por sí solo para resolver todos los problemas, sino que suscita otros nuevos, de no fácil solución”, en TARUFFO, M., *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*, Marcial Pons, Madrid, 2010, p. 241.

<sup>1054</sup> En este sentido, muy ilustrativo resulta ABEL LLUCH cuando indica que “la parte actora formulará oralmente los medios de prueba de que intente valerse, acto seguido efectuará lo mismo la parte demandada y, a continuación, debe recaer el juicio de admisión del juez, sin que exista una previsión legal en virtud de la cual cada parte pueda pronunciarse –y en su caso impugnar- los medios propuestos de adverso con anterioridad al juicio de admisión, pues la contradicción se instrumentaliza a través del posterior recurso de reposición contra la resolución ya dictada. Cuestión distinta es la existencia de una práctica forense, carente de sustrato normativo, en virtud de la cual el juez concede un turno de palabra a las partes con anterioridad a pronunciarse sobre la admisión de los medios de prueba, y que probablemente obedezca más a una comodidad judicial que a la observancia de un precepto legal”, ABEL LLUCH, X., *Derecho probatorio*, *Op. Cit.*, p. 232.

<sup>1055</sup> Véase artículo 427 LEC que dicta como sigue: “1. En la audiencia, cada parte se pronunciará sobre los documentos aportados de contrario hasta ese momento, manifestando si los admite o impugna o reconoce o si, en su caso, propone prueba acerca de su autenticidad. 2. Las partes, si fuere el caso, expresarán lo que

previsión normativa acarrea escenarios confusos en su translación a otros supuestos carentes de regulación. A modo de ejemplo, no queda claro en qué concreto momento tendrá lugar la impugnación sobre la validez material de las pruebas en el juicio verbal, cuál es su desarrollo en el proceso penal o si es posible la impugnación de otros medios probatorios.

Recuérdese que, como se ha sostenido, la prueba tecnológica puede acceder al proceso a través de cualquier medio probatorio previsto en el artículo 299 LEC y, a este respecto, resulta preciso estudiar las diversas formas de acreditación de la genuinidad de la prueba tecnológica en función del medio de prueba por el que se haya aportado.

En primer lugar, la LEC regula específicamente la impugnación de la autenticidad e integridad de los documentos, marcando una diferencia entre los documentos públicos y los privados. Téngase presente que en muchas ocasiones las fuentes tecnológicas se imprimen y se aportan como medios documentales.

Así, para los documentos públicos y los privados no impugnados la LEC asigna valor tasado al hecho, acto o estado de cosas que documenten, a la fecha del documento y de la identidad de los intervinientes en la confección de los documentos aportados en la forma legalmente prevista<sup>1056</sup>. Esta presunción de autenticidad sirve para agilizar los procesos y

---

convenga a su derecho acerca de los dictámenes periciales presentados hasta ese momento, admitiéndolos, contradiciéndolos o proponiendo que sean ampliados en los extremos que determinen. También se pronunciarán sobre los informes que se hubieran aportado al amparo del número 5.º del apartado 1 del artículo 265. 3. Si las alegaciones o pretensiones a que se refieren los tres primeros apartados del artículo 426 suscitasen en todas o en alguna de las partes la necesidad de aportar al proceso algún dictamen pericial, podrán hacerlo dentro del plazo establecido en el apartado segundo del artículo 338. 4. En el mismo caso del apartado anterior, las partes que asistieren a la audiencia, en vez de aportar dictamen del perito que libremente designen, podrán solicitar, en la misma audiencia, la designación por el tribunal de un perito que dictamine. Esta solicitud se resolverá con arreglo a lo establecido en la sección 5.ª del capítulo VI del Título I del Libro II de esta Ley”.

<sup>1056</sup> El artículo 267 LEC prevé que los documentos públicos se aporten “por copia simple, ya sea en soporte papel o, en su caso, en soporte electrónico a través de imagen digitalizada incorporada como anexo que habrá de ir firmado mediante firma electrónica reconocida” y el artículo 268 LEC prevé que “los documentos privados que hayan de aportarse se presentarán en original o mediante copia autenticada por el fedatario público competente y se unirán a los autos o se dejará testimonio de ellos, con devolución de los originales o copias fehacientes presentadas, si así lo solicitan los interesados. Estos documentos podrán ser también presentados mediante imágenes digitalizadas, incorporadas a anexos firmados electrónicamente” y, “si la parte sólo posee copia simple del documento privado, podrá presentar ésta, ya sea en soporte papel o mediante imagen digitalizada en la forma descrita en el apartado anterior, que surtirá los mismos efectos que el original, siempre que la conformidad de aquélla con éste no sea cuestionada por cualquiera de las demás partes”. El apartado tercero del artículo 268 LEC dispone que “en el caso de que el original del documento privado se encuentre en un expediente, protocolo, archivo o registro público, se presentará copia auténtica o se designará el archivo, protocolo o registro”. QUERAL CARBONELL distingue la autenticidad subjetiva (correlación entre el autor que consta en el documento y autor real del mismo), la autenticidad jurídica (veracidad de los extremos que dispone la LEC -acto o estado de cosas que documento, fecha del documento e identidad de los intervinientes-) y autenticidad global (correlación entre

evitar el libramiento de despachos de adveración de los documentos no impugnados<sup>1057</sup>. En este sentido, los documentos privados y públicos cuya autenticidad no se haya impugnado tienen el mismo valor legal tasado con respecto a las circunstancias citadas<sup>1058</sup>.

Ello no obstante, la Ley rituaría posibilita a las partes impugnar la validez de los documentos –públicos o privados- presentados de contrario cuando duden de su autenticidad<sup>1059</sup>. Sin embargo, el procedimiento de adveración es diferente según el documento a impugnar sea un documento público –a los que se les otorga una presunción *iuris tantum de legitimidad*<sup>1060</sup>- o un documento privado.

Tal es así que la impugnación de la autenticidad de un documento público aportado de adverso, cuando es una copia, certificación o testimonio fehaciente<sup>1061</sup>, conlleva necesariamente su cotejo o comprobación por el LAJ con sus originales, debiendo ser

---

el total contenido de la documento y la realidad), vid. QUERAL CARBONELL, A., “Alcance del objeto de impugnación”, *Op. Cit.*, p. 480.

<sup>1057</sup> TEMPRANO VÁZQUEZ, C., “El valor probatorio de los documentos privados y los motivos de impugnación”, *Diario la Ley*, nº 8598, Sección Dossier, 4 de septiembre de 2015, p. 2. En el mismo sentido, la Exposición de Motivos de la LEC expresa que “esta Ley se ocupa de los documentos, dentro de los preceptos sobre la prueba, a los solos efectos de la formación del juicio jurisdiccional sobre los hechos, aunque, obviamente, esta eficacia haya de ejercer una notable influencia indirecta en el tráfico jurídico. Los documentos públicos, desde el punto de vista procesal civil, han sido siempre y deben seguir siendo aquéllos a los que cabe y conviene atribuir una clara y determinada fuerza a la hora del referido juicio fáctico. Documentos privados, en cambio, son los que, en sí mismos, no gozan de esa fuerza fundamentadora de la certeza procesal y, por ello, salvo que su autenticidad sea reconocida por los sujetos a quienes puedan perjudicar, quedan sujetos a la valoración libre o conforme a las reglas de la sana crítica. La específica fuerza probatoria de los documentos públicos deriva de la confianza depositada en la intervención de distintos fedatarios legalmente autorizados o habilitados”. Así, la inactividad de la parte a quien perjudica un documento vincula al juzgador a tener por cierta la autenticidad del documento.

<sup>1058</sup> Véase apartado primero del artículo 326 LEC.

<sup>1059</sup> Vid. artículo 427 LEC.

<sup>1060</sup> La fuerza probatoria de los documentos públicos viene prevista en el artículo 319 LEC. Sobre la fuerza probatoria de los documentos públicos SERRA DOMÍNGUEZ indica que “cuando el Estado asigna la dación de fe pública a determinados funcionarios, es cuando surge la noción de documento público, al que se añade una eficacia privilegiada derivada de dicha intervención”, en SERRA DOMÍNGUEZ, M., “La prueba documental”, en *Instituciones del Nuevo Proceso Civil. Comentarios sistemáticos a la Ley 1/2000* (Coord. ALONSO-CUEVILLAS SAYROL), Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, Barcelona, 2001, p. 262. En el mismo sentido, la Exposición de motivos de la LEC, que dispone que “los documentos públicos, desde el punto de vista procesal civil, han sido siempre y deben seguir siendo aquéllos a los que cabe y conviene atribuir una clara y determinada fuerza a la hora del referido juicio fáctico. Documentos privados, en cambio, son los que, en sí mismos, no gozan de esa fuerza fundamentadora de la certeza procesal y, por ello, salvo que su autenticidad sea reconocida por los sujetos a quienes puedan perjudicar, quedan sujetos a la valoración libre o conforme a las reglas de la sana crítica. La específica fuerza probatoria de los documentos públicos deriva de la confianza depositada en la intervención de distintos fedatarios legalmente autorizados o habilitados. La ley procesal ha de hacerse eco, a sus específicos efectos y con lenguaje inteligible, de tal intervención, pero no es la sede normativa en que se han de establecer los requisitos, el ámbito competencial y otros factores de la dación de fe”.

<sup>1061</sup> La impugnación por la parte a quien perjudica de un documento público aportado al proceso en su formato o matriz original no es admisible, si bien, si la parte duda de su falsedad deberá iniciar una acción penal por el delito previsto en los arts. 390-394 y 397-3999 CP que motivará una cuestión prejudicial penal, vid. GARBERÍ LLOBREGAT, J., *Los medios de prueba en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, *Op. Cit.*, p. 66.

citadas todas las partes al efecto<sup>1062</sup>. Si de esta impugnación se deduce la autenticidad del documento público, se le imponen a la parte impugnante las costas, gastos o derechos que origine el cotejo o comprobación, e, incluso se prevé la posibilidad de que el Tribunal le imponga al impugnante que ha obrado temerariamente una multa de 120 a 600 euros<sup>1063</sup>.

De este modo ocurre en los supuestos en los que se aporta la prueba tecnológica al proceso por medio de un acta notarial o de la certificación del contenido de la fuente tecnológica por parte del LAJ. Sin embargo, es importante tener presente que en un documento revestido de fe pública, el fedatario únicamente da fe de los hechos que percibe<sup>1064</sup>, sin que éste sea capaz de acreditar una manipulación sobre los mismos, porque ni tiene conocimientos técnicos para ello, ni esa es su función<sup>1065</sup>.

Así, por ejemplo, un Notario constata que en determinada URL está publicada una página web que se percibe de una determinada forma en el navegador, con cierto código que se incorpora, que dentro de la misma hay un enlace que lleva a la visualización de un determinado archivo o que una vez descargado tiene ciertos datos o metadatos; pero el Notario no puede entrar a valorar si esa página web ha sido alterada justo antes de la

---

<sup>1062</sup> Véanse los apartados primero y segundo del artículo 320 LEC, que también prevén que “las pólizas intervenidas por corredor de comercio colegiado se comprobarán con los asientos de su Libro Registro” y que, en el caso de que “los documentos públicos estuvieran en soporte electrónico, el cotejo con los originales se practicará por el Letrado de la Administración de Justicia en la oficina judicial, a presencia, si concurrieren, de las partes y de sus defensores, que serán citados al efecto”. Además, las escrituras públicas antiguas que carezcan de protocolo y todas aquellas cuyo protocolo o matriz hubiese desaparecido y cualquier otro documento público que, por su índole, carezca de original o registro con el que pueda cotejarse o comprobarse harán prueba plena en juicio, sin necesidad de comprobación o cotejo y salvo prueba en contrario y la facultad de solicitar el cotejo de letras cuando sea posible, vid. artículo 322 LEC. En tanto en cuanto la impugnación de un documento público es, en realidad, el cotejo con el documento original, ROJAS ROSCO señala que “los documentos públicos a priori no son susceptibles de impugnación, salvo que se tenga la seguridad de que sea una falsificación, en cuyo caso se solicitará su cotejo con el original”, vid. ROJAS ROSCO, R., “La prueba digital en el ámbito laboral ¿son válidos los pantallazos?”, en *La prueba electrónica. Validez y eficacia probatoria*, Op. Cit., p. 94.

<sup>1063</sup> Vid artículo 320 LEC que, pese a que se denomina “Impugnación del valor probatorio del documento público. Cotejo o comprobación”, no se refiere a las alegaciones respecto del valor probatorio del documento. Además de las costas, gastos o derechos que origine el cotejo o comprobación y de la posible multa que se derive de autenticidad de un documento privado tras su la impugnación, GARBERÍ LLOBREGAT advierte que el efecto será que el citado documento tendrá el mismo valor probatorios que si no se hubiese impugnado, vid. GARBERÍ LLOBREGAT, J., *Los medios de prueba en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Op. Cit., p. 70.

<sup>1064</sup> Así, el artículo 199 del *Reglamento de la organización y régimen del Notariado* establece que “las actas notariales de presencia acreditan la realidad o verdad del hecho que motiva su autorización. El notario redactará el concepto general en uno o varios actos, según lo que presencie o perciba por sus propios sentidos, en los detalles que interesen al requirente, si bien no podrá extenderse a hechos cuya constancia requieran conocimientos periciales”.

<sup>1065</sup> Como sostiene FUENTES SORIANO, “la fe notarial acreditará, en su caso, la fiel coincidencia del documento aportado con aquél que al Notario se le mostró en pantalla, pero en modo alguno la originalidad, veracidad e integridad de éste último”, vid. FUENTES SORIANO, O., “El valor probatorio de los correos...”, Op. Cit., p. 202.



realización del acta, si el código contiene algún error, si el enlace ha sufrido algún ciberataque o si el archivo descargado ha sido modificado maliciosamente<sup>1066</sup>.

Del mismo modo, cuando una parte lleva ante un Letrado de la Administración de Justicia la transcripción de unos mensajes (o fotografías de los mensajes, lo que se conoce como “pantallazos”) y el terminal móvil en el que se han enviado o recibido los mismos para que dé fe de su semejanza, no podrá el LAJ acreditar la manipulación de los mensajes, sino, únicamente, certificar que el contenido de ambos soportes es análogo.

En cualquier caso, un documento público aportado hace prueba plena del hecho, acto o estado de cosas que documenten, de la fecha en que se produce esa documentación y de la identidad de los fedatarios y demás personas que, en su caso, intervengan en ella. Y esta eficacia probatoria persiste tras la impugnación si tras el cotejo o comprobación de las copias, certificaciones o testimonios fehacientes el documento público impugnado es coincidente con el original.

Por el contrario, la impugnación de la autenticidad de un documento privado va más allá de una mera comprobación y desplaza la carga de la prueba a la parte que lo ha aportado para que acredite su genuidad<sup>1067</sup>. A este fin, la LEC dispone que la parte que ha visto su documento impugnado puede solicitar el cotejo pericial de letras o cualquier otro medio de prueba que estime útil para acreditar su autenticidad y, si de esta impugnación se deduce la autenticidad del documento privado, la parte impugnante deberá hacerse cargo de las costas, gastos o derechos originados, pudiendo también ser multada por temeridad litigante<sup>1068</sup>. Se pone de manifiesto, incluso legislativamente, como no puede limitarse al informe pericial la única forma de adveración posible de la genuidad de una prueba.

Si aplicamos analógicamente esta normativa a la impugnación de un documento privado por el que se introduce una prueba electrónica, piénsese, por ejemplo, en la impresión de un correo electrónico, la parte que la ha aportado solicitará la práctica de pruebas instrumentales que acrediten su autenticidad, si bien, en este supuesto, no será útil la del cotejo pericial de letras.

---

<sup>1066</sup> Vid. LLOPIS BENLLOCH, J.C., “Prueba electrónica y notariado”, *Op. Cit.*, pp. 22-23.

<sup>1067</sup> Así, la SAP de Tarragona 30/2006, de 19 de enero señala que “el que aporta un documento privado es el que ha de probar su autenticidad y la veracidad de su contenido, y cuando no se pueda deducir de las pruebas practicadas la autenticidad del documento el Tribunal lo valorará conforme a las reglas de la sana crítica”.

<sup>1068</sup> Vid. artículo 326 LEC.

La impugnación de un documento privado no le niega su valor probatorio, ya que el Tribunal lo puede tomar en consideración –aun impugnado- ponderando el grado de credibilidad que puede merecer en las circunstancias del debate, o complementándolo con otros elementos de prueba, pues la posición contraria dispondría tanto como dejar al arbitrio de una parte la eficacia probatoria del documento<sup>1069</sup>. Así, la STS 558/2011, de 15 de julio refiere que “cuando un documento privado sea impugnado por la parte contraria a quien lo presentó, que lo estima perjudicial a sus intereses, a la parte que lo aportó al proceso le incumbe la carga de probar la autenticidad, lo que no obsta a que la otra parte pueda también intentar acreditar la inautenticidad. Si se demuestra la falta de autenticidad el documento carece de eficacia probatoria y si se acredita que es auténtico es plenamente idóneo para probar “per se”. Cuando no se pudiere deducir la autenticidad o no se hubiere propuesto prueba alguna, esto es, no consta que sea auténtico, pero tampoco inauténtico, el tribunal lo valorará conforme a las reglas de la sana crítica. Para acreditar la autenticidad puede utilizarse cualquier medio de prueba e incluso presunciones, en cuyo caso, la naturaleza de la prueba es la propia del medio empleado y no la del documento objeto de prueba”.

La LEC también recoge la impugnación de la autenticidad de un documento electrónico –recuérdese, un soporte electrónico con información de cualquier naturaleza en forma electrónica<sup>1070</sup>- con firma electrónica reconocida<sup>1071</sup> o con firma electrónica avanzada<sup>1072</sup>. Si es objeto de impugnación un documento con una firma electrónica reconocida, quien haya presentado el documento procederá a comprobar que se trata de una firma electrónica avanzada basada en un certificado reconocido, que cumple todos los requisitos y condiciones establecidos en la legislación específica para este tipo de certificados, así como que la firma se ha generado mediante un dispositivo seguro de creación de firma

---

<sup>1069</sup> Vid. SSTS de 27 de enero de 1987; de 11 de mayo de 1987; de 25 de marzo de 1988; de 23 de noviembre de 1990 (Id Cendoj: 28079110011990100712); 1050/1994, de 18 de noviembre; 926/2002, de 30 de septiembre; 1313/2002, de 30 de diciembre; 146/2003, de 13 de febrero; 613/2003, de 24 de junio; y SAP de Tarragona 30/2006, de 19 de enero.

<sup>1070</sup> El apartado quinto del artículo 3 de la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica define documento electrónico como “la información de cualquier naturaleza en forma electrónica, archivada en un soporte electrónico según un formato determinado y susceptible de identificación y tratamiento diferenciado”.

<sup>1071</sup> Se considera firma electrónica reconocida la firma electrónica avanzada basada en un certificado reconocido y generada mediante un dispositivo seguro de creación de firma, vid. apartado tercero del artículo 3 de la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

<sup>1072</sup> La firma electrónica avanzada es la firma electrónica que permite identificar al firmante y detectar cualquier cambio ulterior de los datos firmados, que está vinculada al firmante de manera única y a los datos a que se refiere y que ha sido creada por medios que el firmante puede utilizar, con un alto nivel de confianza, bajo su exclusivo control, vid. apartado segundo del artículo 3 de la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

electrónica. Si tales comprobaciones arrojan un resultado positivo, el juez impone a quien hubiese formulado la impugnación las costas, gastos y derechos que origine la comprobación y, si la impugnación hubiese sido temeraria, le podrá imponer, además, una multa de 120 a 600 euros<sup>1073</sup>. En el caso de que una de las partes impugne la autenticidad de la firma electrónica avanzada con la que se hayan firmado los datos incorporados al documento electrónico, la LFE dispone que se estará a lo establecido en el apartado 2 del artículo 326 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, esto es, se puede pedir el cotejo pericial de letras –que resulta ilógico aquí, por lo que habrá que considerar la práctica de otros medios- o proponer cualquier otro medio de prueba que resulte útil y pertinente al efecto<sup>1074</sup>. Pueden ser útiles para acreditar la autenticidad de la firma impugnada la práctica de la prueba pericial o un certificado del prestador de servicios que realiza la certificación de las firmas<sup>1075</sup>.

Una sentencia paradigmática del proceso de impugnación de la prueba tecnológica aportada como documental y de la confusión que existe con respecto al documento electrónico es la SAP de Lleida 51/2014, de 30 de enero, que resuelve un recurso de apelación en el que el recurrente alega que, pese a haber impugnado unos correos electrónicos aportados a la causa, no se ha procedido como dicta la Ley de firma electrónica. La mencionada Audiencia Provincial indica en su sentencia que los correos electrónicos, aportados como documental, no contienen ninguna firma electrónica -ni reconocida ni avanzada- y, por tanto, no son documentos electrónicos. Además, esta resolución explica que la parte recurrente había impugnado los documentos, pero que la parte demandada no había propuesto prueba pericial “para acreditar la autenticidad de

---

<sup>1073</sup> Vid. apartado octavo del artículo 3 de la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

<sup>1074</sup> El apartado tercero del artículo 326 LEC dispone que en estos supuestos “se procederá con arreglo a lo establecido en el artículo 3 de la Ley de Firma Electrónica” y, en el precepto citado se indica que “si se impugna la autenticidad de la firma electrónica reconocida con la que se hayan firmado los datos incorporados al documento electrónico se procederá a comprobar que se trata de una firma electrónica avanzada basada en un certificado reconocido, que cumple todos los requisitos y condiciones establecidos en esta Ley para este tipo de certificados, así como que la firma se ha generado mediante un dispositivo seguro de creación de firma electrónica. La carga de realizar las citadas comprobaciones corresponderá a quien haya presentado el documento electrónico firmado con firma electrónica reconocida. Si dichas comprobaciones obtienen un resultado positivo, se presumirá la autenticidad de la firma electrónica reconocida con la que se haya firmado dicho documento electrónico siendo las costas, gastos y derechos que origine la comprobación exclusivamente a cargo de quien hubiese formulado la impugnación. Si, a juicio del tribunal, la impugnación hubiese sido temeraria, podrá imponerle, además, una multa de 120 a 600 euros. Si se impugna la autenticidad de la firma electrónica avanzada, con la que se hayan firmado los datos incorporados al documento electrónico, se estará a lo establecido en el apartado 2 del artículo 326 de la Ley de Enjuiciamiento Civil”. Así, el artículo 326 remite al 3 de la Ley de Firma Electrónica que, a su vez, remite al artículo 326 LEC.

<sup>1075</sup> PÉREZ DAUDÍ, V., “Impugnación prueba electrónica y momento procesal”, en *La prueba electrónica* (Dir. ABEL LLUCH; PICÓ I JUNOY), BOSCH, 2011, p. 399.

esos correos electrónicos y que, sin embargo, ello no excluye que el juzgador de instancia pueda valorar tales documentos conforme a las reglas de la sana crítica, pudiendo otorgarles relevancia siempre que existan en el proceso otros elementos de juicio susceptibles de ser valorados con aquél”. Así que, en realidad, el correo electrónico impreso es un documento tradicional y sólo constituye un documento electrónico si contiene los elementos de firma electrónica. De tener firma electrónica avanzada, el proceso de adverbación tras su impugnación no dista mucho del que concurre en un documento tradicional, esto es, la práctica de prueba instrumental. Si la firma es reconocida, su acreditación se centra en comprobar que cumple los requisitos de este tipo de prueba.

Así, si la prueba tecnológica impugnada se aporta como documental, el proceso de certificación de su autenticidad e integridad dependerá de que sea una documental pública –en cuyo caso únicamente se podrá comprobar su identidad con el original-, un documento privado o un documento electrónico con firma avanzada –cuya acreditación necesitará de prueba instrumental- o un documento electrónico con firma reconocida –en cuyo caso se analizará si se han cumplido las condiciones del sistema seguro de firma-.

Pero, además de la impugnación de la documental, la LEC también hace referencia a la impugnación de la prueba pericial en el apartado segundo del artículo 427, que dispone que “las partes, si fuere el caso, expresarán lo que convenga a su derecho acerca de los dictámenes periciales presentados hasta ese momento, admitiéndolos, contradiciéndolos o proponiendo que sean ampliados en los extremos que determinen”, que se puede aplicar a la prueba tecnológica aportada a través de este medio. No existen, sin embargo, más referencias al proceso de impugnación y adverbación de la prueba pericial en la Ley rítuaria, si bien debe entenderse se podrá hacer uso de pruebas instrumentales para acreditar la autenticidad e integridad de la prueba tecnológica aportada por medio de una pericial informática.

Por tanto, el citado artículo 427 de la LEC únicamente refiere la impugnación de los medios de prueba documental o pericial en la Audiencia Previa, lo que debe entenderse fundamentado en la exigencia de que estos medios probatorios acompañen a toda demanda o contestación a la demanda<sup>1076</sup>. Sin embargo, pocas referencias existen a la forma en la que deben adverbarse otros medios de prueba si se impugna su autenticidad.

---

<sup>1076</sup> Vid. Artículo 265 LEC.

Con respecto a la impugnación de la prueba tecnológica aportada al proceso a través de la prueba de reproducción de palabras, sonidos e imágenes y de los instrumentos que permiten archivar y conocer datos, el legislador no ha previsto en el artículo 427 LEC que las partes se pronuncien sobre el mismo<sup>1077</sup>, si bien hay quien entiende que el citado precepto es aplicable a este medio de prueba<sup>1078</sup>.

Ello no obstante, el artículo 382 LEC, dedicado a los “instrumentos de filmación, grabación y semejantes” prevé que “las otras partes podrán aportar dictámenes y medios de prueba cuando cuestionen la autenticidad y exactitud de lo reproducido” y el artículo 384 LEC dispone que “los instrumentos que permitan archivar, conocer o reproducir palabras, datos, cifras y operaciones matemáticas llevadas a cabo con fines contables o de otra clase, que, por ser relevantes para el proceso, hayan sido admitidos como prueba, serán examinados por el tribunal por los medios que la parte proponente aporte o que el tribunal disponga utilizar y de modo que las demás partes del proceso puedan, con idéntico conocimiento que el tribunal, alegar y proponer lo que a su derecho convenga”.

De esta manera, de la lectura de los citados preceptos parece que es posible impugnar la autenticidad formal de una prueba tecnológica aportada a través de instrumentos de reproducción de palabras, sonidos e imágenes o que permiten archivar y conocer datos, si bien nada se dice en relación al momento o procedimiento para llevar a cabo esta impugnación. Sobre el particular, PÉREZ DAUDÍ destaca cómo los soportes de este medio probatorio no siempre se facilitan con la demanda o contestación a la demanda si las partes no los solicitan, lo que lleva a impugnar este medio en el momento posterior a su visionado, circunstancia esta que dilata el proceso en tanto en cuanto las partes proponen pruebas instrumentales para acreditar su autenticidad en el acto del juicio<sup>1079</sup>. Para evitar alargar excesivamente el proceso de adverbación de la prueba impugnada, este autor aboga por obligar a aportar este medio de prueba junto con el escrito de demanda o de su contestación, de la misma manera que sucede con los documentos, para que sea

---

<sup>1077</sup> PÉREZ DAUDÍ, V., “Impugnación prueba electrónica y momento procesal”, *Op. Cit.*, p. 393. Sobre la cuestión, MONTERO AROCA afirma que “no se sabe si atribuir a un olvido que en el artículo 427, dentro de la audiencia previa, se exija que las partes se pronuncien sobre los documentos aportados de contrario, admitiéndolos o impugnándolos, y proponiendo prueba sobre su autenticidad, y también sobre los dictámenes periciales presentados hasta el momento, mientras que no se dice nada respecto de los medios de reproducción del sonido o de la imagen”, en MONTERO AROCA, J., *La prueba en el proceso civil*, *Op. Cit.*, p. 451.

<sup>1078</sup> vid. ABEL LLUCH, X., *Derecho probatorio*, *Op. Cit.*, p. 1007.

<sup>1079</sup> PÉREZ DAUDÍ, V., “Impugnación prueba electrónica y momento procesal”, *Op. Cit.*, p. 395.

posible aplicar analógicamente el procedimiento de impugnación de otros medios de prueba<sup>1080</sup>.

No parece asimilable, sin embargo, la traslación de lo dispuesto en la LEC para la impugnación de la autenticidad e integridad de un documento a los medios de prueba de la declaración de un acusado, de la testifical o del reconocimiento judicial. Si la prueba tecnológica se ha aportado a través de estos medios de prueba personales, podrán las partes igualmente impugnar la autenticidad e integridad de la fuente de prueba –del dispositivo, en su caso–, pero será necesaria la práctica de algún medio de prueba instrumental para garantizar su genuinidad.

Sobre el momento oportuno para que una parte realice la impugnación de una prueba, nada dice la LECrim, lo que obliga, una vez más, a acudir a la regulación procesal civil, subsidiaria para el resto de órdenes jurisdiccionales. Así, para el proceso civil la LEC dispone la impugnación sobre la autenticación de una prueba en la audiencia previa del juicio ordinario, pero no prevé este trámite en el proceso verbal que carece de esta fase<sup>1081</sup>. Al respecto, la doctrina propone que, a falta de norma expresa, la impugnación de la verificación de la autenticidad de una prueba en el juicio verbal se produzca en la vista en un momento previo a la práctica de las pruebas<sup>1082</sup>. De tratarse de un documento aportado en forma electrónica, debe darse un plazo a la parte aportante para que facilite el documento original, si bien PÉREZ DAUDÍ recomienda que la parte acuda al acto del juicio con el documento original para que pueda cotejarse en ese momento si se impugnase<sup>1083</sup>.

Más complicado parece la traslación de estas disposiciones al proceso penal, si bien puede enmarcarse en lo dispuesto en el artículo 785 LECrim, que establece el inicio del acto de juicio oral como límite temporal para la entrega de documentos por las acusaciones y las defensas. A partir de este momento en el procedimiento abreviado, o desde el escrito de defensa en el procedimiento ordinario por delitos graves, el tribunal sentenciador deberá rechazar e inadmitir cuantos documentos pretendan ser aportados por las partes. Para el resto de medios de prueba, resulta de aplicación el apartado segundo del artículo 786, que

---

<sup>1080</sup> PÉREZ DAUDÍ, V., “Impugnación prueba electrónica y momento procesal”, *Op. Cit.*, p. 396.

<sup>1081</sup> ARBÓS I LLOBET, R., “Impugnación de documento privado”, *Op. Cit.*, p. 514.

<sup>1082</sup> MONTERIO AROCA, J., *La prueba en el proceso civil*, cuarta edición, *Op. Cit.*, p. 295. En el mismo sentido, GARBERÍ LLOBREGAT, J., *Los medios de prueba en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, *Op. Cit.*, p. 67.

<sup>1083</sup> PÉREZ DAUDÍ, V.; ZAMBRANO FRANCO, F. K., “Preguntas con respuesta: la prueba a consulta”, *Diario La Ley*, *Op. Cit.*, p. 8.

regula el inicio del juicio oral, que comenzará con la lectura de los escritos de acusación y de defensa y, seguidamente, a instancia de parte, el Juez o Tribunal abrirá un turno de intervenciones para que puedan las partes exponer lo que estimen oportuno acerca de la competencia del órgano judicial, vulneración de algún derecho fundamental, existencia de artículos de previo pronunciamiento, causas de la suspensión de juicio oral, nulidad de actuaciones, así como sobre el contenido y finalidad de la pruebas propuestas o que se propongan para practicarse en el acto<sup>1084</sup>.

Es importante conocer el momento en el que la parte puede realizar las alegaciones, ya que algunos autores consideran esta impugnación preclusiva, de forma que, de no instarse en el momento procesal adecuado, no podrá alegarse con posterioridad<sup>1085</sup>. Es decir, si la parte no solicita la comprobación total o parcial de lo cotejado con la fuente original en el acto del juicio, se considera que ha desistido del derecho a practicarla en el acto del juicio oral y posteriormente no será posible impugnar su validez<sup>1086</sup>. Así, la impugnación de la autenticidad realizada en un momento incorrecto podría conllevar la no admisión de las alegaciones para garantizar acciones de mala fe, con consecuencias relevantes en el resultado de un proceso.

En resumen, pese a que la regulación es parca con respecto a impugnación de la autenticidad o integridad de la prueba tecnológica, es posible valerse de los procesos previstos para la impugnación y acreditación del medio de prueba a través del cual se ha incorporado la fuente tecnológica en cuestión al proceso. En todo caso, la práctica forense está generalizando la impugnación de las pruebas tecnológicas aportadas de contrario sobre la base de que son fuentes de prueba fácilmente manipulables, lo que obliga a que la contraparte desarrolle un importante y complejo ejercicio de comprobación de la autenticidad de la prueba, incrementando los costes y dilatando el proceso. Sin embargo, no existen diferencias sustanciales entre la falsedad de este tipo de pruebas y la que se pueda deducir de otros tipos de prueba. En este contexto, nace la necesidad de exigir al

---

<sup>1084</sup> La SAP de Málaga 442/2015, de 17 de julio sitúa el momento de la impugnación de la autenticidad de un *Whatsapp* al inicio del juicio oral, así, dispone que la prueba instrumental para advenir la genuinidad de la prueba tecnológica impugnada “debe haber sido pedida en tiempo y forma, en el escrito de conclusiones provisionales y también en el momento de la iniciación del juicio en el procedimiento abreviado”. La SAP de Madrid 583/2017, de 18 de octubre considera que la impugnación se debía haber realizado en el escrito de defensa o como cuestión previa.

<sup>1085</sup> GARBERÍ LLOBREGAT, J., *Los medios de prueba en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Op. Cit., p. 67, con cita en la SAP Madrid de 5 de junio de 2008.

<sup>1086</sup> RICHARD GONZÁLEZ, M., *Investigación y prueba mediante medidas de intervención...*, Op. Cit., p. 319.

impugnante que incluya en sus alegaciones un principio de prueba que fundamenten sus alegaciones para racionalizar la impugnación de las pruebas tecnológicas.

## 2. Valoración de la prueba tecnológica

La prueba tecnológica lícita, útil y pertinente, practicada con todas las garantías de oralidad, inmediación y contradicción y, en su caso, impugnada y acreditada<sup>1087</sup> es, finalmente, valorada por el juez.

Para dicha tarea de valoración de la prueba tecnológica, un sector de la doctrina es partidario de que los órganos judiciales adquieran especiales conocimientos informáticos para una mejor comprensión de los aspectos técnicos de este tipo de pruebas<sup>1088</sup>.

Ciertamente, el nivel de conocimiento de los jueces sobre las nuevas tecnologías –salvo alguna excepción particular-, no va más allá del que tendría un usuario medio<sup>1089</sup>, de

---

<sup>1087</sup> Tal y como se ha visto en el epígrafe destinado a la impugnación de la prueba tecnológica, si tras su impugnación, se constata su falsedad, ésta se expulsa del proceso, en cualquier otro caso, se valorará con el restante acervo probatorio.

<sup>1088</sup> Véase, entre otros, BUENO DE MATA, F., “La práctica de la prueba electrónica en sede judicial...”, *Op. Cit.*, p. 2; BERNÁNDEZ CABELLO, O; RAMOS, I.; DE LA LASTRA, P., “Retos de la tutela judicial efectiva frente a las ciberamenazas”, en *Retos del derecho ante las nuevas amenazas* (Dir. DE TOMÁS MORALES), Dykinson, Madrid, 2015, pp. 119-122; BLÁZQUEZ ANDRÉS, M.C.; CARRASCOSA LÓPEZ, V., “El derecho de la informática en la formación de juristas e informáticos”, *Informática y derecho: Revista iberoamericana de derecho informático*, nº 4, 1994 (Ejemplar dedicado a: III Congreso Iberoamericano de Informática y Derecho), pp. 589-592. Esta tesis puede enmarcarse en una corriente más amplia que defiende la especialización técnica de los juzgadores en aquellas disciplinas de las que conocen en sus asuntos. A modo de ejemplo, DE MIRANDA VÁZQUEZ refiere la necesidad de que los jueces estudien y aprendan materias tales como la psicología del testimonio, la epistemología o la metodología científica para valorar con mayores garantías la declaración de los acusados o las pruebas periciales, respectivamente, véase DE MIRANDA VÁZQUEZ, que indica la posibilidad de que los jueces conozcan la psicología del testimonio, si bien admite que es un campo que se encuentra en vías de desarrollo y que requiere de entrenamiento y de cierto conocimiento de la persona declarante. En todo caso, el autor considera que la inmediación del juez en la declaración puede conllevarle cierta confusión derivada del lenguaje corporal que no concurre si únicamente se centra en la declaración, vid. DE MIRANDA VÁZQUEZ, C., “Valoración de la prueba. La prueba indiciaria”, en *Estudios sobre prueba penal. Volumen III* (Dir. ABEL LLUCH, RICHARD GONZÁLEZ), La Ley, Las Rozas, 2013, p. 383.

<sup>1089</sup> En este sentido, es patente la utilización diaria de herramientas tecnológicas por parte de los jueces y Magistrados (ordenadores, *usb*, grabaciones de vídeo, correos electrónicos, discos duros o firma electrónica, ...), máxime tras la promulgación, la *Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos* y la *Ley 18/2011, de 5 de julio, reguladora del uso de las tecnologías de la información y la comunicación en la Administración de Justicia*, que regulan y promocionan el uso de las nuevas tecnologías en la Administración de Justicia. En el año 2007, la revista *E-Justicia* publicaba datos concretos sobre la formación de jueces en materia tecnológica a raíz de un proyecto de implementación de la extranet. Esta publicación destacaba que “nueve de cada diez jueces disponían de ordenador y declaraban utilizar Internet y escribir sus resoluciones en un ordenador. Estas cifras sin embargo, iban disminuyendo a medida que avanzaba la edad del encuestado, de manera que entre los jueces mayores de 60 años entre el 18% y el 30% no usaban el ordenador ni Internet”. Si bien estos datos son antiguos, trasladan cierta inquietud sobre la formación en nuevas tecnologías de Jueces y Magistrados. En este sentido, la publicación señala que “por citar datos más concretos, las carencias en cuanto a conocimientos informáticos se detectaban especialmente en el manejo de Internet Explorer en general y de



modo que, como es comprensible, carecen de la capacidad suficiente para dilucidar si un correo electrónico ha sido manipulado o si los datos de un disco duro han sido eliminados, o no, de manera fortuita. Para esa labor, los jueces pueden contar con el auxilio de peritos que les ilustren sobre materias específicas como mecánica, anatomía, informática,...

Esta idea, sin embargo, olvida el significado de la valoración judicial, que no consiste en una completa evaluación técnica de las pruebas, sino que sirve a la determinación por parte del juez de que los medios de prueba practicados en el juicio acreditan, o no, los hechos aducidos por las partes<sup>1090</sup>. En palabras de GÓMEZ ORBANEJA, la valoración (o apreciación) de la prueba es la operación mediante la cual el juez llega a la conclusión de que la prueba ha acreditado los hechos que hayan sido objeto de la misma<sup>1091</sup>.

Por tanto, a través de la valoración, el juzgador ante el que ha tenido lugar la actividad probatoria determina qué hechos alegados por las partes –y practicados a través de medios de prueba-, de interés para el pleito, han quedado demostrados para aplicar la consecuencia jurídica prevista legalmente<sup>1092</sup>. De esta manera el juez realiza un relato de

---

los procesadores de textos. Pero, además, el proceso de formación ha ayudado a los jueces y magistrados a mejorar su nivel de uso de las aplicaciones de gestión procesal. Se ha constatado, por último, que el uso del correo electrónico presenta también ciertas dificultades, que esperamos puedan ser subsanadas en futuras acciones de formación”, vid. *E-Justicia*, nº 3, mayo 2007, pp. 8-10. La escuela judicial, incluso, prevé un curso básico de informática sobre gestión de documentos y uso del correo electrónico, véase el Plan Docente de Formación Inicial de la Escuela Judicial, que prevé este curso en la primera semana de docencia para aquellos alumnos que carezcan de dichos conocimientos básicos.

<sup>1090</sup> ORTELLS RAMOS, M., *Derecho Procesal civil*, Thomson Aranzadi, Madrid, 2004, p. 360. DE MIRANDA VÁZQUEZ define la valoración como el proceso racional que lleva al juzgador a concluir sobre la verdad de cada una de las afirmaciones de hecho controvertidas y considera que valorar la prueba “significa evaluar la fiabilidad de la fuente de prueba”, en DE MIRANDA VÁZQUEZ, C., “Valoración de la prueba. La prueba indiciaria”, *Op. Cit.*, pp. 339, 379. Sobre la valoración judicial, TARUFFO establece tres niveles en los que, según la concepción racionalista, se realiza la decisión judicial: un primer nivel referido a la cultura y al sistema político de una sociedad determinada, un segundo nivel legislativo y, finalmente, el de la ideología del juzgador, en TARUFFO, M., “Consideraciones sobre prueba y motivación”, *Op. Cit.*, pp. 17-26.

<sup>1091</sup> GÓMEZ ORBANEJA, E., *Derecho procesal Civil. Parte general. El proceso declarativo ordinario*, octava edición, Artes Gráficas y Ediciones Madrid, 1976, p. 295, que añade que “es la porción de decisión judicial referente a la cuestión de hecho, y, por tanto, pertenece propiamente a la formación interna del fallo”. El autor también distingue entre valoración e interpretación de los resultados probatorios, que define como “una operación previa a la valoración, que tiene a establecer de modo cierto el significado de cada uno de los juicios de hecho (porque téngase en cuenta que la el resultado de la prueba no es un hecho, sino un juicio de hecho), con exclusión, es claro, de los que hayan sido recogidos inmediatamente por la percepción del Juez”, en *Op. Cit.*, p. 300.

<sup>1092</sup> En palabras de GIMENO SENDRA, “el fin de la valoración de la prueba consiste en el convencimiento del Juzgador sobre la verdad o falsedad de determinadas afirmaciones discutidas en el proceso, esto es, coincide con la finalidad de la prueba misma”, vid. GIMENO SENDRA, V., *Derecho procesal civil. El proceso de declaración. Parte general*, Castillo de Luna, Madrid, 2015, p. 525. En un sentido similar, GARBERÍ LLOBREGAT, J., BUITRÓN RAMÍREZ, G., *La prueba civil*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004, p. 108, señalan que la valoración de la prueba consiste en “aquella actividad intelectual que ha de desplegar el Juez unipersonal o los Magistrados integrantes de un tribunal colegiado a la hora de pronunciarse sobre el fondo del conflicto, actividad que han de exteriorizar debidamente en la resolución final que dicten, y que tiene por finalidad la de fijar cuáles son los hechos que, en concreto, consideran

hechos probados en el que evidencia que, a la luz de la actividad probatoria correspondiente, ha adquirido el convencimiento de una determinada posición fáctica<sup>1093</sup>.

Así, por ejemplo, ante un hipotético supuesto en el que una parte afirme que ha recibido unos mensajes amenazantes por parte del acusado vía correo electrónico, que la contraparte niegue, el juzgador determinará, tras la práctica de las pruebas, la verdad o falsedad de las afirmaciones sobre los hechos de cada uno de los litigantes. En este sentido, para la fundamentación de la sentencia no le corresponde al juez la evaluación de cuestiones técnicas relativas al soporte electrónico –en este caso, el email-, sino que su función es la de concluir si, a la luz del conjunto probatorio (pericial, testifical,...), el acusado ha enviado ese correo y si su contenido constituye un delito de amenazas.

La formación judicial, por tanto, no debe orientarse a las diversas materias específicas que el juzgador pueda conocer en cada uno de los asuntos, lo cual resultaría inabarcable (piénsese si los jueces tuvieran que estudiar disciplinas como mecánica, medicina, informática, sustancias tóxicas, administración de empresas,... sólo por el ámbito profesional del litigio); sino, por el contrario, parece más razonable que los juzgadores amplíen su estudio sobre cuestiones tales como la interpretación y argumentación jurídica<sup>1094</sup>.

---

probados u cuáles no, mediante la aplicación, bien de reglas tasadas o bien de criterios de máximas de la experiencia o de la sana crítica en los casos autorizados por la Ley, a los distintos resultados obtenidos de la actividad probatoria desplegada en el proceso. (...) es, pues, determinar justificadamente qué resultados probatorios han alcanzado la finalidad de acreditar al titular del órgano judicial la existencia, realidad o veracidad del hecho alegado por la parte”.

<sup>1093</sup> Vid. DE MIRANDA VÁZQUEZ, C., “Valoración de la prueba. La prueba indiciaria”, *Op. Cit.*, pp. 339-341, que señala que el objetivo del juicio es la mayor aproximación posible a la verdad, sin que la verdad absoluta se encuentre a nuestro alcance y, por ello, la sentencia desemboca en la conclusión acerca de la verdad o no de una afirmación de hecho controvertida. Así, el autor admite que la labor del juzgador es la de concluir que lo más plausible –a la luz de la evidencia obrante en la causa- es una determinada posición fáctica.

<sup>1094</sup> En palabras de TARUFFO, “no parece excesivo, por otra parte, requerir a un juez que vive en la sociedad actual, dominada por la ciencia y la tecnología, con una presencia cada vez más frecuente de la ciencia en los asuntos procesales, un nivel adecuado de información epistemológica”, en TARUFFO, M., *Simplemente la verdad. El juez y la construcción...*, *Op. Cit.*, p. 245. Una importante labor de difusión e investigación de la argumentación jurídica está siendo desarrollada por el profesor ATIENZA RODRÍGUEZ, en este sentido, véanse sus trabajos “Las razones del derecho. Sobre la justificación de las decisiones judiciales”, *Isonomía: Revista de teoría y filosofía del derecho*, nº 1, 1994, pp. 52-69; “Sobre la argumentación en materia de hechos: Comentario crítico a las tesis de Perfecto Andrés Ibáñez”, *Jueces para la democracia*, nº 22, 1994, pp. 82-86; “Razonamiento jurídico”, en *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho* (Coords. FABRA ZAMORA, ÚÑEZ VAQUERO), volumen 2, 2015, pp. 1419-1452; *El Derecho como argumentación*, Ariel, 2012; *Curso de argumentación jurídica*, Trotta, 2013. Véase un esquema de la argumentación jurídica que puede utilizarse en procedimientos con problemas de interpretación, de prueba o de calificación en ATIENZA RODRÍGUEZ, M., “Para una teoría de la argumentación jurídica”. *Doxa*, nº 8, 1990, pp. 39-61.

A este fin, el juez sigue varias fases en el proceso de valoración, como son, primero, el análisis individual de cada medio de prueba –tecnológica o no-; segundo, la posterior apreciación conjunta del acervo probatorio y; tercero, para el supuesto de que todavía albergue dudas sobre algún hecho incierto, aplicará las reglas de carga de la prueba para la determinación y fallo del asunto<sup>1095</sup>.

Así, en un primer momento, para la valoración de la prueba tecnológica el juez lleva a cabo una apreciación individual de la misma, que puede ser libre –atendiendo a criterios de sentido común conocidos como “reglas de la sana crítica” o “máximas de experiencia”<sup>1096</sup>- o tasada –que impone al juzgador una interpretación determinada que debe asumir, aún en contra de su convicción-. La mayoría de los medios probatorios, no obstante, son de libre valoración judicial, si bien persiste en la LEC algún medio de prueba tasado, como el documental y el interrogatorio, con las especialidades que posteriormente se pondrán de manifiesto en el epígrafe correspondiente.

Cualquier prueba electrónica puede desplegar efectos para acreditar un hecho relevante para el proceso y su valor probatorio dependerá del medio a través del cual la parte ha aportado la fuente tecnológica<sup>1097</sup>. En este sentido, resulta razonable que el juez valore las pruebas tecnológicas de acuerdo con el medio por el cual las partes las aportaron al proceso. Por ejemplo, un acta notarial o unas diligencias de constancia realizadas por el LAJ a petición del interesado sobre una información alojada en una página web constituyen un documento público que tendrá el valor probatorio tasado que la LEC prevé

---

<sup>1095</sup> SERRA DOMÍNGUEZ señala tres fases de verificación del juez: una primera fase de valoración crítica de las afirmaciones instrumentales, una segunda fase de asociación de los enunciados y un tercer período de comparación, vid. SERRA DOMÍNGUEZ, M., “Contribución al estudio de la prueba”, en *Estudios de Derecho Procesal*, Ariel, Barcelona, 1969, pp. 363-365. En un sentido similar, aunque con un orden distinto, DE MIRANDA VÁZQUEZ también identifica tres fases del juicio de hecho (la verificación de una determinada afirmación de hecho controvertida): en primer lugar, la fase de depuración de la información, esto es, la valoración de la prueba en la que se criba la información en función de la fiabilidad de la fuente; la fase de identificación del enunciado controvertido y la afirmación sobre la realidad de contraste; y, finalmente, la fase de asociación lógica de enunciados, en la que se construirán las presunciones judiciales, en DE MIRANDA VÁZQUEZ, C., “Valoración de la prueba. La prueba indiciaria”, *Op. Cit.*, pp. 349-350.

<sup>1096</sup> En palabras de GÓMEZ ORBANEJA, por máximas de experiencia se entienden “los principios de la experiencia general, ínsitos en el saber de la zona cultural a que el juez pertenezca, como los de una ciencia, arte o especialidad determinada (excepto los jurídicos, que el juez conoce o debe conocer y que, como aquellos generales, no tiene que ser probados)”, véase GÓMEZ ORBANEJA, E., *Derecho procesal Civil. Parte general...*, *Op. Cit.*, pp. 293. PEDRAZ PENALVA destaca que para la libre valoración probatoria el juez acude a las máximas de experiencia que posea o a aquellas que le haya aportado el perito, en el caso de haberse practicado prueba pericial, vid. PEDRAZ PENALVA, E., “La práctica probatoria anticipada...”, *Op. Cit.*, p. 20.

<sup>1097</sup> DELGADO MARTÍN, J., “La prueba del Whatsapp”, *Op. Cit.*, pp. 6-7; ROJAS ROSCO, R., “La prueba digital en el ámbito laboral ¿son válidos los pantallazos?”, en *La prueba electrónica. Validez y eficacia probatoria*, *Op. Cit.*, p. 93.

para los mismos<sup>1098</sup>. Similar eficacia otorga la regulación procesal civil a los documentos privados no impugnados, que pueden ser el medio por el que se aporten conversaciones de mensajería instantánea a través de su impresión o de capturas de pantalla<sup>1099</sup>. Sin embargo, en cuanto a los informes periciales informáticos, el juez los valora de acuerdo con la sana crítica, tal y como prevé el ordenamiento para este concreto medio probatorio.

Tras dicha valoración separada de cada uno de los medios de prueba (en función del sistema libre o tasado aplicable en cada caso), el juez o tribunal realiza una apreciación conjunta del acervo probatorio a efectos de determinar si los hechos controvertidos son ciertos. Esta valoración global es necesaria en la práctica forense, ya que los jueces encuentran, por un lado, pruebas que, aisladamente, son insuficientes, pero que, complementadas con terceras, ofrecen un resultado concluyente; y, por otro lado, pruebas que parecen suficientes para acreditar una circunstancia y que, sin embargo, son contradictorias entre sí cuando realizan un análisis completo de todas ellas. Esta valoración de unas pruebas puestas en relación con otras permite al juez un examen integral de la cuestión de fondo, con independencia de la naturaleza tecnológica o no de las pruebas.

En cualquier caso, las conclusiones derivadas de la valoración conjunta de las pruebas deben ser congruentes, completas y coherentes (en las que el juez señale, por ejemplo, todos los medios de prueba en los que funda la veracidad del contenido de un email). Dicho resultado se obtiene a través de la motivación judicial de la sentencia, en la que el juzgador muestra el camino razonado que ha recorrido en la apreciación de las pruebas - indicando, en tal caso, la eficacia probatoria de cada una de ellas- y que le ha llevado a su conclusión<sup>1100</sup>. La motivación de las sentencias es una manifestación del derecho a la tutela judicial efectiva y una garantía para los justiciables que les permite comprobar que la resolución dada al caso es consecuencia de una exigencia racional del ordenamiento y no el fruto de la arbitrariedad<sup>1101</sup>. En este sentido, tal y como expresa la STS 735/2016,

---

<sup>1098</sup> Así, DELGADO MARTÍN indica que la ley no obliga al juez a tener por probados los hechos que surjan de una prueba tecnológica, aunque sí le obliga a tener por probados los hechos que surjan de un documento público electrónico, en DELGADO MARTÍN, J., “La prueba del Whatsapp”, *Op. Cit.*, pp. 6-7.

<sup>1099</sup> En este sentido se pronuncia el *Dictamen nº 1/2016 Sobre la valoración de las evidencias en soporte papel o en soporte electrónico aportadas al proceso penal como medio de prueba de comunicaciones electrónicas*, p. 7.

<sup>1100</sup> La motivación viene expresamente prevista en el artículo 209 LEC en el que dispone el contenido de las sentencias. Sobre la cuestión, véase TARUFFO, M., *La motivación de la sentencia civil*, Editorial Trotta, Madrid, 2011.

<sup>1101</sup> Véanse las SSTC 17 de diciembre de 1985, 23 de junio de 1986, 13 de mayo de 1987, 2 de julio de 1990; 165/1993; 314/2005, de 12 de diciembre; 160/2009, de 29 de junio; 126/2013, de 3 de junio; 9/2015, de 2 de febrero; 29/2017, de 27 de febrero; las SSTS 7/2004, de 16 de enero; 448/2004, de 2 de

de 5 de octubre, la motivación “supone, también y de manera quizá aún más importante, que el propio Juzgador reflexione sobre el sentido y validez de su razonamiento, al verse obligado a justificarlo, auxiliándole eficazmente en la honesta búsqueda de la rectitud y justicia de la decisión. En definitiva, y en concreto en el ámbito de lo Penal en el que las Resoluciones tienen carácter público, es la Sociedad misma la que, conociendo los argumentos en los que los Tribunales apoyan sus pronunciamientos, percibe los contextos jurisprudenciales en la aplicación de la norma y accede, en su caso, a la posible crítica legítima de los criterios aplicado”.

Ello no obstante, hay un importante número de resoluciones jurisprudenciales que no exigen una investigación detallada de cada una de las pruebas y sostienen que resulta innecesario examinarlas todas pormenorizadamente, siendo suficiente que, de su análisis, se extraiga con convicción un resultado fruto de la conjunción de dichos elementos probatorios<sup>1102</sup>. Esta posición, sin embargo, pone en riesgo las garantías de la valoración conjunta de la prueba, transformando este sistema de apreciación casuístico en un peligroso método discrecional de decisión judicial, que complica su revisión en una instancia posterior<sup>1103</sup>. En palabras del TS, la necesidad de motivación supone “que el propio Juzgador reflexione sobre el sentido y validez de su razonamiento, al verse obligado a justificarlo, auxiliándole eficazmente en la honesta búsqueda de la rectitud y justicia de la decisión”<sup>1104</sup>.

---

abril; 640/2004, de 20 de mayo; 956/2004, de 19 de julio; 807/2005, de 22 de junio; 1164/2005, de 11 de octubre; 1129/2005, de 12 de diciembre; 146/2006, de 10 de febrero; 55/2007, de 23 de enero; 204/2007, de 15 de marzo; 343/2007, de 20 de abril; 350/2007, de 30 de abril; 407/2007, de 18 de mayo; 613/2007, de 5 de julio; 716/2007, de 18 de septiembre; 814/2007, de 5 de octubre; 1075/2007, de 21 de diciembre; 209/2009, de 5 de marzo; 149/2010, de 19 de febrero; 341/2010, de 13 de abril; 71/2011, de 4 de febrero; 550/2011, de 2 de junio; 517/2012, de 18 de junio; 628/2012, de 11 de julio; 634/2012, de 18 de julio; 693/2012, de 19 de septiembre; 795/2012, de 11 de octubre; 192/2013, de 7 de marzo; 352/2013, de 18 de abril; 183/2013, de 12 de marzo; 487/2013, de 4 de junio; 740/2013, de 7 de octubre; 273/2014, de 7 de abril; 528/2014, de 16 de junio; 573/2014, de 9 de julio; 722/2014, de 28 de octubre; 899/2014, de 26 de diciembre; 276/2015, de 6 de mayo; 197/2016, de 10 de marzo; 678/2016, de 22 de julio; 735/2016, de 5 de octubre.

<sup>1102</sup> Así se pronuncian las SSTS 18 de marzo de 1994; 7 de noviembre de 1994, 19 de diciembre de 1996; 9 de junio de 1998; 31 de diciembre de 1998; 724/2004, de 6 de julio; 438/2006, de 27 de abril; 378/2011, de 6 de junio. La misma idea parece desprenderse de las SSTC 41/1998, de 24 de febrero; 124/2001, de 4 de junio; 126/2011, de 18 de julio; 2/2015, de 19 de enero.

<sup>1103</sup> Como expone DE URBANO CASTRILLO, “en lo que no puede convertirse la “apreciación conjunta de la prueba” es en un fácil expediente para eludir el estudio y valoración individualizado de cada medio de prueba, sustituyendo esa tarea inexcusable –en la que se excluirán de valoración las pruebas declaradas ilícitas, en las que otras se dirá que no arrojan ninguna luz al caso o que una concreta se considera decisiva, etc-, por el cómodo recurso a hacer un juicio global, sin más explicaciones, ya que este proceder no satisface las exigencias constitucionales de motivación del artículo 120.3 CE, y habrá que reputarlo nulo”, en DE URBANO CASTRILLO, E., *La valoración de la prueba electrónica*, Tirant Lo Blanch, 2009, p. 29.

<sup>1104</sup> Así se expresa la STS 899/2014, de 26 de diciembre, que señala que “en concreto en el ámbito de lo Penal en el que las Resoluciones tienen carácter público, es la Sociedad misma la que, conociendo los

Tal es así, que la motivación judicial de las sentencias está íntimamente relacionada con los derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva y a la presunción de inocencia. Pues, por un lado, la resolución impugnada incorrectamente motivada y, por tanto, que esté incurso en evidente y notoria arbitrariedad, irracionalidad o error patente (el caso, por ejemplo, de que de su valoración no se deriven las consecuencias que la ley prevé), afecta al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24.1 CE, entendido, en este caso, en su faceta de derecho a obtener una resolución judicial motivada y fundada en Derecho<sup>1105</sup>. Y, por otro lado, una sentencia sin soporte probatorio suficiente lleva consigo una vulneración de la presunción de inocencia, en tanto en cuanto, la valoración de la prueba necesita de la existencia de actividad probatoria<sup>1106</sup>.

En este sentido, el ordenamiento jurídico prevé para aquellos casos en los que la valoración del juez *a quo* sea incompleta, contradictoria o arbitraria, la posibilidad de que las partes soliciten su revisión por una instancia superior. Precisamente, uno de los motivos que permite recurrir en apelación y en casación es el del error en la valoración de la prueba cuando el recurrente considera que no hay soporte probatorio, o que el juzgador de instancia -que ha apreciado personalmente la práctica probatoria- ha sentenciado con base en interpretaciones discutibles y subjetivas.

Sobre tal particular, el artículo 790 LECrim prevé el error en la apreciación de la prueba como un motivo de apelación para pedir la anulación de la sentencia absolutoria o el agravamiento de la condenatoria, siempre que se justifique la insuficiencia o la falta de racionalidad en la motivación fáctica, el apartamiento manifiesto de las máximas de experiencia o la omisión de todo razonamiento sobre una o varias de las pruebas practicadas que pudieran tener relevancia o cuya nulidad haya sido improcedentemente declarada. En el proceso civil también cabe este motivo de conformidad con lo establecido en los artículos 458 y ss.

Con respecto al recurso de casación, el apartado segundo del artículo 849 LECrim regula su interposición “cuando haya existido error en la apreciación de la prueba, basado en

---

argumentos en los que los Tribunales apoyan sus pronunciamientos, percibe los contextos jurisprudenciales en la aplicación de la norma y accede, en su caso, a la posible crítica legítima de los criterios aplicados”

<sup>1105</sup> La garantía constitucional de tutela judicial efectiva ha de operar, en el ámbito procesal, desde la perspectiva del respeto a los principios de igualdad, contradicción, dispositivo, de aportación de parte y de libre valoración, en conjunto, de la prueba practicada, dado que de la adecuada observancia de todos ellos se obtiene, como es obvio, la disposición de la oportuna tutela judicial, en su doble referencia a la acción y defensa procesales, vid. STS de 8 de noviembre de 1990, FJ 4º.

<sup>1106</sup> RAMOS MÉNDEZ, F., *Enjuiciamiento Criminal*, Atelier, Barcelona, 2014, p. 368.

documentos que obren en autos, que demuestren la equivocación del juzgador sin resultar contradichos por otros elementos probatorios”, esto es, cuando el error de valoración sea en la apreciación de la documental. Pero el trámite casacional no permite suplantar la valoración por parte del Tribunal sentenciador de las pruebas apreciadas de manera directa, ni realizar nuevo análisis crítico del conjunto de la prueba practicada para sustituir la valoración del órgano sentenciador por la del recurrente o por la sala de casación. La casación podrá sustentarse en el proceso civil de acuerdo con los artículos 477 y ss. de la LEC.

Finalmente, tras estos procesos de valoración individual y conjunta de la prueba, en ocasiones, el juez no alcanza la certidumbre sobre alguno de los hechos alegados por las partes. Para estas situaciones, la LEC contiene unas reglas de distribución probatoria que determinan qué hechos debe probar cada litigante e, indirectamente, orientan al juzgador para resolver supuestos de incertidumbre fáctica de acuerdo con estas directrices<sup>1107</sup>. Esta normativa, que es lo que la doctrina conoce como carga de la prueba, determina para quien han de producirse las consecuencias desfavorables en el caso de que un hecho no haya resultado probado, si bien el juez sólo la utiliza cuando falta la necesaria prueba sobre algún hecho controvertido<sup>1108</sup>. En el proceso penal, estas normas de la LEC, de aplicación subsidiaria, están condicionadas al respeto al derecho a la presunción de inocencia del acusado, como se profundizará en las páginas siguientes.

Estas reglas de la carga de la prueba son de aplicación tanto a las pruebas tecnológicas, como a las restantes, ya que el ordenamiento no contempla reglas de distribución probatoria específicas, lo que obliga, una vez más, a aplicar el régimen general. En el ámbito tecnológico, eso sí, han adquirido una notable relevancia dos reglas de la carga de la prueba que flexibilizan la aplicación de los criterios generales de distribución probatoria: la facilidad y la disponibilidad de la prueba. Sobre la base de estas “reglas dinámicas”, el juez puede decantar su valoración teniendo en consideración que alguna de las partes tuvo más fácil o mayor disponibilidad para probar un hecho y no lo hizo, al

---

<sup>1107</sup> El sistema de la carga de la prueba se articula hoy esencialmente en el artículo 217 LEC. TAPIA FERNÁNDEZ señala que “partiendo de los distintos hechos que las partes introducen en el proceso, la carga de su prueba se distribuye atendiendo a criterios de normalidad, tomando como razonable medida el beneficio jurídico que reporta a cada una la certeza de los hechos que alega como fundamento de la estimación de la pretensión, o de la estimación de la oposición”, en TAPIA FERNÁNDEZ, I., “Comentario al artículo 217”, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil. Volumen I* (Coords. CORDÓN MORENO, ARMENTA DEU, MUERZA ESPARZA, TAPIA FERNÁNDEZ), Aranzadi Editorial, Navarra, 2001, p. 787.

<sup>1108</sup> Vid. SAP A Coruña 54/2018, de 20 de febrero.

margen de a qué parte le correspondía probarlo. Así ocurre en la conocida STS 300/2015, de 19 de mayo, donde la circunstancia de que la víctima pusiese a disposición del juzgado sus claves del sistema de mensajería por el que había narrado los hechos a un amigo resulta determinante para que la valoración en conjunto con el resto de pruebas fuese suficiente para la estimación de una pretensión condenatoria.

## 2.1. Sistemas de valoración probatoria

Históricamente han existido dos sistemas posibles de valoración probatoria: el de prueba tasada o legal y el de prueba libre<sup>1109</sup>. Alguna clasificación también identifica un sistema de la valoración de la prueba conocido como de “íntima convicción”, que atribuye el fallo judicial a una voluntad abstracta que queda en el fuero interno del juzgador, si bien es un método primario impropio de un sistema judicial garantista<sup>1110</sup>. Este sistema de valoración está basado en la intuición subjetiva del juez y es huérfano de cualquier tipo de motivación, por lo que, “en puridad, ni siquiera merecería el calificativo de sistema de valoración probatoria”<sup>1111</sup>. En la actualidad, por tanto, subsisten los métodos de valoración libre y tasada, que coexisten para la apreciación individualizada de distintos medios de prueba. Ello no obstante, los jueces realizan, ante la colisión de pruebas contradictorias o de pruebas insuficientes, una valoración conjunta del acervo probatorio para evaluar el contexto completo.

Con respecto a la valoración de la prueba tecnológica, algunos autores se refieren únicamente al documento electrónico<sup>1112</sup> o al medio de reproducción de la palabra, el sonido y la imagen, y de los instrumentos que permiten archivar y conocer o reproducir

---

<sup>1109</sup> GIMENO SENDRA, V., *Derecho procesal civil. El proceso de declaración...*, *Op. Cit.*, p. 51. ORTELLS RAMOS señala que la legalidad y la libertad se refieren, en este contexto, a la operación intelectual de valoración y no al conjunto de actividades de proposición, admisión y práctica de la prueba, en ORTELLS RAMOS, M., *Derecho Procesal civil*, *Op. Cit.*, p. 360.

<sup>1110</sup> Véase MORA MORA, L.P., “La prueba como derecho fundamental”, en *Investigación y prueba en el proceso penal* (Dir. GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO; Coord. SANZ HERMIDA), Colex, Madrid, 2006, p. 84 y ABEL LLUCH, X., *La valoración de la prueba en el proceso civil*, La Ley, Madrid, 2014, p. 75. Es común también que algunos autores denominen sistema “de valoración en conciencia o de íntima convicción” al de libre valoración judicial, vid. MORENO CATENA, V., CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *Derecho procesal penal*, *Op. Cit.*, p. 429. Si bien, como advierte BUJOSA VADELL, no hay que interpretar literalmente estas cláusulas normativas de “apreciación en conciencia” o de “íntima convicción”, dada la exigencia constitucional de motivación de las sentencias como manifestación de la tutela judicial efectiva de los Juzgados y Tribunales, vid. BUJOSA VADELL, L.M., “La valoración de la prueba electrónica”, *Op. Cit.*, p. 81.

<sup>1111</sup> ABEL LLUCH, X., *La valoración de la prueba en el proceso civil*, *Op. Cit.*, p. 80.

<sup>1112</sup> En este sentido, DE URBANO CASTRILLO, E., *La valoración de la prueba electrónica*, *Op. Cit.*, p. 53; JAUME BENNASAR, A., *La validez del documento electrónico y su eficacia en sede procesal*, Lex Nova, Valladolid, 2010



palabras, datos, cifras<sup>1113</sup>. Sin embargo, la prueba tecnológica cabe en cualquiera de los medios previstos en el artículo 299 LEC -y, en este sentido, es necesario analizar la eficacia valorativa de cada uno de ellos-. A modo de ejemplo, es perfectamente posible también la aportación de una prueba tecnológica a través de documentos –públicos, oficiales, o privados-, de periciales informáticas o del reconocimiento judicial.

Cada uno de estos medios por los que se aportan pruebas tecnológicas se valoran a través del sistema de prueba tasada o de prueba libre. Tal y como destaca GÓMEZ ORBANEJA, “por prueba legal no hay que entender que la prueba está regulada en su proposición y práctica por la ley. En este sentido, serían legales todas las pruebas”<sup>1114</sup>, sino que la prueba legal, o tasada, hace referencia a los medios probatorios cuyo valor viene previsto en el ordenamiento. Así, y de forma simplificada, tienen valor tasado en la LEC cierta información de un documento público, de algunos documentos administrativos, de un documento privado no impugnado y del interrogatorio de la parte en algunos supuestos<sup>1115</sup>.

Por el contrario, el sistema de prueba libre no fija el alcance de los medios probatorios y delega en el juez la determinación del valor de los datos que través de estos medios las partes aporten al proceso. En estos supuestos, el juzgador debe realizar la operación intelectual de valoración de la información aportada al proceso de acuerdo con reglas de la sana crítica, esto es, por medio de reglas lógicas que cualquier persona pudiese utilizar en su posición<sup>1116</sup>. Tal sistema de valoración es el método previsto en nuestro ordenamiento jurídico para la mayoría de los medios probatorios, tales como la pericial,

---

<sup>1113</sup> BUENO DE MATA, F., *Prueba electrónica y proceso 2.0...*, *Op. Cit.*; DELGADO MARTÍN, J., *Investigación tecnológica y prueba digital...*, *Op. Cit.*, p. 78; PINTO PALACIOS, F., PUJOL CAPILLA, P., *La prueba en la era digital*, *Op. Cit.*, p. 163.

<sup>1114</sup> GÓMEZ ORBANEJA, E., *Derecho procesal Civil. Parte general...*, *Op. Cit.*, p. 295.

<sup>1115</sup> ABEL LLUCH, X., *La valoración de la prueba en el proceso civil*, *Op. Cit.*, p. 54.

<sup>1116</sup> Tal y como afirma ROSENBERG, la libre apreciación de la prueba “supone que en un caso algo ha sucedido porque determinados casos regularmente suceden de este modo”, de forma que “en virtud de su libre apreciación de la prueba, el juez considera probado lo que según la experiencia constituye una regla de la vida, en tanto que no se presenten circunstancias que excluyen la aplicación de esta regla”. Así, el autor señala que “tal como en la vida, admitimos y suponemos siempre como verídico aquello que corresponde al rumbo ordinario de las cosas y a su curso natural, tal como todas las decisiones humanas, en el mejor de los casos se hacen guiar por un alto grado de probabilidad, así también el juez del proceso debe contentarse con este alto grado de probabilidad, el máximo realizable cuando se trata de comprobar sucesos reales. El juez que gracias a su instrucción y educación está al nivel de la cultura de su época y que por su actividad práctica conoce la situación de su país y de su distrito, las ideas y costumbres de su pueblo, no debe dudar en un caso en que cualquier otra persona razonable que sepa apreciar claramente las condiciones de la vida estaría convencida: en tal caso debe considerar lograda la prueba de la verdad, sin preocuparse de que dentro del dominio inmenso de las posibilidades lo contrario no es, desde luego, inimaginable”, vid. ROSENBERG, L., *La carga de la prueba*, segunda edición, Editorial B de f, Buenos Aires, 2002, pp. 213-214.

testifical y el medio de reproducción de la palabra, el sonido y la imagen y de los instrumentos que permiten archivar y conocer datos relevantes para el proceso.

En la actualidad, en nuestro ordenamiento no rige ninguno de estos dos sistemas en pureza, sino que opera la valoración conjunta de la prueba<sup>1117</sup>. A través de dicho método el juez adquiere una visión global de todos los medios de prueba y, mientras algunos corroborarán un mismo hecho, otros, serán contradictorios entre sí, de modo que, necesariamente, después de una visión panorámica decidirá la prevalencia de unos sobre otros<sup>1118</sup>.

En cualquier caso, es preciso el estudio individualizado de cada sistema de valoración judicial, así como su previsión normativa en los procesos civil y penal y su incidencia en la prueba tecnológica, objeto de estudio en las páginas siguientes.

### 2.1.1 Prueba tasada

Como ha quedado de manifiesto con anterioridad, la valoración tasada exige la existencia de reglas imperativas que señalan al juez el sentido interpretativo procedente de determinado medio probatorio, de forma que, obtenido un resultado a través del empleo de dicho medio de prueba, tenga tal resultado por acreditado, con exclusión de cualesquiera otros que hayan concurrido en relación con el mismo hecho<sup>1119</sup>. Estas reglas jurídicas de valoración tasada limitan las facultades del Juez y otorgan a determinados medios de prueba un valor previamente fijado, cuestión por la que también este sistema es conocido como sistema de “prueba legal”<sup>1120</sup>.

---

<sup>1117</sup> ABEL LLUCH, X., *Derecho probatorio*, *Op. Cit.*, pp. 516-520.

<sup>1118</sup> ABEL LLUCH, X., *La valoración de la prueba en el proceso civil*, *Op. Cit.*, pp. 54-56.

<sup>1119</sup> GARBERÍ LLOBREGAT, J., BUITRÓN RAMÍREZ, G., *La prueba civil*, *Op. Cit.*, p. 109. En el mismo sentido, afirma SERRA DOMÍNGUEZ que “el legislador establece unas determinadas reglas que fijan taxativamente el valor a asignar a cada uno de los medios de prueba”, vid. SERRA DOMÍNGUEZ, M., *Estudios de Derecho Probatorio*, Communitas, Lima, 2009, p. 72.

<sup>1120</sup> ASECIO MELLADO, J.M., *Derecho procesal civil*, *Op. Cit.*, p. 232. GÓMEZ ORBANEJA refiere que “el sistema de prueba legal consiste en una serie de normas legales de valoración, que son las que le dicen al juez, con independencia de su convencimiento, cuándo el hecho ha de pasar a la sentencia como probado, vid. GÓMEZ ORBANEJA, E., *Derecho procesal Civil. Parte general...*, *Op. Cit.*, p. 295. En un sentido similar, GARCÍANDÍA GONZÁLEZ indica que “si para determinado supuesto la norma ha establecido que se aplique una máxima de la experiencia concreta por ella prevista, valorando el hecho de una determinada manera, nos encontramos ante la valoración legal de la prueba”, en GARCÍANDÍA GONZÁLEZ, P., “Comentario al artículo 319”, en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil. Volumen I* (Coords. CORDÓN MORENO, ARMENTA DEU, MUERZA ESPARZA, TAPIA FERNÁNDEZ), Aranzadi Editorial, Navarra, 2001, p. 1120. MORA MORA refiere como “el Juez, si bien limitadamente aún, conserva cierta discrecionalidad dado que debe constatar las circunstancias del medio probatorio a

Las normas de valoración tasada emanan de máximas generales de la experiencia que han sido elevadas a rango normativo para facilitar el proceso interpretativo del juzgador en la valoración de la información que aportan determinados medios probatorios y, simultáneamente, ofrecen una mayor seguridad jurídica<sup>1121</sup>.

En el ámbito de la prueba tecnológica, es posible su aportación por cualquiera de los medios previstos en el artículo 299 LEC, si bien su naturaleza será tasada sólo en aquellos supuestos en los que el ordenamiento haya previsto dicha eficacia probatoria. Concretamente, la valoración de la prueba tasada está específicamente prevista en la LEC para los documentos públicos, determinados documentos administrativos, los documentos privados no impugnados y, en determinados supuestos, el interrogatorio de la parte.

Ello no obstante, resulta llamativo que la LEC señale que la fuerza probatoria prevista para estos medios probatorios no opera en los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores, que el juez valorará de acuerdo con las reglas de la sana crítica<sup>1122</sup>. Con esta excepción, el legislador refuerza notablemente la función judicial para primar su convicción alcanzada con inmediación en el acto del juicio en materias de la persona y de la familia<sup>1123</sup>. La especialidad con respecto a la eficacia del interrogatorio en estos supuestos, ya era admitida por la jurisprudencia a fin de que la conformidad no fuera utilizada como único mecanismo de determinación de los hechos en este tipo de procedimientos<sup>1124</sup>. Es necesario, por tanto, tener presente esta exención sobre valoración tasada en los procesos especiales, en tanto en cuanto, cada vez en mayor medida, las

---

efecto de concederle al obtenido el valor que tiene asignado en la ley”, en MORA MORA, L.P., “La prueba como derecho fundamental”, *Op. Cit.*, p. 85.

<sup>1121</sup> MONTERO AROCA afirma que “las reglas legales de valoración de la prueba son máximas de experiencia legales”, vid. MONTERO AROCA, J., *La prueba en el proceso civil*, *Op. Cit.*, p. 553. El autor también señala (pp. 549-553) que la prueba legal a la que cabe dar hoy sentido no tiene relación ni con la prueba ordálica (las ordalías o juicios de Dios), ni con la prueba apriorística (reglas legales tales como que el testimonio del hombre valía más que el de la mujer y el del señor más que el del vasallo o que hacía falta un número determinado de testigos para dar por probado un hecho), “aunque en esta última estaba ya el germen de lo que es decisivo para el sistema de la verdadera prueba legal: las máximas de experiencia. Las reglas que el soberano imponía a sus jueces, para determinar hechos probados, no eran absurdas ni producto de la arbitrariedad; podían ser, desde la perspectiva actual, discriminatorias por razón de raza, religión, sexo o condición social, pero en general respondían a la concepción que se tenía de las relaciones sociales y a verdaderas máximas de la experiencia”.

<sup>1122</sup> Véase apartado segundo del artículo 752 LEC.

<sup>1123</sup> SANCHO GARGALLO, I., ORTUÑO MUÑOZ, P., “Comentario al artículo 752”, en *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil* (Coord. FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, RIFÁ SOLER, VALLS GOMBAO), Tomo II, Atelier, Barcelona, 2000, p. 3415.

<sup>1124</sup> GARCIAMARTÍN MONTERO, R., “Comentario al artículo 281”, en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil. Volumen I* (Coords. CORDÓN MORENO, ARMENTA DEU, MUERZA ESPARZA, TAPIA FERNÁNDEZ), Aranzadi Editorial, Navarra, 2001, pp. 1004-1005.

partes aportan correos electrónicos, *WhatsApp* y, en definitiva, pruebas tecnológicas en tales supuestos<sup>1125</sup>.

Con base en lo anterior, es perfectamente posible que un litigante aporte –a un proceso civil o a un proceso penal- un acta notarial en la que acredite que, en una fecha determinada, existía un contenido en una página web, o que un disco duro contenía una información concreta. Estos documentos públicos tienen valor tasado en la LEC<sup>1126</sup>, de aplicación subsidiaria para los restantes órdenes jurisdiccionales. Dicho valor tasado se extiende al hecho, acto o estado de cosas que documenten, la fecha y la identidad de los fedatarios y demás personas que, en su caso, intervengan en ella<sup>1127</sup>. La ley rituarial, no obstante, supedita esta eficacia probatoria a que las partes aporten los documentos originales al proceso, por copia o certificación fehaciente<sup>1128</sup>, o por copia simple (cuando la parte perjudicada no hubiere impugnado su autenticidad)<sup>1129</sup>.

---

<sup>1125</sup> Sirvan de ejemplo la SAP Valencia 706/2015, de 9 de noviembre; SAP Lleida 171/2016, de 12 de abril.

<sup>1126</sup> De acuerdo con el artículo 319 LEC, son prueba tasada respecto de los extremos que se indican los documentos públicos comprendidos en los números 1.º a 6.º del artículo 317, esto es, las resoluciones y diligencias de actuaciones judiciales de toda especie y los testimonios que de las mismas expidan los LAJ; los autorizados por notario con arreglo a derecho; los intervenidos por Corredores de Comercio Colegiados y las certificaciones de las operaciones en que hubiesen intervenido, expedidas por ellos con referencia al Libro Registro que deben llevar conforme a derecho; las certificaciones que expidan los Registradores de la Propiedad y Mercantiles de los asientos registrales; los expedidos por funcionarios públicos legalmente facultados para dar fe en lo que se refiere al ejercicio de sus funciones y los que, con referencia a archivos y registros de órganos del Estado, de las Administraciones públicas o de otras entidades de Derecho público, sean expedidos por funcionarios facultados para dar fe de disposiciones y actuaciones de aquellos órganos, Administraciones o entidades.

<sup>1127</sup> Véase el apartado primero del artículo 319 LEC. Sobre la cuestión, las SSTS 26 de enero de 2001, de 10 de marzo de 2003, de 28 de septiembre de 2006, 29 de mayo de 2007 afirman que la eficacia del documento público no se extiende a su contenido o a las declaraciones que en ellos hagan los otorgantes, ya que su veracidad puede ser desvirtuada por prueba en contrario, sin que los documentos públicos tenga prevalencia sobre los demás medios probatorios. De acuerdo con el apartado tercero del artículo 319 LEC, los documentos públicos no tienen fuerza probatoria tasada en materia de usura, ya que, “sujetar al Juzgador al valor taxativo que la Ley asigna a los documentos supondría impedir en la mayoría de los casos la exacta averiguación de los elementos que configuran la usura”, vid. GARCÍANDÍA GONZÁLEZ, P., “Comentario al artículo 319”, *Op. Cit.*, pp. 1122-1123.

<sup>1128</sup> El artículo 318 LEC indica que la fuerza probatoria que el artículo 319 LEC dispone para determinados documentos públicos concurre si estos se aportan al proceso en original o por copia o certificación fehaciente o si, habiendo sido aportados por copia simple conforme al artículo 267, no se hubiere impugnado su autenticidad. GARBERÍ LLOBREGAT advierte que es necesario armonizar esta disposición con el artículo 1218 CC que dispone que “los documentos públicos hacen prueba, aun contra tercero, del hecho que motiva su otorgamiento y de la fecha de éste. También harán prueba contra los contratantes y sus causahabientes, en cuanto a las declaraciones que en ellos hubiesen hecho los primeros” y el autor critica que “incomprensiblemente no ha sido derogado por la nueva LEC”, en GARBERÍ LLOBREGAT, J., *Los medios de prueba en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, *Op. Cit.*, p. 64. También se discute el mantenimiento del artículo 1220 del *Código Civil*, que dispone que “las copias de los documentos públicos de que exista matriz o protocolo, impugnadas por aquéllos a quienes perjudiquen, sólo tendrán fuerza probatoria cuando hayan sido debidamente cotejadas. Si resultare alguna variante entre la matriz y la copia, se estará al contenido de la primera”.

<sup>1129</sup> El artículo 318 LEC dispone que la fuerza probatoria del artículo 319 se establece para los documentos públicos aportados en original o por copia o certificación fehaciente o si, habiendo sido aportados por copia simple conforme al artículo 267, no se hubiere impugnado su autenticidad. Así las cosas, el artículo 267

El legislador considera como una prueba tasada un documento público porque entiende que, en la medida en que un funcionario público ha dado fe del mismo, goza de una presunción de veracidad<sup>1130</sup>. En cualquier caso, téngase presente que la fe pública acredita el hecho que motiva el otorgamiento del documento, su fecha, las manifestaciones efectuadas por los intervinientes y la fehaciencia de haberse realizado, pero no su veracidad intrínseca (su concordancia con la realidad), que puede desvirtuarse mediante prueba en contrario<sup>1131</sup>, tal y como lo ha declarado reiteradamente el TS<sup>1132</sup>. En este sentido, el acta notarial que certifica que un ordenador contiene unos documentos determinados hace prueba de que el Notario realizó el acta en una fecha concreta, con la presencia de las personas identificadas y sobre la realidad percibida por el fedatario, pero no sobre si el documento ha sido, o no, modificado.

La misma eficacia que a los documentos públicos reconoce la LEC a determinados documentos administrativos a los que las leyes otorguen tal carácter<sup>1133</sup>, salvo que estas leyes les reconozcan un valor probatorio distinto o que otros medios de prueba desvirtúen

---

indica que “cuando sean públicos los documentos que hayan de aportarse conforme a lo dispuesto en el artículo 265, podrán presentarse por copia simple, ya sea en soporte papel o, en su caso, en soporte electrónico a través de imagen digitalizada incorporada como anexo que habrá de ir firmado mediante firma electrónica reconocida y, si se impugnara su autenticidad, podrá llevarse a los autos original, copia o certificación del documento con los requisitos necesarios para que surta sus efectos probatorios”.

<sup>1130</sup> En este sentido, la Exposición de Motivos de la LEC dispone que “la específica fuerza probatoria de los documentos públicos deriva de la confianza depositada en la intervención de distintos fedatarios legalmente autorizados o habilitados”. MONTERO AROCA señala que la finalidad de seguridad jurídica que cumplen las reglas de valoración tasada concurre en los medios cuyas fuentes probatorias subsisten fuera del proceso como, por ejemplo, los documentos, vid. MONTERO AROCA, J., *La prueba en el proceso civil*, *Op. Cit.*, p. 563.

<sup>1131</sup> En el mismo sentido, VILLAGÓMEZ CEBRIÁN indica que “cuando el documento [público] materialice una declaración de conocimiento, la determinación de su autenticidad conducirá a tener como cierta la declaración, con el contenido de que se trate, pero no necesariamente a considerar verdadero lo declarado”, en VILLAGÓMEZ CEBRIÁN, M., *La prueba. Los recursos. La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Tomo III* (Coords. CORTÉS DOMÍNGUEZ, MORENO CATENA), Tecnos, Madrid, 2000, p. 54.

<sup>1132</sup> Ya la jurisprudencia clásica se afirmaba en este sentido. Así, véase, entre otras, las SSTs 316/1983, de 2 de junio, que sostiene que “el documento público hace prueba plena del hecho que motiva su otorgamiento y de la fecha de otorgamiento, pero sin que, respecto de esas manifestaciones pase la autenticidad, desde haberse realizado o emitido a presencia del fedatario hasta alcanzar y comprender la verdad intrínseca o sinceridad, aspectos éstos; que escapan a la percepción del funcionamiento, y sin que, desde luego pueda extenderse más allá”; 345/1984, de 31 de mayo; 658/1986, de 8 de noviembre, que indica que “los documentos públicos, respecto a las manifestaciones que contienen, sólo garantizan el hecho de haberse realizado ante el fedatario, no su concordancia con la realidad”; 834/1995, de 16 de septiembre que señala que “las escrituras públicas notariales no garantizan la verdad intrínseca de las declaraciones que, ante el fedatario, hubiesen hecho los otorgantes, pues las mismas pueden ser desvirtuadas por otros medios probatorios”.

<sup>1133</sup> Hacen prueba plena aquellos documentos administrativos distintos a los expedidos por funcionarios públicos legalmente facultados para dar fe en lo que se refiere al ejercicio de sus funciones y aquellos distintos a los que, con referencia a archivos y registros de órganos del Estado, de las Administraciones públicas o de otras entidades de Derecho público, sean expedidos por funcionarios facultados para dar fe de disposiciones y actuaciones de aquellos órganos, Administraciones o entidades, vid. art. 317 LEC.

la veracidad de su contenido<sup>1134</sup>. Esta categoría de documentos, conocidos como documentos oficiales<sup>1135</sup>, están provistos de algún elemento que les dota de eficacia en juicio, sin necesidad de compulsas con originales, aunque no presentan las garantías formales de autenticidad de un documento notarial<sup>1136</sup>.

Otro ejemplo de prueba tasada en nuestro ordenamiento es el de los documentos privados, si bien su eficacia depende, en gran medida, de la actitud impugnatoria de las partes. Imagínese el hipotético supuesto en que la parte aporta la prueba electrónica a través de un documento privado, por ejemplo, el contenido de un correo electrónico por medio de su impresión. Estos documentos son prueba legal en los mismos extremos que los documentos públicos (el hecho, acto o estado de cosas que documenten, la fecha en que se produce esa documentación y la identidad de las personas que intervengan en su elaboración) si no son impugnados por la parte a la que perjudiquen<sup>1137</sup>.

La LEC del 2000 modifica sustancialmente lo previsto con anterioridad en la LEC de 1881 y en el CC con respecto al valor probatorio de los documentos privados, ya que únicamente le daba la misma consideración que a la escritura pública si eran reconocidos bajo juramento en sede judicial por la persona a la que perjudicaban (normalmente la parte contraria a quién lo había aportado) o si, instada a reconocerlo, se resistía a declarar sobre la autenticidad del documento<sup>1138</sup>. Por el contrario, la normativa actual otorga a los

---

<sup>1134</sup> Véase art. 319 LEC.

<sup>1135</sup> VILLAGÓMEZ CEBRIÁN, M., *La prueba. Los recursos. La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Tomo III...*, *Op. Cit.*, p. 55.

<sup>1136</sup> GARCÍANDÍA GONZÁLEZ, P., “Comentario al artículo 319”, *Op. Cit.*, p. 1121.

<sup>1137</sup> Así lo establece el artículo 326 LEC, que indica que estos documentos harán prueba plena cuando su autenticidad no sea impugnada por la parte a quien perjudiquen en los términos del artículo 319, esto es, del hecho, acto o estado de cosas que documenten, de la fecha en que se produce esa documentación y de la identidad de los fedatarios y demás personas que, en su caso, intervengan en ella. También la jurisprudencia reconoce que el documento privado tiene la virtualidad del documento público y es equiparado al mismo en cuando es reconocido, vid. SSTS 25 de marzo de 1988, 8 de julio de 1988, 17 de febrero de 1992, 29 de mayo de 1997. En el mismo sentido que el documento público, FERNÁNDEZ LÓPEZ advierte que el contenido no queda fijado por esta regla legal de valoración probatoria, sino únicamente del hecho, de la fecha en que se produce y de la identidad de las personas que intervienen en ella, vid. conferencia “La valoración judicial de las pruebas” en el Seminario *El proceso y la prueba*, celebrado en la Universidad Miguel Hernández el 24 de mayo de 2018, disponible en <https://youtu.be/ifZQPrRIzck>, minuto 1.30.07 (fecha de consulta: 15 de junio de 2018). Aquellos documentos impugnados de los que no se pueda deducir su autenticidad o no se hubiere propuesto prueba alguna, se valorarán conforme a las reglas de la sana crítica, vid. Apartado segundo del artículo 326 LEC.

<sup>1138</sup> Así, el artículo 1225 del CC, aún vigente, dispone que “el documento privado, reconocido legalmente, tendrá el mismo valor que la escritura pública...” y el precepto siguiente, derogado por la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, disponía que “aquel a quien se oponga en juicio una obligación por escrito que aparezca firmada por él, está obligado a declarar si la firma es o no suya (...) La resistencia, sin justa causa, a prestar la declaración mencionada en los párrafos anteriores podrá ser estimada por los Tribunales como una confesión de la autenticidad del documento”.

documentos privados el mismo valor que a los públicos cuando no sean impugnados, y hace recaer en la parte contraria la carga de impugnarlo<sup>1139</sup>.

Así, si el documento privado no es impugnado por la contraparte o es impugnado y la prueba instrumental deduce su autenticidad, tendrá valor tasado el hecho, acto o estado de cosas que documente, su fecha y la identidad de las personas que en él intervengan<sup>1140</sup>. Si, por el contrario, la contraparte impugna su autenticidad, pero quién la aportó no propone prueba o, de la misma, no es posible deducir su genuidad, el juez la valorará de acuerdo con la sana crítica<sup>1141</sup>.

Sin embargo, no queda claro el sistema de valoración aplicable a aquellos documentos privados en los que, tras su impugnación, la práctica de prueba instrumental desprenda su autenticidad. Y ello porque la literalidad de la LEC señala que “los documentos privados harán prueba plena en el proceso (...) cuando su autenticidad no sea impugnada por la parte a quien perjudiquen”, lo que, *a sensu contrario*, puede interpretarse como que aquellos documentos privados impugnados –sea cual sea el resultado del proceso de la adveración su autenticidad- ya no constituyen prueba tasada<sup>1142</sup>. Ante esta controvertida situación, la solución no es pacífica, pues hay quién considera, en mi opinión, acertadamente, que si la autenticidad queda probada como resultado de la práctica de cualquier prueba instrumental, la consecuencia es la misma que para la no impugnación, que “harán prueba plena en el proceso en los términos del artículo 319”, esto es, harán prueba plena del hecho, acto o estado de cosas que documenten, de la fecha en que se

---

<sup>1139</sup> En este sentido, “la parte que presenta el documento no tendrá que solicitar ya su reconocimiento por la parte a quién perjudique (como exigía el anterior art. 604 de la LEC) y la prueba de ello es que el artículo 1.226 del CC, que se refería a este trámite, es de los pocos preceptos relativos a la prueba documental que han sido derogados”, en VILLAGÓMEZ CEBRIÁN, M., *La prueba. Los recursos. La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Tomo III..., Op. Cit.*, p. 55, que reconoce, en la p. 56, que “un problema que cabe observar, y que se deriva del mantenimiento de la dualidad de regulaciones, es que permanece vigente el artículo 1.226 del CC” y resuelve que “habrá que aplicar el principio “lex posterior” para entender derogado este precepto por el artículo 326.2 de la nueva LEC”.

<sup>1140</sup> Salvo, como se ha mencionado, que sea en un proceso sobre capacidad, filiación, matrimonio o menores. Si no se pudiese deducir la autenticidad o no se hubiere propuesto prueba alguna tras la impugnación del documento, el tribunal lo valorará conforme a las reglas de la sana crítica.

<sup>1141</sup> Véase el apartado segundo del artículo 326 LEC.

<sup>1142</sup> En este sentido, la SAP de Granada 31/2007, de 26 de enero dispone que “aunque es cierto que, una vez impugnado el documento privado, la parte que lo presentó no obró conforme a lo previsto en el art. 326.2 LEC, también lo es que tal precepto permite valorarlo conforme a las reglas de la sana crítica, de modo que el documento tendrá (que) tener pleno valor probatorio, según constante jurisprudencia, si es adverado por medio de otros elementos probatorios o de juicio...”.

produce esa documentación y de la identidad de los fedatarios y demás personas que, en su caso, intervengan en ella<sup>1143</sup>.

Es decir, la prueba tecnológica aportada como documental que no sea impugnada tiene el valor tasado de los documentos privados no impugnados (que es el valor de los documentos públicos). Si, por el contrario, el documento privado es impugnado, su eficacia depende del proceso de acreditación, de forma tal que si se deduce la autenticidad, constituirá prueba tasada; y, si no se propone prueba o se practica, pero no es posible deducir su genuinidad, se valora de acuerdo con las reglas de la sana crítica. Y, para el supuesto de que la prueba instrumental acredite la autenticidad del documento impugnado, éste hará prueba plena.

Si, además, alguno de los documentos privados aportados contiene una firma electrónica la LFE condiciona su valor probatorio tasado a la acreditación de la autenticidad de la rúbrica electrónica reconocida o avanzada<sup>1144</sup>. Es decir, para que la valoración de una prueba tecnológica aportada como documento electrónico sea tasada, habrá que estar, igualmente, a la actitud impugnatoria de la contraparte, de forma tal que, si tras la impugnación queda acreditada la autenticidad de la firma, el juez la valorará de la misma manera que un documento público (y que un documento privado no impugnado) y, en caso contrario, de acuerdo con las reglas de la sana crítica.

En cualquier caso, y aunque no cabe confundir los documentos privados que imprimen un contenido digital, con un documento electrónico, que es el que consta con firma electrónica, en ocasiones el resultado es idéntico<sup>1145</sup>. Así, la SAP Lleida 51/2014, de 30 de enero señala que unos correos electrónicos impresos y sin firma electrónica -ni reconocida, ni avanzada-, aportados como documental, no son documentos electrónicos y que, en tanto en cuanto la parte recurrente los había impugnado y la parte demandada no había propuesto prueba pericial, el juzgador de instancia debe valorarlos conforme a las reglas de la sana crítica, “pudiendo otorgarles relevancia siempre que existan en el

---

<sup>1143</sup> CORDÓN MORENO, F., “Comentario a los artículos 325 y 326”, en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil. Volumen I* (Coords. CORDÓN MORENO, ARMENTA DEU, MUERZA ESPARZA, TAPIA FERNÁNDEZ), Aranzadi Editorial, Navarra, 2001, p. 1132.

<sup>1144</sup> NIÑO ESTÉBANEZ, R., “La prueba audiovisual e informática en el proceso civil...”, *Op. Cit.*, pp. 132-134, que indica que aquellos documentos con firma electrónica simple serán valoradas por el juzgador según las reglas de la sana crítica.

<sup>1145</sup> Véase, al respecto, la opinión del abogado LÓPEZ PÉREZ, que defiende que los correos electrónicos presentados en papel son “pruebas tasadas” mientras que si la misma prueba se aporta mediante un fichero electrónico depende de la “sana crítica”, en <https://www.abogacia.es/2015/05/07/angel-lopez-perez-presentar-un-correo-electronico-en-papel-es-prueba-tasada-en-formato-electronico-depende-de-la-sana-critica/> (última visita: 15 de octubre de 2018).



proceso otros elementos de juicio susceptibles de ser valorados con aquél”. De haber sido éste un documento electrónico, la impugnación la acreditación pasaría por la acreditación de la firma y, su eficacia, similar a la del documento.

Nada obsta, tampoco, para que un documento público pueda ser electrónico, siempre que cumpla las condiciones de ambos tipos, esto es, cuando sea un documento autorizado por un empleado público competente con las solemnidades requeridas por la ley -los documentos públicos comprendidos en los números 1º a 6º del artículo 317 LEC- en el que se haya plasmado una signatura electrónica<sup>1146</sup>.

Por último, volviendo a los medios tasados en la LEC, también se tasa la valoración del interrogatorio de la parte en determinados supuestos. Así, el juez tendrá por ciertos los hechos que el litigante reconozca que le sean perjudiciales, en los que hubiese intervenido personalmente y que no hayan sido contradichos por el resultado de otras pruebas<sup>1147</sup>. Y la misma eficacia probatoria será de aplicación cuando el llamado a declarar no comparezca al acto del juicio<sup>1148</sup> o cuando sus respuestas sean evasivas o inconcluyentes<sup>1149</sup>. Ello no obstante, no es clara esta valoración tasada, ya que la propia Exposición de Motivos de la LEC dispone que “en cuanto a la valoración de la declaración de las partes, es del todo lógico seguir teniendo en consideración, a efectos de fijación de los hechos, el dato de que los reconozca como ciertos la parte que ha intervenido en ellos y para la que resultan perjudiciales. Pero, en cambio, no resulta razonable imponer legalmente, en todo caso, un valor probatorio pleno a tal reconocimiento o confesión. Como en las últimas décadas ha venido afirmando la jurisprudencia y justificando la mejor doctrina, ha de establecerse la valoración libre, teniendo en cuenta las otras pruebas que se practiquen”<sup>1150</sup>. Así, de la lectura del precepto, parece que el enunciado “en la sentencia se considerarán ciertos los hechos que una parte haya reconocido como tales si en ellos intervino personalmente y su fijación como ciertos le es enteramente perjudicial” hace referencia a la valoración tasada, si bien la Exposición de Motivos refiere

---

<sup>1146</sup> CARRASCOSA LÓPEZ, V., “Valor probatorio del documento electrónico”, *Informática y derecho: Revista iberoamericana de derecho informático*, n° 8, 1995, pp. 170-171.

<sup>1147</sup> Véase el apartado primero del artículo 316 LEC. VILLAGÓMEZ CEBRIÁN señala que “no se puede decir que sea totalmente una prueba tasada, porque expresamente el legislador permite que el Juez pueda no tener en cuenta sus resultados si hubiera otras pruebas que los contradicen”, en VILLAGÓMEZ CEBRIÁN, M., *La prueba. Los recursos. La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Tomo III...*, *Op. Cit.*, p. 82.

<sup>1148</sup> Vid. Artículos 304 y 316.2 LEC.

<sup>1149</sup> Vid. Artículos 307 y 316.2 LEC.

<sup>1150</sup> En el mismo sentido, SAMANES ARA, C., “Comentario al artículo 316”, en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil. Volumen I* (Coords. CORDÓN MORENO, ARMENTA DEU, MUERZA ESPARZA, TAPIA FERNÁNDEZ), Aranzadi Editorial, Navarra, 2001, p. 1113-1114.

expresamente que se trata de un medio probatorio que valorado libremente por el juzgador. En cualquier caso, ante tal discordancia prevalece la interpretación literal de la norma en su articulado sobre lo previsto en la Exposición de Motivos.

En este sentido, tendrá valor tasado, por ejemplo, el reconocimiento de una parte, durante su interrogatorio, del envío de unos mensajes que le sean perjudiciales y que no hayan sido contradichos por el resultado de otras pruebas. Resulta llamativa, sin embargo, la alteración que la propia LEC dispone a sus reglas sobre la prueba tasada en el último apartado del artículo 295, en el que indica que en el caso de poder practicarse de nuevo la prueba anticipada en el momento de proposición de la prueba “el tribunal (...) valorará según las reglas de la sana crítica tanto la realizada anticipadamente como la efectuada con posterioridad”, de modo que aquella prueba anticipada que cuya práctica tenga lugar en el acto del juicio la valorará el juzgador libremente. Pese a que esta regla será aplicable a todas las pruebas anticipadamente practicadas, parece que únicamente cobre virtualidad con respecto al valor probatorio del interrogatorio, en tanto en cuanto es el único medio tasado que puede practicarse anticipadamente y, posteriormente, en el acto del juicio.

Ello no obstante, este sistema de valoración previsto en la normativa procesal civil no es subsumible en el proceso penal, ya que el derecho a la presunción de inocencia no permite aplicar esta regla de valoración tasada prevista en la LEC al ámbito del enjuiciamiento penal. Por ende, no deben entenderse aplicables al proceso penal la asunción como ciertos de los hechos perjudiciales en los que este intervino personalmente la parte interrogada, aquellos en los que no conteste o lo haga con respuestas evasivas o inconcluyentes, o bien aquellos hechos sobre los que se le interrogaría cuando no comparezca al acto del juicio, puesto que contradicen el derecho a la presunción de inocencia<sup>1151</sup>.

Es decir, no tendrán valor tasado, a modo de ejemplo, las declaraciones de un encausado en un proceso penal en las que reconozca ser propietario de un *pen drive* con pornografía. Tampoco el silencio del acusado puede considerarse como una admisión tácita de los hechos punibles o como una forma de asunción de responsabilidad en ellos, en tanto en cuanto, en el proceso penal el derecho fundamental a no declarar contra sí mismo ni a confesarse culpable ampara al acusado<sup>1152</sup>.

---

<sup>1151</sup> Aunque el proceso penal únicamente rige el sistema de valoración libre –o, al menos, la LECrim sólo se refiere a este sistema de valoración judicial- la previsión como prueba plena de determinados medios probatorios en el ámbito civil es subsumible en el proceso penal al amparo del artículo 4 de la LEC.

<sup>1152</sup> Vid. Artículos 24 CE; 115.1.g) LECrim; 250.2.a) LECrim y ASENICIO GALLEGO, J.M., “El derecho al silencio del investigado y su valoración en sentencia”, en *El proceso penal. Cuestiones fundamentales*

En cualquier caso, sí es posible, pese a que nada dice la LECrim al respecto, la aplicación subsidiaria de los restantes preceptos de la norma procesal civil en relación con la eficacia tasada de los documentos al proceso penal en aquellas cuestiones huérfanas de previsión normativa y coherentes con sus principios, como, por ejemplo, la valoración tasada de los documentos públicos, oficiales o privados<sup>1153</sup>.

Sin embargo, como ya ha quedado de manifiesto, la jurisprudencia ha matizado paulatinamente el valor tasado previsto legalmente y ha reconducido su apreciación hacia la valoración conjunta de todo el acervo probatorio. De esta manera -y aunque concurren pruebas de valoración tasada-, el juez realiza una apreciación conjunta de todas las pruebas, en relación con las alegaciones de las partes. En este sentido, el tribunal puede tener por incontestables la existencia de unas fotografías colgadas en Facebook o de unos mensajes enviados por *WhastApp*, pero la valoración de estas pruebas con las restantes puede llevarle al convencimiento de que, por un lado, las imágenes no evidencian un contenido intimidatorio, y, por otro, no es posible atribuir la autoría de los mensajes al acusado<sup>1154</sup>.

### 2.1.2. Libre valoración de la prueba

El segundo de los sistemas citados es el de libre valoración<sup>1155</sup>, por el que el juez realiza la operación intelectual de apreciación de la prueba con arreglo a técnicas de razonamiento ordinarias para llegar a conclusiones de convicción acerca de determinados

---

(Coord. FUENTES SORIANO), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017, p. 151. Véase sobre el derecho a la presunción de inocencia FUENTES SORIANO, O., “El derecho al silencio y sus consecuencias...”, *Op. Cit.* y FUENTES SORIANO, O., “El derecho al silencio y sus consecuencias en el proceso”, en *Derecho y Proceso...*, *Op. Cit.*, pp. 911-936.

<sup>1153</sup> Como afirma LUIS VILCHEZ, “el valor privilegiado que ostentan los documentos determina que el juez no puede prescindir de ellos, debiendo dar a tal medio probatorio el alcance que le otorgan las reglas legales”, si bien matiza que será cuando se traten de documentos auténticos (o aquellos de los cuales no se pueda acreditar la falsedad, cabría añadir), vid. LUIS VILCHEZ, C., “Eficacia probatoria de los documentos: la contradicción entre el valor del documento y otros medios de prueba tasados y no tasados”, en *Aspectos problemáticos en la valoración de la prueba civil* (DIRS. ABEL LLUCH, PICÓ I JUNOY), Bosch, Barcelona, 2008, p. 48.

<sup>1154</sup> Sobre este asunto se pronuncia la STS 836/2014, de 11 de diciembre, que señala que “la Audiencia entiende que en el teléfono de la denunciante figuraban los mensajes procedentes del teléfono antes indicado, pero no se acredita que de dicho terminal sea titular y usuario el acusado, de ahí que resulten insuficientes los indicios para desvirtuar la presunción de inocencia”. En consecuencia, de la valoración conjunta, el TS concluye que “la debilidad probatoria no ha permitido alcanzar una satisfactoria convicción acerca de la veracidad de las imputaciones, lo que hace que, conforme al principio “in dubio pro reo” procesal la absolución por este delito”.

<sup>1155</sup> ROSENBERG define la libre apreciación de la prueba como “el principio según el cual el juez, conforme a su convicción libre, si bien fundada, puede y debe considerar verídica una afirmación”, en ROSENBERG, L., *La carga de la prueba*, *Op. Cit.*, p. 213.

hechos<sup>1156</sup>. Esta valoración la lleva a cabo el juzgador libremente, apreciando toda la prueba en su conjunto sobre la base de la sana crítica o las máximas de experiencia<sup>1157</sup>.

Concretamente, las reglas de las que se sirve el juez en la libre valoración de la prueba son “elementos de la lógica o de la razón que forman parte del acervo cultural de los ciudadanos de cultura básica o elemental, y de los que se hace uso para comprobar si los hechos objeto de la prueba son considerados o no verosímiles”<sup>1158</sup>. Las pautas que guían la libre valoración judicial son, por tanto, directrices conformes a la lógica humana y a las reglas de la experiencia empírica que el juez debe aplicar a la hora de determinar el valor probatorio de cada uno de los medios de prueba<sup>1159</sup>. En palabras del TS, la sana crítica del juzgador es “el razonar humano” que corresponde a “la lógica interpretativa y al común sentir de las gentes”<sup>1160</sup>.

Piénsese, por ejemplo, en un proceso en el que se acredite la posición geográfica de un dispositivo móvil. En este supuesto, el juzgador puede razonar que estas coordenadas coinciden con la ubicación de su propietario sobre la base de la fiabilidad y precisión que

---

<sup>1156</sup> GÓMEZ ORBANEJA sostiene que “en la (prueba) libre el legislador deja que se forme libremente el convencimiento del juez”, vid. GÓMEZ ORBANEJA, E., *Derecho procesal Civil. Parte general...*, *Op. Cit.*, p. 295. GIMENO SENDRA señala que la aparición del sistema de libre valoración de la prueba está íntimamente ligada a la del Jurado, para que estos ciudadanos legos emitieran su veredicto con arreglo a su “íntima convicción”, en GIMENO SENDRA, V., *Derecho procesal civil. El proceso de declaración...*, *Op. Cit.*, p. 51.

<sup>1157</sup> FUENTES SORIANO destaca que la libertad de valoración de la prueba para determinar qué valor otorgará a cada una de las fuentes de prueba válidamente practicadas en el juicio es, en todo caso, responsable, vid. FUENTES SORIANO, O., “Las comunicaciones telemáticas: ...”, *Op. Cit.*, p. 297. Advierte GÓMEZ ORBANEJA que “prueba libre no significa que el juez pueda seguir su capricho, o entregarse a la conjetura o la sospecha. Supone una deducción racional, partiendo de unos datos fijados con certeza”, GÓMEZ ORBANEJA, E., *Derecho procesal Civil. Parte general...*, *Op. Cit.*, pp. 295-296. En el mismo sentido GIMENO SENDRA, cuando afirma que “apreciación en conciencia no significa “libre arbitrio”. El órgano jurisdiccional ha de basar su sentencia exclusivamente sobre los hechos, objeto de prueba en el juicio, sin que se pueda dar entrada en la sentencia a la “ciencia privada del juez”, en GIMENO SENDRA, V., *Derecho procesal civil. El proceso de declaración...*, *Op. Cit.*, p. 53.

<sup>1158</sup> GARBERÍ LLOBREGAT, J., BUITRÓN RAMÍREZ, G., *La prueba civil*, *Op. Cit.*, p. 109, quienes citan como ejemplos de reglas de la sana crítica “otorgar un mayor valor probatorio al testimonio de un testigo imparcial que al de un testigo que sea familiar allegado de alguno de los contendientes en litigio, o la de dar mayor credibilidad al dictamen de un laureado y experto profesional de la medicina que cuente en su haber con varias publicaciones específicas sobre la materia controvertida que al de un profesional recién licenciado y sin mayor experiencia acreditada”.

<sup>1159</sup> MONTERO AROCA, J., *La prueba en el proceso civil*, *Op. Cit.*, pp. 556-55. ROSENBERG señala que la libre apreciación de la prueba se rige “gracias a principios generales fundados en la experiencia los cuales en parte comprenden los resultados de investigaciones científicas, en parte derivan de la observación de la vida y de la conducta de los hombres”, en ROSENBERG, L., *La carga de la prueba*, *Op. Cit.*, p. 16.

<sup>1160</sup> SSTS 29 de enero de 1991; 4 de marzo 1994; 769/2006, de 21 de julio. En el mismo sentido, las SSTS de 16 de marzo de 1999; de 14 de octubre de 2000; de 13 de noviembre de 2001; de 20 de febrero de 2003 indican que “las reglas de la sana crítica no están codificadas, han de ser entendidas como como las más elementales directrices de la lógica humana”.

ofrece el GPS con respecto a la ubicación y de la lógica común que se deduce de la idea general de que los ciudadanos van con su teléfono móvil.

En definitiva, la libre valoración no es equiparable a una ponderación arbitraria<sup>1161</sup>, de modo que las conclusiones absurdas, desorbitadas o irracionales del juzgador cuyo desarrollo deductivo resulte opuesto a un razonar humano consecuente y común son consideradas contrarias a las reglas de la sana crítica<sup>1162</sup>. Así, por ejemplo, existirá una vulneración de las reglas de libre valoración de la prueba cuando el Tribunal no valore, o lo haga incoherentemente, el contenido de un informe pericial aportado al proceso<sup>1163</sup> o cuando los razonamientos del Tribunal con respecto a dictámenes periciales sean manifiestamente arbitrarios o absurdos.

Es decir, este sistema de libre valoración de la prueba no equivale a una apreciación discrecional y caprichosa, sino que exige que el juez o Tribunal precise qué máximas de la experiencia ha utilizado, el razonamiento por el que ha obtenido su convicción y que su conclusión sea razonada, motivada, responsable y limitada por las reglas de la lógica<sup>1164</sup>. Y ello, aunque no lo exigen expresamente los artículos relativos al contenido de las sentencias<sup>1165</sup>, es una consecuencia lógica de los derechos a la tutela judicial efectiva (incluyendo el derecho a los recursos) y a la presunción de inocencia del artículo

---

<sup>1161</sup> PEDRAZ PENALVA, E., “La práctica probatoria anticipada...”, *Op. Cit.*, p. 19. Como señala TARUFFO, “el principio de libre convencimiento del juez (...) no implica en ningún caso que el juez esté desvinculado de los criterios de racionalidad que deben regir su razonamiento: ese principio admite que el juez valore las pruebas haciendo uso de un amplio poder discrecional, pero esto no significa que él pueda confiar en su intención subjetiva –que sería sustancialmente arbitraria– al determinar si la hipótesis referida a un hecho ha resultado o no ha resultado confirmada por las pruebas disponibles”, en TARUFFO, M., *Simplemente la verdad. El juez y la construcción...*, *Op. Cit.*, p. 247.

<sup>1162</sup> GARBERÍ LLOBREGAT, J., *Los medios de prueba en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, *Op. Cit.*, p. 84.

<sup>1163</sup> Así se han pronunciado, entre otras más recientes, las SSTs de 17 de junio de 1996; de 20 de mayo de 1996.

<sup>1164</sup> ABEL LLUCH, X., “Sobre la prueba y el derecho a la prueba en el proceso civil”, en *Objeto y carga de la prueba* (DIRS. ABEL LLUCH, PICÓ I JUNOY), Marcial Pons, Barcelona, 20017, pp. 30-32; MONTERO AROCA, J., *La prueba en el proceso civil*, *Op. Cit.*, p. 555; LUIS VILCHEZ, C., “Eficacia probatoria de los documentos: la contradicción...”, *Op. Cit.*, p. 44. Véase también las SSTs 16 de octubre de 1998; 31 de diciembre de 1998. MONTERO AROCA señala que el juez debe hacer constar en la motivación de la sentencia las máximas de la experiencia judicial que ha aplicado para determinar el valor probatorio de cada medio de prueba, “pues sólo así podrá quedar excluida la discrecionalidad y podrá controlarse por los recursos la razonabilidad de la declaración de hechos probados”, en MONTERO AROCA, J., *La prueba en el proceso civil*, *Op. Cit.*, p. 553.

<sup>1165</sup> Las sentencias del proceso penal se redactan conforme a las reglas de los artículos 142 LECrim y 248, apartado tercero, de la LOPJ. Así, “que un hecho se dé por probado o no es una cuestión que comete al juez; todo dependerá de los estándares que utilice a tal fin, aunque desde luego esta operación está sometida a la crítica por parte de los tribunales superiores que pueden perfectamente revisar su decisión”, vid. DAMIÁN MORENO, J., “Nociones generales sobre la carga de la prueba en el proceso civil”, en *Carga de la prueba y responsabilidad civil*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007, p. 15.

24 CE, ya que de la falta de motivación sobre la prueba practicada o de la ausencia de prueba de cargo pudiera derivarse su infracción<sup>1166</sup>.

Este sistema de valoración es de aplicación general en el proceso civil -excepto para los medios legalmente tasados<sup>1167</sup>- y concretamente referido para la valoración del medio de prueba pericial<sup>1168</sup>, testifical<sup>1169</sup> y de la reproducción de la palabra, el sonido y la imagen y de los instrumentos que permiten archivar y conocer datos relevantes para el proceso. Sobre este último medio de prueba, la LEC introduce un matiz entre la regulación de la valoración del medio para la reproducción ante el tribunal de palabras, imágenes y sonidos captados mediante instrumentos de filmación, grabación y otros semejantes, que realiza el tribunal según las reglas de la sana crítica<sup>1170</sup>; y la de los instrumentos que permiten archivar, conocer o reproducir palabras, datos, cifras y operaciones matemáticas llevadas a cabo con fines contables o de otra clase, que el tribunal efectúa “conforme a las reglas de la sana crítica aplicables a aquéllos según su naturaleza”<sup>1171</sup>. No es claro el alcance del inciso final “según su naturaleza” que introduce la LEC en el último supuesto y, en este sentido, en la doctrina hay opiniones que por un lado, señalan que es un enunciado inocuo y, por otro, diferencia a los instrumentos informáticos de otros asimilables a documentos<sup>1172</sup>.

En este contexto, podría pensarse en la posibilidad de que el legislador asigne un valor privilegiado a la prueba pericial –especialmente, a los informes periciales informáticos- que vinculen especialmente al juez con su contenido, en tanto en cuanto los peritos aportan conocimientos técnicos, científicos o artísticos de los que carece el juez o tribunal.

---

<sup>1166</sup> GIMENO SENDRA, V., *Derecho procesal penal*, segunda edición, Editorial Aranzadi, *Op. Cit.*, pp. 144-145.

<sup>1167</sup> El apartado segundo del artículo 218 LEC establece que “las sentencias se motivarán expresando los razonamientos fácticos y jurídicos que conducen a la apreciación y valoración de las pruebas, así como a la aplicación e interpretación del derecho. La motivación deberá incidir en los distintos elementos fácticos y jurídicos del pleito, considerados individualmente y en conjunto, ajustándose siempre a las reglas de la lógica y de la razón”.

<sup>1168</sup> Vid. Artículo 348 LEC, que dispone que “el tribunal valorará los dictámenes periciales según las reglas de la sana crítica”. Casi idéntico resultaba el artículo 632 de la LEC de 1881 que disponía que “el tribunal valorará los dictámenes periciales según las reglas de la sana crítica, sin estar obligados a sujetarse al dictamen de los peritos”.

<sup>1169</sup> Vid. artículo 376 LEC, con la siguiente redacción “los tribunales valorarán la fuerza probatoria de las declaraciones de los testigos conforme a las reglas de la sana crítica, tomando en consideración la razón de ciencia que hubieren dado, las circunstancias que en ellos concurren y, en su caso, las tachas formuladas y los resultados de la prueba que sobre éstas se hubiere practicado”.

<sup>1170</sup> Vid. apartado tercero del artículo 382 LEC.

<sup>1171</sup> Vid. artículo 384 LEC.

<sup>1172</sup> Véanse las dos posiciones al respecto en NIÑO ESTÉBANEZ, R., “La prueba audiovisual e informática en el proceso civil...”, *Op. Cit.*, pp. 128-129 cuando destaca que, por un lado, ORMAZABAL alega que esta expresión no aporta nada y, por otro, ARAGONENES e HIJONOSA sostienen que la locución permite distinguir entre instrumentos informáticos u otros asimilables a documentos.

Sobre tal particular, si bien es cierto que las pruebas periciales de carácter científico, por su grado de especialización, son relevantes para la determinación de hechos con fundamento en técnicas avanzadas que no están al alcance del Juez<sup>1173</sup>, no lo es menos que el privilegio de tales pruebas periciales reduciría el juicio a una mera confrontación de peritos.

En este sentido, tal y como sostiene ABEL LLUCH, es criticable la sobrevaloración semántica y epistémica de las pruebas científicas como parte de la solución judicial, ya que ni todos los métodos científicos tienen la misma solidez, ni aportan idéntico resultado a la hipótesis judicial completa<sup>1174</sup>.

Y ello porque los jueces, en realidad, no valoran el contenido especializado de la pericia, sino que aplican las máximas de experiencia comunes –la sana crítica– a elementos tales como el método empleado, la formación especializada de los peritos, la disponibilidad de los medios técnicos y equipos de análisis, la coherencia, motivación y razonamiento de las conclusiones, la inmediatez material y temporal en el examen de la fuente de prueba, o las premisas de las que parte el perito<sup>1175</sup>. En palabras de TARUFFO, “la tarea del juez consiste en controlar la validez científica y la corrección del método que le perito ha aplicado, esto es, en verificar el fundamento racional y epistémico de lo que el perito ha hecho”<sup>1176</sup>.

Justamente, la libre valoración judicial del informe pericial permite al juzgador “desvincularse del mismo cuando no le parezca lógico o razonable el método seguido por el perito o los razonamientos dados por el mismo, lo que tendrá que argumentar

---

<sup>1173</sup> ABEL LLUCH, X., *Las reglas de la sana crítica*, Wolters Kluwer, Las Rozas, 2015, p. 118.

<sup>1174</sup> ABEL LLUCH evidencia que no puede ignorarse que toda prueba científica es realizada por una persona, con lo cual hay que tener en consideración el margen de error humano y, como las pruebas científicas aportan probabilidad de datos analíticos, es decir, indican que “es X veces más probable que se observe tal rasgo en la voz analizada si ésta pertenece al acusado que si no pertenece”, pero no aseveran con total convicción, a través de una prueba de voz, si una llamada procedía de tal teléfono, en ABEL LLUCH, X., *Las reglas de la sana crítica*, *Op. Cit.*, pp. 120-121. En el mismo sentido, TARUFFO señala que “vale la pena subrayar sintéticamente que no existe, y quizá no ha existido nunca, una concepción clara, homogénea, unitaria y absoluta, de la “verdad científica”. Por un lado, de hecho, sucede casi siempre que leyes y enunciados científicos son formulados en términos de probabilidad en vez de en términos absolutos. Además, desde hace tiempo la epistemología ha aclarado que la ciencia no alcanza nunca resultados en verdad definitivos, y las enunciaciones científicas están sujetas siempre a cambios, evoluciones o —popperianamente— a falsificaciones”, en TARUFFO, M., “Conocimiento científico y estándares de prueba judicial”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, n° 114, septiembre-diciembre de 2005, pp. 1293-1294.

<sup>1175</sup> Véase MARTÍNEZ URREA, M.Á., “La valoración de dictámenes periciales contradictorios”, *Op. Cit.*, pp. 84-86. En el mismo sentido, el TS, cuando indica que “los juzgadores de instancia pueden decidirse por el dictamen que estimen más conveniente y objetivo para resolver la contienda procesal (...) La prueba pericial más apropiada es aquella que se presenta mejor fundamentada y aporta mayores razones de ciencia y objetividad”, vid. STS 982/2005, de 12 de diciembre.

<sup>1176</sup> TARUFFO, M., *Simplemente la verdad. El juez y la construcción...*, *Op. Cit.*, p. 244.

suficientemente en la sentencia”<sup>1177</sup>. De modo que, como ya se ha afirmado, el Juez podrá dar por probado el hecho sin necesidad de dictamen pericial, con base en otras pruebas, en las reglas de la sana crítica y en la aplicación de máximas de experiencia<sup>1178</sup>.

Por el contrario, nada dispone la LEC sobre el valor probatorio del reconocimiento judicial, cuestión en la que no es unánime la doctrina, pues hay posiciones que consideran este medio probatorio como prueba tasada -bien porque lo enmarcan en la documental pública por el acta que el LAJ levanta en su práctica<sup>1179</sup>, bien porque, por las propias características de este medio lo consideran de valor pleno y absoluto<sup>1180</sup>-; y, otras, que defienden, acertadamente, la libre apreciación por el juez de la prueba de reconocimiento<sup>1181</sup>. Parece, en todo caso, que la valoración del juez sobre las pruebas que reconozca de manera directa las valorará de acuerdo con las reglas de la sana crítica. Así, es perfectamente posible que, en el supuesto en el que las partes presenten al juez o tribunal una página web para su reconocimiento, éste le dé credibilidad o, por el contrario, albergue dudas sobre su contenido o a su autoría, en función del propio desarrollo de la práctica de la prueba.

En el proceso penal, la LECrim opta, sin restricciones, por el sistema de libre valoración de la prueba y obliga, correlativamente, a los jueces a motivar sus sentencias<sup>1182</sup>. Concretamente, los artículos 741 y 973 de la LECrim establecen que el Tribunal dictará sentencia apreciando, según su conciencia, las pruebas practicadas en el juicio, las razones expuestas por la acusación y la defensa y lo manifestado por los propios procesados. Por tanto, el Tribunal de instancia penal valora los distintos elementos de prueba de manera libre y, posteriormente, los justifica.

---

<sup>1177</sup> MARTÍNEZ URREA, M.Á., “La valoración de dictámenes periciales contradictorios”, en *Aspectos problemáticos en la valoración de la prueba civil* (DIRS. ABEL LLUCH, PICÓ I JUNOY), Bosch, Barcelona, 2008, p. 83.

<sup>1178</sup> FUENTES SORIANO, O., “Las comunicaciones telemáticas: ...”, *Op. Cit.*, p. 300.

<sup>1179</sup> Interpretación realizada por GARBERÍ LLOBREGAT, J., BUITRÓN RAMÍREZ, G., *La prueba civil*, *Op. Cit.*, p. 112.

<sup>1180</sup> Vid. JIMÉNEZ CONDE, F., *La apreciación de la prueba legal y su impugnación*, Salamanca: Universidad, Departamento de Derecho Procesal, 1978, p. 349.

<sup>1181</sup> Véase, en este sentido, LÓPEZ YAGÜES, V., *La prueba de reconocimiento judicial en el proceso civil*, La Ley, Madrid, 2005, pp. 286-287, quién señala que “a nivel doctrinal, la libre apreciación por el Juez de la prueba de reconocimiento que practica, o ha planteado dudas” y, en este sentido, cita a GUASP, DEVIS ECHENDÍA, SERRA DOMÍNGUEZ ONECHA SANTAMARÍA o GUTIÉRREZ SANZ. En el mismo sentido, ABEL LLUCH, X., *La valoración de la prueba en el proceso civil*, *Op. Cit.*, p. 143.

<sup>1182</sup> RAMOS MÉNDEZ, F., *Enjuiciamiento...*, *Op. Cit.*, p. 367, que justifica esta elección de la LECrim “no porque con ello se consagre una vana búsqueda de la verdad material en el juicio, sino porque es la opción menos formalista y más adecuada al juicio oral en instancia única que se instauraba”.



Otra de las cuestiones que surgen con frecuencia en relación con la valoración de la prueba tecnológica es la relativa a si existen criterios específicos aplicables en la valoración judicial en este ámbito. Sobre el particular, BUENO DE MATA sostiene la necesidad de aplicar unas “reglas de sana crítica especialísimas” para valorar todas las pruebas electrónicas, dado que, por lo general, los jueces carecen de conocimientos informáticos entre sus máximas de experiencia para la valoración de pruebas electrónicas<sup>1183</sup>. El autor defiende que el baremo valorativo del juzgador sobre la prueba informática es bastante reducido porque no posee los conocimientos técnicos suficientes y, en este sentido, está supeditado a la valoración técnica aportada por los peritos informáticos<sup>1184</sup>.

Sin embargo, dicha posición puede ser cuestionada en la medida en la función valorativa de la prueba, el juzgador no necesita de especiales conocimientos técnicos, sino que basta con que motive su decisión de acuerdo con reglas generales de la lógica que cualquiera pudiese adoptar<sup>1185</sup>. A mayor abundamiento, los jueces tampoco ostentan, por regla general, conocimientos técnicos de otras materias que puedan ser objeto de prueba en un proceso -arte, mecánica, medicina, caligrafía,...- y ello no impide que apliquen las reglas generales de comprensión, conocidas como reglas de la sana crítica, para valorar estos supuestos<sup>1186</sup>. Por consiguiente, no puede compartirse la idea de aplicar reglas de sana crítica especialísimas a las pruebas periciales tecnológicas, ya que las máximas de experiencia permiten a los jueces realizar un razonamiento sensato sobre el conjunto de la prueba practicada, con independencia de su naturaleza técnica.

Ello no obstante, es cierto que, como acertadamente subraya NIEVA FENOLL, no se le indica al juzgador cómo debe realizar su valoración, más allá de las máximas de

---

<sup>1183</sup> BUENO DE MATA, F., *Prueba electrónica y proceso 2.0...*, *Op. Cit.*, pp. 262, 267, 275.

<sup>1184</sup> BUENO DE MATA, F., *Prueba electrónica y proceso 2.0...*, *Op. Cit.*, p. 262.

<sup>1185</sup> En palabras de RAMÍREZ CARVAJAL “Juez debe calificar legítimamente los hechos para pronunciarse sobre ellos en la sentencia, a través de las pruebas que aportan las partes en las oportunidades procesales pertinentes. No le está permitido al juez utilizar su conocimiento personal y particular para resolver una causa. Toda la información y el conocimiento que el Juez adquiriera para resolver el litigio deberá estar debidamente aducida y controvertida en juicio, con lo cual se garantiza la protección de los derechos fundamentales”, en RAMÍREZ CARVAJAL, D.M., “Precisiones constitucionales sobre los poderes de instrucción...”, *Op. Cit.*, p. 278.

<sup>1186</sup> Así, GÓMEZ ORBANEJA define las “máximas de experiencia” como “reglas de la experiencia común o de una rama especializada del conocimiento –de la psicología, de la lógica o incluso de la física- las que permiten al juez saber, acaso a veces sin que se dé cuenta clara de que las aplica, cuándo debe o no dar crédito a un testigo, preferir la declaración de uno a la de otro (o a la de muchos) o disentir de las conclusiones del perito, aunque versen sobre una materia que él no conozca especialmente”, véase GÓMEZ ORBANEJA, E., *Derecho procesal Civil. Parte general...*, *Op. Cit.*, pp. 296.

experiencia, la íntima convicción o su leal saber y entender<sup>1187</sup>. En este sentido, como señala ABEL LLUCH este *iter* lógico del Juez es un proceso mental de sentenciar que ni es objetivable, ni susceptible de uniformar, ya que, ni todos los Jueces deciden de un mismo modo, ni un mismo Juez recorre un mismo camino lógico-argumentativo en todos los casos<sup>1188</sup>.

La valoración de la prueba por el juzgador es indubitablemente subjetiva, en tanto en cuanto se trata de un sujeto imparcial que interpreta las alegaciones de las partes, de acuerdo con la actividad probatoria desplegada por ellas<sup>1189</sup>. Pero, aunque se trate de un sistema imperfecto que pueda arrojar soluciones dispares, no quiere decir que sea contrario a un sistema garantista, pues, como expone GIMENO SENDRA “la «voz interna» del Juzgador es reconocida por la generalidad de los sistemas procesales, siempre que se base en medios probatorios sólidos y, con frecuencia, tras superar las dudas que ofrecen la contradicción resultante entre los distintos medios de prueba”<sup>1190</sup>.

En síntesis, las pruebas tecnológicas aportadas a través de medios de prueba incardinados en el sistema de libre valoración, serán apreciadas por el juzgador de acuerdo con las reglas de la sana crítica. En este sentido, ni su naturaleza técnica justifica que deba tasarse su valor, ni esto tampoco es motivo suficiente para que existan reglas de la sana crítica especialísimas. Y ello porque la libre valoración de la prueba permite una mayor flexibilidad al juez en su labor analítica que se adapta mejor a las particulares características de las heterogéneas pruebas tecnológicas.

### 2.1.3. Valoración conjunta de la prueba

Del estudio de los sistemas de valoración de la prueba –libre o tasada- se advierte que uno de los problemas más habituales en este ámbito tiene lugar cuando existen pruebas

---

<sup>1187</sup> NIEVA FENOLL, J., *La ciencia jurisdiccional: novedad y tradición*, Marcial Pons, Madrid, 2016, p. 262. En el mismo sentido, las SSTs 28 de noviembre de 1992; de 30 de enero de 2001; de 4 de junio de 2001; de 9 de octubre de 2003.

<sup>1188</sup> ABEL LLUCH, X., *Las reglas de la sana crítica*, *Op. Cit.*, pp. 64-65, que señala que el juez unas veces “alcanza la decisión inmediatamente y busca la justificación, y otras veces, por el contrario, la decisión judicial es fruto de un lento proceso de decantación -y, en los órganos colegiados, de deliberación-, de depuración del alegato fáctico, de fijación de hechos controvertidos y, finalmente, de determinación de los hechos probados”.

<sup>1189</sup> Así, resulta curiosa la SAP de Madrid 1168/2012, de 22 de noviembre que revoca una resolución de instancia en la que aprecia la autenticidad de un correo electrónico impugnado por tener la misma redacción que otros dos correos admitidos por el impugnante. El Tribunal de la Audiencia considera que “si es cierto que no hay constancia de que el mensaje hubiera sido falseado, tampoco la hay de lo contrario” y, existiendo dudas al respecto, “sólo pueden ser despejadas en la forma que resulta más favorable al acusado”.

<sup>1190</sup> GIMENO SENDRA, V., *Derecho procesal civil. El proceso de declaración...*, *Op. Cit.*, p. 526.

que rebaten hechos antitéticos entre sí<sup>1191</sup>. Así, puede ocurrir -y de hecho, ocurre en la práctica-, que en un proceso se aporten dos pruebas de valor tasado de sentido contradictorio, piénsese, por ejemplo, en dos documentos. En estos supuestos, cobra especial sentido la valoración conjunta de la prueba, esto es, la apreciación que el Juez realiza sobre el conjunto de las pruebas practicadas<sup>1192</sup>.

El sistema de valoración conjunta es una creación jurisprudencial que opta por una apreciación global del acervo probatorio que permite al juez resolver cualquier posible contradicción que pueda surgir de la valoración individual de cada uno de los medios de acuerdo al sistema de prueba libre o al de prueba tasada<sup>1193</sup>. El TS ha reiterado, al respecto, la admisibilidad -y el deber- de la valoración del conjunto de medios practicados<sup>1194</sup>. E, igualmente, el TC ha señalado en algunas de sus resoluciones la idoneidad de que el juzgador realice una consideración global de los elementos probatorios que le permita formular un juicio de valor del conjunto probatorio practicado<sup>1195</sup>.

Dicha tesis jurisprudencial, que ha sido acogida en la LEC del 2000, surge debido a la coexistencia del sistema tasado de valoración probatoria para algunos medios probatorios con el de libre valoración para otros<sup>1196</sup>.

Actualmente, la valoración conjunta de los medios de prueba está recogida expresamente en el artículo 218 LEC, cuando dispone que “la motivación [de las sentencias] deberá

---

<sup>1191</sup> Es absolutamente común, normal o cotidiano que los litigantes sometan a la práctica de los diferentes medios de prueba hechos que físicamente no pueden haber sucedido y dejado de suceder al mismo tiempo, “como que el testigo de una parte afirme haber presenciado algo que el testigo de parte contraria no presencié aun estando ambos en la misma situación, o que el perito de una parte impute los desperfectos sufridos por la cosa cuyo restablecimiento se reclama a un concreto evento o conducta, en tanto que el perito de la parte contraria niegue categóricamente tal concreta relación de causalidad”, vid. GARBERÍ LLOBREGAT, J., BUITRÓN RAMÍREZ, G., *La prueba civil, Op. Cit.*, p. 107.

<sup>1192</sup> LUIS VILCHEZ, C., “Eficacia probatoria de los documentos: la contradicción entre el valor del documento y...”, *Op. Cit.*, pp. 54-56. La valoración debe realizarse de la prueba practicada por las dos partes, véase en este sentido la STC 2/2015, de 19 de enero, que afirma que la valoración de la concurrencia del elemento normativo del tipo fue fruto de una ponderación suficiente y razonable de los elementos de prueba existentes en la que se tuvo suficientemente en cuenta la prueba de descargo aportada por el recurrente de amparo” y, en sentido contrario, la STC 125/2017, de 13 de noviembre, que otorga el amparo solicitado porque la resolución recurrida no se había realizado una la valoración conjunta de la actividad probatoria obviando el testimonio de descargo del demandante de amparo.

<sup>1193</sup> BANACLOCHE PALAO, J.; CUBILLO LÓPEZ, I., *Aspectos fundamentales de Derecho procesal Civil*, Wolters Kluwer, Las Rozas, 2016, p. 316.

<sup>1194</sup> Véanse, entre otras, las SSTs 31 de marzo de 1993; de 25 de junio de 1993; de 2 de julio de 1993; de 6 de mayo de 1994; 5 de abril de 1995; 2 de julio de 1996; 11 de julio de 1996.

<sup>1195</sup> Véanse las SSTC 105/1983, de 23 de noviembre; 4/1986, de 20 de enero; 20/1987, de 19 de febrero; 44/1989, de 20 de febrero; 138/1991, de 20 de junio; 41/1998, de 31 de marzo; 124/2001, de 4 de junio; 199/2013, de 5 de diciembre y los Autos del TC 307/1985, de 8 de mayo; 138/1991, de 20 de junio; 247/1993, de 15 de julio; 175/2007, de 27 de febrero.

<sup>1196</sup> GIMENO SENDRA, V., *Derecho procesal civil. El proceso de declaración...*, *Op. Cit.*, pp. 528-529.

incidir en los distintos elementos fácticos y jurídicos del pleito, considerados individualmente y en conjunto, ajustándose siempre a las reglas de la lógica y de la razón”.

Además, este sistema tiene reflejo en varios de los preceptos que regulan la valoración de alguno de los medios de prueba, como, por ejemplo, el artículo 316 LEC cuando dispone que el reconocimiento de los hechos perjudiciales por la parte constituyen prueba tasada “si no lo contradice el resultado de las demás pruebas”.

La apreciación conjunta de la prueba comporta la necesidad de contrastar el resultado de unos medios de prueba con otros. Así, de un lado, es posible que algunas pruebas complementen y refuercen otras y, por otro lado, también cabe la posibilidad de que también resulten contradictorias entre sí, como no puede ser de otra manera en un proceso con dos partes enfrentadas. Si bien, la apreciación conjunta no puede convertirse en una fórmula que evite la valoración pormenorizada de algunas de las pruebas.

La concurrencia de medios de prueba complementarios entre sí sucede, normalmente, con las pruebas aportadas por una misma parte, bien cuando varios medios de prueba acreditan un mismo hecho (documental, pericial, testifical,...), o bien cuando existe una concurrencia de un mismo medio de prueba (por ejemplo, diez testigos)<sup>1197</sup>. En este sentido, si todos los testigos han ofrecido la misma versión del hecho, o versiones complementarias, “la máxima de la experiencia puede ser la de que es creíble el relato de los hechos en el que coinciden todos los testigos y, con ello se está haciendo una valoración conjunta de dos o más medios de prueba”<sup>1198</sup>. Así sucede también con la prueba instrumental que la parte aporta frente a la impugnación de una prueba tecnológica, ya que complementa y contribuye a acreditar un mismo hecho. Ello, sin perjuicio de que el juzgador debe indicar qué medios de prueba corroboran la existencia –o inexistencia- de un hecho y la forma en la que se complementan, con expresa mención de la credibilidad que le otorga a cada medio practicado.

Más compleja resulta la valoración conjunta de la prueba cuando existe una colisión entre los diversos medios. En este escenario, cabe diferenciar varios supuestos, a saber, si la contradicción tiene lugar entre medios de prueba de valoración tasada, si concurre entre

---

<sup>1197</sup> ABEL LLUCH, X., *La valoración de la prueba en el proceso civil*, *Op. Cit.*, p. 152.

<sup>1198</sup> MONTERO AROCA, J., *La prueba en el proceso civil*, *Op. Cit.*, p. 572.

medios de prueba tasada y prueba libre, o, finalmente, si es entre medios de libre valoración.

Si la colisión es entre medios de pruebas de valoración tasada, opera una suerte de neutralización que anula la fuerza vinculante de los mismos, de modo que, pese a que su valoración está legalmente prevista, son contrapuestos y, por ende, el juez los valorará según la sana crítica<sup>1199</sup>. Esto ocurre, verbigracia, si existe un acta notarial que da fe sobre unos correos electrónicos enviados y recibidos, cuyo contenido resulta diferente al recogido en un acta redactada por un LAJ.

El segundo de los supuestos, relativo a la valoración conjunta de pruebas opuestas de valoración libre y de valoración legal, se resuelve con la prevalencia de la eficacia de estas últimas, de acuerdo, precisamente, a su naturaleza tasada<sup>1200</sup>. En este sentido, ante la concurrencia de acta notarial que acredite el contenido de un ordenador en una fecha concreta y de la declaración de testigos que lo nieguen, el juzgador priorizará el relato resultante del documento público en aquellos aspectos en los que la ley tasa su valor (hecho documentado, fecha en la que se produce la documentación e intervención del fedatario público y demás personas asistentes). Otro supuesto particular sería la colisión entre la prueba pericial y el contenido del interrogatorio de la parte en los extremos tasados en la LEC, en cuyo caso prevalece la información admitida por la parte que constituye prueba legal.

Finalmente, si la colisión entre pruebas recae en medios de libre valoración, el juez resolverá la contradicción según su prudente arbitrio<sup>1201</sup>. Es el hipotético caso de colisión que tiene lugar, por ejemplo, entre una prueba pericial informática con el interrogatorio de testigos o, incluso, entre distintas declaraciones testificales contradictorias. En la misma línea, el tribunal puede otorgar mayor verosimilitud al contenido de un instrumento tecnológico aportado por el medio previsto en el artículo 299.2 LEC que a

---

<sup>1199</sup> ABEL LLUCH, X., *La valoración de la prueba en el proceso civil*, *Op. Cit.*, p. 153, si bien afirma que este supuesto es cada vez es menos frecuente porque han aumentado los medios de prueba de libre valoración en detrimento de las pruebas tasadas. El autor alcanza la misma conclusión en ABEL LLUCH, X., *Derecho probatorio*, *Op. Cit.*, pp. 506-507.

<sup>1200</sup> En este sentido, MONTERO AROCA, J., *La prueba en el proceso civil*, *Op. Cit.*, p. 573 señala que “cuando el resultado probatorio de un medio de prueba de valoración legal es contradictorio con el resultado de un medio de prueba de valoración libre, el admitir la valoración conjunta supone desconocer la regla legal”. A la misma conclusión, ABEL LLUCH, X., *Derecho probatorio*, *Op. Cit.*, p. 506.

<sup>1201</sup> ABEL LLUCH, X., *Derecho probatorio*, *Op. Cit.*, p. 504.

un informe pericial informático. En tales supuestos, la solución deberá atender a las circunstancias concretas del caso<sup>1202</sup>.

En cualquier caso, la valoración conjunta de la prueba necesita que el juez razone la apreciación individualizada de cada una de ellas y motive el resultado del estudio obtenido mediante su confrontación o corroboración<sup>1203</sup>. Y esta exigencia de motivación no se traduce en una exhaustiva descripción del proceso intelectual que lleva al juez a resolver de una determinada manera, sino en hacer explícita la decisión adoptada de tal manera que permita un eventual control jurisdiccional en una instancia posterior. Concretamente, el órgano decisor ha de apreciar y valorar pruebas individualmente y en su conjunto en relación con las alegaciones de las partes ajustándose a las reglas de la lógica y de la razón<sup>1204</sup>.

Sin embargo, la admisión del sistema de valoración conjunta no ha sido pacífica, pues hay quien lo critica porque considera que constituye una infracción de las normas de valoración tasada establecidas por el legislador para determinados medios probatorios<sup>1205</sup>. En este sentido, parte de la doctrina subraya que este sistema mixto permite eludir las reglas de valoración de la prueba y omite una motivación real de la sentencia<sup>1206</sup>. Y, en ocasiones, no les falta razón, porque la apreciación conjunta de la prueba ha servido, en algunas sentencias, como una cláusula de estilo que elude una valoración individualizada del resultado probatorio de cada medio de prueba y la no motivación real de las sentencias, como ha puesto de manifiesto la jurisprudencia<sup>1207</sup>.

---

<sup>1202</sup> Vid. ABEL LLUCH, X., *Derecho probatorio, Op. Cit.*, p. 506, que, en este sentido, señala que, por ejemplo, “un testigo de referencia puede tener un recuerdo perfecto de un hecho o situación lejana en el tiempo (ej, facilidad de retención y de memoria remota), mientras que un testigo directo puede tener su percepción deteriorada de situaciones muy próximas en el tiempo (ej. Déficit de agudeza visual). U otro ejemplo: la declaración discrepante del testigo presencial de un accidente de circulación puede merecer mayor credibilidad sobre la declaración de otros dos testigos, también presenciales pero confabulados, para ofrecer una versión de los hechos que favorezca a una de las partes”.

<sup>1203</sup> Así, la SAP de Madrid 388/2011, de 19 de julio expone que “la apreciación de la prueba por el juez de primera instancia, que es lo que viene a cuestionar la apelante, ha sido la procedente al mostrarse adecuada a los resultados obtenidos en el proceso, valorando detalladamente cada prueba (documental, testifical e interrogatorio de parte) y conjuntamente todo el material probatorio de forma lógica y conforme a las máximas de experiencia y normas de la sana crítica, al existir pruebas directas y suficientes”.

<sup>1204</sup> TAPIA FERNÁNDEZ, I., “Comentario al artículo 218”, en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil. Volumen I* (Coords. CORDÓN MORENO, ARMENTA DEU, MUERZA ESPARZA, TAPIA FERNÁNDEZ), Aranzadi Editorial, Navarra, 2001, p. 795.

<sup>1205</sup> Véase GARBERÍ LLOBREGAT, J., BUITRÓN RAMÍREZ, G., *La prueba civil, Op. Cit.*, p. 110.

<sup>1206</sup> MONTERO AROCA, J., *La prueba en el proceso civil, Op. Cit.*, p. 618. En el mismo sentido, ABEL LLUCH, X., *Derecho probatorio, Op. Cit.*, p. 517 señala que la apreciación conjunta de la prueba “materialmente permite al juez ahorrarse el esfuerzo de apreciar el resultado de las pruebas”, aun prescindiendo de la interpretación de las pruebas tasadas.

<sup>1207</sup> Vid. SSTS 22 de diciembre de 1954; 15 octubre 2001.

La forma en la que es posible aunar la apreciación conjunta de la prueba, con el debido respeto a las reglas legales de valoración, reside en la necesidad de que el juez motive los razonamientos que le llevan a conceder credibilidad a un hecho y negárselo a otro en función de unos medios de prueba<sup>1208</sup>.

En definitiva, para la valoración judicial, es necesario, por tanto, que el juez tenga en cuenta el medio a través del cual ha sido aportada la prueba tecnológica y la postura procesal de cada una de las partes en relación con ella, especialmente si ha existido impugnación por la parte no proponente y el fundamento de dicha impugnación<sup>1209</sup>. Así, con respecto a las fuentes de prueba tecnológicas, no existen reglas especiales de valoración, por lo que se estará a la teoría general de cada medio de prueba y, posteriormente, a la valoración conjunta del acervo probatorio<sup>1210</sup>.

## 2.2. La carga de la prueba

La carga de la prueba hace referencia a normas de conducta procesales que ostentan una doble vertiente en función de los sujetos y del momento del proceso al que afecten<sup>1211</sup>. En un sentido objetivo o formal, estas reglas, también conocidas como de distribución de la carga de la prueba, informan a las partes sobre quién tiene la responsabilidad de aportar unas determinadas pruebas<sup>1212</sup>. Desde una dimensión material, tales normas actúan como reglas de juicio que le señalan al enjuiciador en favor de quién tiene que dictar la sentencia ante un hecho dudoso sobre la base de qué parte tuvo que haberlo probado<sup>1213</sup>.

---

<sup>1208</sup> Véanse, en este sentido, las SSTC 138/1991, de 20 de junio; 145/2005 de 6 de junio; 62/2011, de 5 de mayo; 127/2011, de 18 de julio; 105/2016, de 6 de junio; o las SSTS 720/2017, de 6 de noviembre; 14 de junio de 1997; 5 de julio de 1997; 23 de febrero de 1999.

<sup>1209</sup> DELGADO MARTÍN, J., “La prueba del Whatsapp”, *Op. Cit.*, pp. 6-7.

<sup>1210</sup> Sobre este particular, DELGADO MARTÍN defiende que “la valoración de la prueba digital de un concreto proceso ha de ser apreciada en relación con el valor probatorio de las restantes pruebas practicadas”, en DELGADO MARTÍN, J., *Investigación tecnológica y prueba digital...*, *Op. Cit.*, p. 87.

<sup>1211</sup> FERNÁNDEZ LÓPEZ destaca que la separación entre las dos manifestaciones opera a efectos teóricos, aunque en la práctica se trata de un único fenómeno “cuya naturaleza obliga a aproximarse a él desde ángulos distintos”, en FERNÁNDEZ LÓPEZ, M., *La carga de la prueba en la práctica judicial civil*, *Op. Cit.*, pp. 29-30. En sentido contrario, NIEVA FENOLL señala que la carga de la prueba no existe desde la introducción del sistema de libre valoración de la prueba pues “ya no importa propiamente quién debe probar qué hecho, sino que lo que se pretende es determinar la realidad en general, es decir, la averiguación del hecho, con independencia de quiénes aporte la prueba”, en NIEVA FENOLL, J., “La carga de la prueba: una reliquia histórica que debiera ser abolida”, *Revista Ítalo-Española de Derecho Procesal*, Vol. I, 2018, p. 9.

<sup>1212</sup> FERNÁNDEZ LÓPEZ, M., *La carga de la prueba en la práctica judicial civil*, *Op. Cit.*, p. 25.

<sup>1213</sup> Vid. FERNÁNDEZ LÓPEZ, M., *Prueba y presunción de inocencia*, Iustel, Madrid, 2005, p. 280; GONZÁLEZ GRANDA, P., “Los criterios de disponibilidad y facilidad probatoria en el sistema del artículo 217 de la LEC”, en *Carga de la prueba y responsabilidad civil*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 29-30. En el mismo sentido, CABEZUDO RODRÍGUEZ señala que la carga de la prueba resulta “una

Se trata, por tanto, de las dos caras de una misma moneda, son normas de conducta para los litigantes que permiten extraer qué consecuencias tendrán sus comportamientos procesales e, indirectamente, se dirigen al Juez para facilitarle su labor interpretativa ante hechos controvertidos y dudosos en caso de que las partes no hayan probado suficientemente los hechos alegados<sup>1214</sup>. En esta fase decisoria del proceso –la valoración judicial- resultan relevantes las reglas de la carga de la prueba que el juez utiliza para determinar, en el momento de dictar la sentencia, cuál de las partes hubiera tenido que acreditar el hecho que no aparece probado y que, por tanto, le resulte dudoso.

Téngase presente que el ejercicio obligatorio de la potestad jurisdiccional conlleva una prohibición *non liquet* que no permite que la cuestión se quede imprejuizada<sup>1215</sup>. En este sentido, el juzgador aplica, en su labor decisora, las reglas de la carga de la prueba ante situaciones de incerteza, que le facilitan el sentido del fallo en todos los asuntos de los que conozca<sup>1216</sup>.

Las reglas de la carga de la prueba material son, por tanto, unas reglas de juicio que aplica el juez ante una situación de hecho incierto en los casos en los que no pueda llegar al

---

instrucción útil, pero también vinculante, para despejar la duda en que aquél (el juez) puede verse sumido acerca de la decisión final de la causa, al resultar insuficiente la actividad probatoria desplegada en el proceso para lograr su pleno convencimiento más allá de toda duda razonable de la verisimilitud de las afirmaciones introducidas por los litigantes”, en CABEZUDO RODRÍGUEZ, N., “La regla de juicio de la carga de la prueba y su inversión en el proceso civil”, *Poder Judicial*, nº 52, p. 243. Similar es la definición de NIEVA FENOLL cuando indica que “puede decirse que la carga de la prueba no es más que una institución que le dice al juez a favor de quién tiene que fallar cuando existe una grave insuficiencia de prueba sobre un hecho concreto”, en NIEVA FENOLL, J., *La ciencia jurisdiccional: novedad y tradición*, *Op. Cit.*, p. 274.

<sup>1214</sup> ABEL LLUCH, X., *Derecho probatorio*, *Op. Cit.*, p. 357. Así, CABEZUDO RODRÍGUEZ señala que la regla de juicio se proyecta, aunque de modo mediato, sobre las partes como un estímulo “sobre la actividad que desarrollan en el proceso, traduciéndose en el riesgo que corre cada litigante de que el juzgador no aprecie las afirmaciones que amparan su pretensión si no satisface la carga probatoria que le corresponde”, vid. CABEZUDO RODRÍGUEZ, N., “La regla de juicio de la carga de la prueba y su inversión...”, *Op. Cit.*, p. 244. Ello no obstante, de la lectura del artículo 217 parece que las reglas se dirigen inmediatamente a las partes y, de forma mediata, al juez.

<sup>1215</sup> GÓMEZ ORBANEJA, E., *Derecho procesal Civil. Parte general...*, *Op. Cit.*, p. 306; GIMENO SENDRA, V., *Derecho procesal civil. El proceso de declaración...*, *Op. Cit.*, p. 517; FERNÁNDEZ LÓPEZ, M., *La carga de la prueba en la práctica judicial civil*, *Op. Cit.*, p. 26; ESCALER BASCOMPTE, R., *La carga de la prueba*, Atelier, Barcelona, 2017, p. 24. En este sentido afirma ROSENBERG que “se descarta la posibilidad de que el juez llegue a un *non liquet* con respecto a la cuestión de derecho, a causa de lo dudoso de la cuestión de hecho. El juez debe siempre afirmar o negar la consecuencia jurídica que es objeto del pedido de la demanda, esto es, en el proceso civil, o condenar al demandado o rechazar la demanda, con tal de que estén cumplidos los presupuestos procesales de la sentencia en cuanto al fondo de la causa. La sentencia no puede tener otro contenido”, en ROSENBERG, L., *La carga de la prueba*, *Op. Cit.*, p. 16.

<sup>1216</sup> ABEL LLUCH, X., *Derecho probatorio*, *Op. Cit.*, p. 365. DAMIÁN MORENO expone que el fundamento de la carga objetiva de la prueba se extrae de un dato sociológicamente incontrovertible y es que no siempre es posible probar la realidad de los todos los hechos” y “en tal caso, el juzgador debe disponer de normas que le faciliten el ejercicio de su función jurisdiccional”, vid. DAMIÁN MORENO, J., “Nociones generales sobre la carga de la prueba en el proceso civil”, *Op. Cit.*, p. 14.



convencimiento de su existencia o inexistencia y que evita que su decisión sea arbitraria, de modo que salvaguardan el principio de seguridad jurídica<sup>1217</sup>. A tal respecto, si el hecho alegado por la parte ha quedado suficientemente probado, no operan las reglas de juicio, que únicamente son de aplicación judicial tras la valoración probatoria cuando el juez no tiene una plena certeza sobre los hechos controvertidos y relevantes para el proceso<sup>1218</sup>. Así, “habiéndose probado el hecho, para nada importa a quién incumbiese la carga de la prueba”<sup>1219</sup>.

Las únicas referencias a las reglas de la carga de la prueba en el proceso están previstas en la LEC, fundamentalmente en el artículo 217, si bien, están igualmente presente en el artículo 433 cuando indica que las partes, en sus conclusiones “podrán, asimismo, alegar lo que resulte de la carga de la prueba sobre los hechos que reputen dudosos”<sup>1220</sup>. El citado artículo 217 LEC<sup>1221</sup> también identifica la proyección dual de la carga de la prueba,

---

<sup>1217</sup> FERNÁNDEZ LÓPEZ, M., *La carga de la prueba en la práctica judicial civil*, *Op. Cit.*, p. 34. ESCALER BASCOMPTE destaca que el concepto de cargas de la prueba no es el más adecuado, porque en muchas ocasiones es una regla de juicio, pero que tanto la LEC en su artículo 217, como él mismo, recurren a este concepto por ser el más conocido entre operadores jurídicos, vid. ESCALER BASCOMPTE, R., *La carga de la prueba*, *Op. Cit.*, pp. 23-24.

<sup>1218</sup> La exposición de motivos de la LEC indica que las normas de carga de la prueba “sólo se aplican judicialmente cuando no se ha logrado certeza sobre los hechos controvertidos y relevantes en cada proceso” y el artículo 217 de la citada Ley condiciona la aplicación de la distribución de la carga de la prueba a “cuando, al tiempo de dictar sentencia o resolución semejante, el tribunal considerase dudosos unos hechos relevantes para la decisión...”. Tal y como indica DAMIÁN MORENO, “el proceso es un instrumento demasiado imperfecto y como tal la ley tiene que contar con la eventualidad de que un hecho, aun existente en la realidad, no consiga ser probado”, en DAMIÁN MORENO, J., “Nociones generales sobre la carga de la prueba en el proceso civil”, *Op. Cit.*, pp. 14-15. En el mismo sentido, véase VILLAGÓMEZ CEBRIÁN, M., *La prueba. Los recursos. La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Tomo III...*, *Op. Cit.*, p. 31.

<sup>1219</sup> GÓMEZ ORBANEJA, E., *Derecho procesal Civil. Parte general...*, *Op. Cit.*, p. 306. En el mismo sentido, FERNÁNDEZ LÓPEZ señala que es irrelevante determinar quién probó unos hechos de los que el juez tiene la absoluta certeza de que existieron (o de que no existieron) “y ello como consecuencia del principio de adquisición procesal, en virtud del cual el resultado de los actos procesales pasa a formar parte del proceso con independencia de quién los realizó, pudiendo beneficiar o perjudicar a cualquiera de las partes”, vid. FERNÁNDEZ LÓPEZ, M., *La carga de la prueba en la práctica judicial civil*, *Op. Cit.*, pp. 31-32.

<sup>1220</sup> Ello pese a que ROSENBERG afirma que “la carga de la prueba es la espina dorsal del proceso civil”, vid. ROSENBERG, L., *La carga de la prueba*, *Op. Cit.*, p. 80.

<sup>1221</sup> Este artículo deroga, por medio de la Disposición derogatoria única de la LEC, el precepto 1214 CC, que rezaba “incumbe la prueba de las obligaciones al que reclama su cumplimiento, y la de su extinción al que la opone”. Hasta la LEC del 2000 la carga de la prueba se regulaba en este precepto del texto sustantivo, cuestión tal que suscitó cierta polémica doctrinal, como afirma FERNÁNDEZ LÓPEZ, quién destaca entre los aspectos discutidos la naturaleza –procesal o material- de la norma o su deficitaria redacción (a modo de ejemplo, el artículo en cuestión se refiere a “la prueba de las obligaciones” cuando alude a la prueba de los hechos), vid. FERNÁNDEZ LÓPEZ, M., *Prueba y presunción de inocencia*, *Op. Cit.*, pp. 99-101. Tan controvertida resulta la cuestión que incluso ROSENBERG modifica su posición al respecto a partir de la primera edición su obra *La carga de la prueba*. El citado autor reconoce que, pese a que en un primer momento consideraba las reglas de la carga de la prueba normas procesales, en tanto en cuanto “sólo en el proceso existe la prueba” y “no sólo valen para las situaciones de hechos que encuadran en el derecho civil sino también para las que corresponden a preceptos jurídicos de otros sectores del derecho”. Ello no obstante, en ediciones posteriores ROSENBERG aboga por considerar la carga de la prueba una regla

aunque resulta llamativo que esté ubicado en la sección destinada a “los requisitos internos de la sentencia y de sus efectos”. Así, de un lado, los apartados primero y séptimo del artículo 217 LEC son reglas de juicio que ofrecen indicaciones al juez para resolver los casos dónde existan hechos inciertos que no han quedado plenamente acreditados tras la valoración de la prueba y, de otro, el resto de apartados contienen una serie de reglas dirigidas a las partes sobre qué hechos deben aportar para obtener una sentencia favorable -los apartados segundo a sexto de este artículo expresan reglas de distribución de la carga de la prueba (generales o especiales) dirigidas las partes-.

Dicho artículo, que comprende siete apartados, comienza con un primer enunciado general sobre la aplicación de estas reglas de la carga de la prueba –“cuando, al tiempo de dictar sentencia o resolución semejante, el tribunal considerase dudosos unos hechos relevantes para la decisión, desestimaré las pretensiones del actor o del reconviniente, o las del demandado o reconvenido, según corresponda a unos u otros la carga de probar los hechos que permanezcan inciertos y fundamenten las pretensiones”-; incluye dos reglas generales que indican a qué parte le corresponde probar ciertos hechos – “corresponde al actor y al demandado reconviniente la carga de probar la certeza de los hechos de los que...” e “incumbe al demandado y al actor reconvenido la carga de probar...”-; otras dos normas de aplicación a casos concretos -procesos sobre competencia desleal, sobre publicidad ilícita o discriminatorias por razón del sexo<sup>1222</sup>-; y, finalmente, una regla “dinámica” para atenuar el rigor impuesto por el expediente formal de la carga de la prueba -los criterios de facilidad y disponibilidad probatoria-.

En la actualidad, la LEC regula la carga con base en conceptos asentados en la jurisprudencia, como la Exposición de Motivos de la propia Ley reconoce<sup>1223</sup>. Concretamente, las reglas de la carga de la prueba son normas de distribución derivadas

---

material porque se refiere al contenido mismo de la sentencia y “el derecho procesal indica cómo debe encontrarse la sentencia pero no dice nada respecto de su contenido”, en ROSENBERG, L., *La carga de la prueba*, *Op. Cit.*, pp. 98-112.

<sup>1222</sup> PÉREZ DAUDÍ considera que la regla de la carga de la prueba en materia de discriminación por razón de sexo es, en realidad, un caso concreto de facilidad probatoria, ya que interpretarla como una regla de inversión de la carga de la prueba generaría indefensión a la parte demandada y sería contrario a la normativa comunitaria, en PÉREZ DAUDÍ, V., “La «carga de la prueba» como medio procesal para la protección del derecho a la igualdad en el orden civil”, *Justicia*, nº1, 2015, pp. 109-141.

Sobre la carga de la prueba en materia de no discriminación en razón de sexo, véase también ORMAZABAL SÁNCHEZ, G., *La prueba de la discriminación en derecho privado*, Marcial Pons, Madrid, 2011, pp. 101-107.

<sup>1223</sup> La Exposición de Motivos de la LEC refiere textualmente que “en cuanto a la carga de la prueba, la Ley supera los términos, en sí mismos poco significativos, del único precepto legal hasta ahora existente con carácter de norma general, y acoge conceptos ya concretados con carácter pacífico en la Jurisprudencia”.

de máximas de experiencia, legalmente previstas para ofrecer una mayor seguridad jurídica<sup>1224</sup>. De esta forma, según la LEC sobre el actor recae la prueba de los hechos constitutivos de su pretensión<sup>1225</sup>. Así, por ejemplo, el litigante que alegue haber sido realizado una compraventa por Internet y no haya recibido la cosa, deberá aportar al proceso el justificante del pago y la identificación de la compra fraudulenta.

En el proceso penal, sin embargo, existe una alteración de la carga de la prueba porque la vigencia del derecho a la presunción de inocencia del artículo 24.2 CE conlleva que no recaiga sobre el acusado la carga de probar su inocencia<sup>1226</sup>. Tal es el valor con el que este derecho modifica las reglas de distribución probatoria que la STC 128/1995, de 26 de julio considera que la presunción de inocencia “opera en el seno del proceso como una regla de juicio”. Así, a diferencia del proceso civil, el acusador debe acreditar cumplidamente su acusación contra el acusado y, de no lograrlo, el juez o tribunal, tras la apreciación de la prueba según el principio de presunción de inocencia, declarará su inocencia.

En cualquier caso, y al amparo del artículo 4 LEC, sí son aplicables las restantes reglas de distribución probatoria en el proceso penal siempre y cuando no sean contrarias a la citada presunción de inocencia del acusado<sup>1227</sup>.

En determinados supuestos, sin embargo, la aplicación automática de las reglas de la carga de la prueba por el juez resulta contraproducente<sup>1228</sup>. De hecho, la LEC prevé reglas flexibles que permiten al juez invertir las pautas generales sobre la carga de la prueba y

---

<sup>1224</sup> DAMIÁN MORENO, J., “Nociones generales sobre la carga de la prueba en el proceso civil”, *Op. Cit.*, p. 16; ESCALER BASCOMPTE, R., *La carga de la prueba*, *Op. Cit.*, pp. 89-90. Este autor destaca, en la p. 26, que “aunque no apareciera recogida en un cuerpo legal ninguna norma relativa a la carga de la prueba, el órgano judicial debiera igualmente dar respuesta al caso concreto. De hecho, buena parte de las normas relativas a las carga de la prueba que se recogen en los ordenamientos suelen ser consecuencia de criterios jurisprudenciales consolidados con anterioridad a las mismas”.

<sup>1225</sup> Así, la LEC prevé que el actor pruebe los hechos constitutivos de su pretensión (por ejemplo, el contrato de compraventa) y el demandado, los de su extinción (el pago), vid. ASENCIO MELLADO, J.M., *Derecho procesal civil*, *Op. Cit.*, p. 237.

<sup>1226</sup> Como afirma TAPIA FERNÁNDEZ, en el proceso penal, ante las dudas que la actividad probatoria produzcan en el juzgador debe aplicarse la máxima “in dubio pro reo”, en TAPIA FERNÁNDEZ, I., “Comentario al artículo 217”, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil. Volumen I* (Coords. CORDÓN MORENO, ARMENTA DEU, MUERZA ESPARZA, TAPIA FERNÁNDEZ), Aranzadi Editorial, Navarra, 2001, p. 786.

<sup>1227</sup> ASENCIO MELLADO pone de manifiesto las diferencias existentes entre la carga de la prueba en los procesos penales y civiles por influencia del derecho a la presunción de inocencia y advierte que “el resultado de estas diferencias es que un mismo hecho, total o parcialmente idéntico en sede penal y civil pueden ser determinado de forma absolutamente diferente. Y, lo que es más relevante, puede suceder que un hecho no penal se confirme en el proceso penal con menos elementos probatorios o recursos que en el civil”, en ASENCIO MELLADO, J.M., *Prejudicialidad en el proceso penal y criminalización social*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015, p. 84

<sup>1228</sup> FERNÁNDEZ LÓPEZ, M., *La carga de la prueba en la práctica judicial civil*, *Op. Cit.*, p. 142.

resolver de una manera más equitativa atendiendo a criterios de disponibilidad y facilidad probatoria<sup>1229</sup>. Esta norma “dinámica” tiene su origen en una consolidada jurisprudencia que el legislador quiso conservar y elevar a rango legal<sup>1230</sup>. En este sentido, el último apartado del artículo 217 de la LEC recoge la regla flexible de disponibilidad y facilidad probatoria que atiende a las circunstancias del caso concreto, admitiendo el inevitable casuismo que rige en la materia<sup>1231</sup>. Así, pese a que las reglas generales responden al principio de facilidad probatoria, en tanto en cuanto es más sencillo que cada parte pruebe sus alegaciones, el legislador ha introducido dos normas que permiten al juez una interpretación menos rígida ante circunstancias del caso concreto<sup>1232</sup>.

Como ejemplo de estos casos concretos, piénsese en el supuesto en el que una empresa ha registrado el contenido de los ordenadores de sus trabajadores. En tal escenario, pese a que la carga de la prueba recae sobre el empleado demandante, no cabe duda de la empresa está en una mejor posición para aportar las pruebas sobre tales hechos si posee cámaras de seguridad orientadas hacia la mesa del empleado. En estos casos, el tribunal puede apreciar las circunstancias concurrentes y, con base en ellas, alterar la regla de juicio para que recaiga la carga de la prueba de unos hechos sobre la parte que, pese a que, en principio, no le correspondía probar, disponga de su prueba o esté en mejor posición para acceder a ella.

En este sentido, los principios de disponibilidad y facilidad probatoria alteran la taxatividad de la carga de la prueba y sirven al juez, en supuestos de incerteza fáctica, para inclinar la balanza hacia la credibilidad –o no- de unos hechos que, sumados a otras pruebas, le permitan condenar o absolver al acusado<sup>1233</sup>. El fundamento de estos

---

<sup>1229</sup> Para TAPIA FERNÁNDEZ esta regla correctiva consiste en “una aplicación más del principio de normalidad”, vid. TAPIA FERNÁNDEZ, I., “Comentario al artículo 217”, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil. Volumen I* (Coords. CORDÓN MORENO, ARMENTA DEU, MUERZA ESPARZA, TAPIA FERNÁNDEZ), Aranzadi Editorial, Navarra, 2001, p. 788.

<sup>1230</sup> GONZÁLEZ GRANDA, P., “Los criterios de disponibilidad y facilidad probatoria...”, *Op. Cit.*, pp. 45-46. Adviértase que la autora se refiere, en esta obra, al apartado sexto del artículo 217, que corresponde al actual apartado séptimo, tras la incorporación de un nuevo apartado cinco por la disposición adicional 5.3 de la *Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, que reenumeró los apartados 5 y 6 como 6 y 7.

<sup>1231</sup> ESCALER BASCOMPTE, R., *La carga de la prueba*, *Op. Cit.*, pp. 114-115. Precisamente, NIEVA FENOLL sostiene que esta regla busca recordar al juez que la razón primigenia de la carga de la prueba es que falle en contra de quien es más habitual que posea la prueba, pero que “no siempre las cosas se ajustan al patrón habitual, sino que en ocasiones el demandado posee la prueba sobre el hecho constitutivo, y el demandante tiene mucho más próxima la prueba sobre los hechos extintivos, impeditivos y excluyentes”, vid. NIEVA FENOLL, J., *La ciencia jurisdiccional: novedad y tradición*, *Op. Cit.*, p. 274.

<sup>1232</sup> FERNÁNDEZ LÓPEZ, M., *La carga de la prueba en la práctica judicial civil*, *Op. Cit.*, p. 142.

<sup>1233</sup> Además de estas reglas de inversión de la carga de la prueba judiciales, porque las aplica el juez, la doctrina también identifica la inversión legal de la carga de la prueba –cuando la propia ley determina una distribución distinta de las cargas específicas para determinados supuestos, como en los apartados cuarto y

principios está en clara conexión con el deber de colaboración con los tribunales de justicia que predica el artículo 118 CE y con la debida buena fe de los litigantes<sup>1234</sup>.

Empero, no es muy clara, ni doctrinal, ni jurisprudencialmente, la delimitación conceptual entre los principios de disponibilidad y de facilidad probatoria, si bien, como afirma GONZÁLEZ GRANDA, ello carece de significativa relevancia a efectos prácticos<sup>1235</sup>. Tampoco la redacción del precepto que las recoge ayuda a precisar el contenido de cada principio, que se limita a enunciarlos<sup>1236</sup>. En cualquier caso, la disponibilidad probatoria puede definirse como la regla que carga la prueba de los hechos a aquella que posee los elementos probatorios que fundamentan la pretensión de la contraparte<sup>1237</sup>. Y la facilidad probatoria alude a aquella situación en la que a una parte resulta más fácil, menos gravoso o más rápido llevar la prueba de los hechos que le incumben a la contraparte<sup>1238</sup>. Es decir, que en el caso de que no queden acreditados unos hechos, el juez tendrá en cuenta que la parte con mayor facilidad por su propia cercanía a los mismos y que pudo probarlos, no lo hizo<sup>1239</sup>. Así, el principio de facilidad probatoria tiene un alcance más amplio y enmarca, sin problema, los supuestos de disponibilidad probatoria<sup>1240</sup>.

En este contexto, el juzgador puede apreciar que alguna de las partes aporte su terminal móvil para que el juez pueda reconocer directamente sobre el teléfono la inexistencia o manipulación de unos mensajes supuestamente enviados por una parte, o solicitar la realización de un dictamen pericial del dispositivo; ya que en los supuestos de mensajería instantánea es necesario el cotejo de los dos terminales. Si el juzgador tiene dudas sobre la autenticidad de esta prueba, puede dar credibilidad a los citados mensajes sobre la base

---

quinto del artículo 217 LEC o en otras normas materiales (así, el artículo 850 CC dispone que “la prueba de ser cierta la causa de la desheredación corresponderá a los herederos del testador si el desheredado la negare”, el artículo 1900 CC, respecto de las obligaciones que se contraen sin convenio, dispone que “La prueba del pago incumbe al que pretende haberlo hecho. También corre a su cargo la del error con que lo realizó, a menos que el demandado negare haber recibido la cosa que se le reclame”,...)- y la inversión convencional –cuando las partes dispongan pactos extraprocesales que modifiquen las reglas de la prueba sobre materias que sean disponibles-, véanse, al respecto ABEL LLUCH, X., *Derecho probatorio*, *Op. Cit.*, pp. 391-401; FERNÁNDEZ LÓPEZ, M., *La carga de la prueba en la práctica judicial civil*, *Op. Cit.*, pp. 124-177.

<sup>1234</sup> ABEL LLUCH, X., *Derecho probatorio*, *Op. Cit.*, pp. 399.

<sup>1235</sup> GONZÁLEZ GRANDA, P., “Los criterios de disponibilidad y facilidad probatoria...”, *Op. Cit.*, p. 53.

<sup>1236</sup> ABEL LLUCH, X., *Derecho probatorio*, *Op. Cit.*, p. 395.

<sup>1237</sup> Vid. FERNÁNDEZ LÓPEZ, M., *La carga de la prueba en la práctica judicial civil*, *Op. Cit.*, p. 158. MUÑOZ SABATÉ señala que la cercanía o acceso (de disponibilidad, en definitiva) de la parte con la prueba puede ser material o intelectual (por ejemplo, el conocimiento de un dato), vid. MUÑOZ SABATÉ, L., *Fundamentos de prueba judicial civil: L.E.C. 1/2000*, J. M. Bosch Editor, 2001, p. 178.

<sup>1238</sup> ASECIO MELLADO, J.M., *Derecho procesal civil*, *Op. Cit.*, p. 238.

<sup>1239</sup> ABEL LLUCH, X., *Derecho probatorio*, *Op. Cit.*, p. 396.

<sup>1240</sup> GONZÁLEZ GRANDA, P., “Los criterios de disponibilidad y facilidad probatoria...”, *Op. Cit.*, p. 54; FERNÁNDEZ LÓPEZ, M., *Prueba y presunción de inocencia*, *Op. Cit.*, p. 158.

de los principios de facilidad o disponibilidad probatoria la parte que los ha presentado ha aportado su teléfono o, por el contrario, considerar más plausible la tesis de la contraparte que impugna la autenticidad de unos mensajes cuyo envío a él atribuido su ha aportado su teléfono para que pueda realizarse un cotejo.

Precisamente, los principios de facilidad y disponibilidad probatoria son los utilizados en la valoración de la ya mencionada STS 300/2015, de 19 de mayo que señala que “el hecho de que fuera la propia víctima la que pusiera a disposición del Juez de instrucción su contraseña de Tuenti con el fin de que, si esa conversación llegara a ser cuestionada, pudiera asegurarse su autenticidad mediante el correspondiente informe pericial”, junto con la circunstancia de que el interlocutor con el que se relacionaba la víctima fuera propuesto como testigo y acudiera al plenario, excluyen las dudas de manipulación de los mensajes recibidos a través de una comunicación bidireccional mediante cualquiera de los múltiples sistemas de mensajería instantánea. La aplicación de la disponibilidad o facilidad probatoria como criterios que flexibilizan las reglas generales de carga de la prueba permiten al juez imponer las consecuencias de la falta de prueba a la parte obstruccionista en favor de quien ejercita su pretensión de buena fe<sup>1241</sup>.

Se constata, así, como la prueba tecnológica encaja perfectamente en los estándares legales de los diversos medios de prueba legalmente previstos. De modo que, en materia de prueba tecnológica, no caben especiales reglas de carga que regulen la interpretación del juzgador ante hechos dudosos. Como tampoco existen, en realidad, especiales mecanismos de impugnación y adveración para este tipo de pruebas. Sin embargo, alrededor de la prueba tecnológica se plantean dudas acerca de su fiabilidad, que se traducen en trabas en su admisión, práctica, impugnación y valoración. Cabe tener a la prueba tecnológica como una prueba más (más bien, como una evidencia aportada por un medio de prueba previsto en la LEC). Si bien, es necesario poner el foco en que en su obtención no se hayan vulnerado derechos fundamentales que, con las nuevas tecnologías, quedan más expuestas. Y, por otro lado, en la necesidad de que el impugnante justifique, someramente, porque la prueba de la contraparte es falsa, para evitar que los procesos en los que concurra una prueba tecnológica se añada una fase impugnatoria automática que, si bien en ocasiones es el objeto central del proceso, en otras ocasiones es un elemento más a enjuiciar que, no obstante, obliga a un despliegue de medios

---

<sup>1241</sup> FERNÁNDEZ LÓPEZ, M., *La carga de la prueba en la práctica judicial civil*, Op. Cit., p. 160.

económicos, técnicos que, consecuentemente, produce un efecto dilatorio. Y, que, en ocasiones, no afecta a la valoración de la prueba.







## CONCLUSIONES

### I. Fundamento de la prueba ilícita.

El fundamento de la prueba ilícita en nuestro ordenamiento es el del respeto a la posición preferente de los derechos fundamentales, que se traduce en la autolimitación del Estado por medio de la inadmisión de pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales. Sin embargo, la jurisprudencia ha comenzado a admitir excepciones a la prohibición de admisión de pruebas obtenidas indirectamente con vulneración de derechos fundamentales provenientes, en su mayoría, de la jurisprudencia anglosajona. La trasposición de estas excepciones se ha realizado desde un sistema que tiene un fundamento distinto -el disuasorio- y en las pruebas derivadas, en lugar de las originales, por lo que en el sistema anglosajón constituye un control de los poderes públicos, aquí se torna en un elemento de recorte de los derechos y libertades que podría llegar a permitir, e incluso favorecer, las transgresiones. Si bien es cierto que en la práctica es difícil dilucidar qué prueba diferente a la prueba ilícita es independiente de la misma o, por el contrario, derivada de aquella y, consecuentemente, jurídicamente prohibida por su contaminación; no lo es menos que tolerar el aprovechamiento indirecto de los medios probatorios con conexión causal con la prueba ilícita constituye una incitación a la utilización de procedimientos inconstitucionales que, indirectamente, surtirán efecto. Es necesario, en aras de una mayor seguridad jurídica, la búsqueda de un punto intermedio entre la aplicación rigurosa de la eficacia de la regla de exclusión -que deriva en la impunidad de los acusados por la imposibilidad de utilizar las pruebas indirectamente obtenidas con vulneración de derechos fundamentales- y la proliferación de excepciones casuísticas que convierten en ineficaz la regla de exclusión. A ello contribuiría una mejor formación policial sobre los supuestos de nulidad probatoria o la mejor acreditación de la ejecución de las medidas de investigación por medio de su documentación que permita dejar constancia de la fehaciencia del cumplimiento de los requisitos exigidos y del respeto a los derechos fundamentales (v.gr., la grabación en vídeo de la prestación de consentimiento del titular de una vivienda para su posterior acreditación,...).

**II. Regla de exclusión probatoria como derecho constitucional autónomo.**

El Tribunal Constitucional conoce de la valoración de una prueba ilícita por parte de un juez en tanto en cuanto vulnere los derechos fundamentales procesales de presunción de inocencia o de un proceso con todas las garantías. La consecuencia jurídica que arroja la apreciación de uno u otro derecho es diferente, pues mientras que la vulneración del primero puede resolverse con la absolución si no hay más pruebas que confirmen la condena; la del segundo implica necesariamente la celebración de un nuevo enjuiciamiento. Aunque el TC, en su evolución doctrinal, ha optado por una u otra teoría, sería deseable que la Constitución contase con un precepto independiente que reconociese la regla de exclusión probatoria de las pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales.

**III. Exigencias para la limitación de derechos fundamentales. Rebaja de los estándares constitucionales.**

Solo tendrá cabida la limitación de derechos fundamentales por parte de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad cuando las medidas adoptadas previstas normativamente (constitucional o legalmente) tiendan a la persecución de un interés socialmente relevante, cuenten con la autorización y control judicial, sean idóneas, necesarias y proporcionales con respecto a una concreta y determinada imputación y las ejecuten con las debidas garantías de fiabilidad de la prueba e integridad para el investigado. Sin embargo, con la reciente voluntad del legislador han proliferado supuestos legales de limitación de derechos fundamentales sin la preceptiva autorización judicial, si bien con un habilitación *ex post*. En mi opinión, estas excepciones reducen la garantía constitucional del control por parte del juez y pueden dar lugar a situaciones en los que, de no hallar efectos del delito, no se comunique la trasgresión del derecho fundamental al órgano judicial. Es necesaria cautela máxima ante la posibilidad de prácticas policiales abusivas sobre la base de motivos de urgencia en la persecución de determinados delitos.

**IV. Extensión del alcance de los principios para la adopción de medidas de investigación tecnológica a todas las medidas de investigación.**

Tras la reforma de 2015, la LECrim regula un marco común en el que, entre otros aspectos, prevé los principios que debe observar el juez que autorice la adopción de algún medio de investigación; establece los extremos que debe contener el Auto habilitante; o prevé un plazo máximo para adoptar o rechazar la diligencia de investigación solicitada. Estas disposiciones, sin embargo, no son aplicables a otras diligencias de investigación no tecnológica, ni tampoco a la regulación del agente encubierto informático. Sería deseable ampliar este marco común a todas las medidas de investigación limitativas de los derechos fundamentales, sean, o no, diligencias de investigación tecnológicas. En este sentido, como medida de *lege ferenda* resultaría positivo ampliar el alcance de los principios de especialidad, idoneidad, excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad, ahora previstos para la adopción de los actos de investigación tecnológicas reguladas en el capítulo IV del Título VIII a todas las medidas de investigación que reconozca el ordenamiento jurídico y no solo a las de carácter tecnológico.

V. Procedimiento para decretar la ilicitud probatoria.

La precaria regulación del procedimiento para decretar la ilicitud probatoria -las únicas referencias normativas para el tratamiento procesal de la prueba ilícita están en el artículo 287 LEC y en los procedimientos especiales de Tribunal del Jurado y de menores- afecta a la incertidumbre sobre el momento procesal oportuno en el que ésta deba acordarse en el marco del proceso penal. Es necesario regular un procedimiento para decretar la ilicitud probatoria adaptado al proceso penal en el que se expulse la prueba ilícita en la fase de instrucción. Solo para aquellos supuestos en los que no sea clara la ilicitud en esta fase de investigación habría que arbitrar la posibilidad de que la prueba se declare ilícita en la fase enjuiciadora, previamente a la sentencia, a fin de que las partes puedan adaptar su estrategia defensiva.

VI. Nuevas interpretaciones de los derechos fundamentales existentes.

Es loable la labor interpretativa que realiza la jurisprudencia para adaptar los derechos fundamentales al uso (y abuso) de las nuevas tecnologías por los ciudadanos. Así, los tribunales han entendido que el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones también ampara las comunicaciones tecnológicas

en curso, esto es, aquellos mensajes informáticos enviados o recibidos, pero no leídos y aquellos en proceso de transferencia; han entendido igualmente que la interceptación de los mismos se asimila a la de las comunicaciones telefónicas, ya que su concepción como comunicaciones postales exigiría la presencia del interesado en su apertura. Sería deseable, sin embargo, que el legislador normativizase estas nuevas interpretaciones, dado el superlativo uso de la tecnología.

**VII. Creación de nuevos derechos fundamentales.**

Con la irrupción de las nuevas tecnologías la jurisprudencia ha reconocido dos nuevos derechos fundamentales: el derecho a la protección de datos, que se le ha dado cabida en el marco del artículo 18.4 CE, que garantiza el control de información personal por su titular y que ha cobrado especial relevancia en el contexto tecnológico, debido a la ingente cantidad de datos privados que circulan en Internet; y el derecho fundamental al propio entorno virtual, aún en construcción, que protege la información en formato electrónico que se va generando con el uso de las nuevas tecnologías. En una posible reforma constitucional sería deseable el reconocimiento expreso de estos dos derechos fundamentales y la exigencia de autorización judicial para su limitación.

**VIII. Mejora técnica de la regulación de las medidas de investigación tecnológica.**

La incorporación en la LECrim de actos de investigación tecnológicos en el año 2015 merece una valoración positiva por normativizar diligencias propias de la práctica forense actual. Ello no obstante, de la reforma realizada sobre la base de dos Anteproyectos de Ley distintos ha resultado un texto que incorpora duplicidades y contradicciones que plantean no pocos interrogantes. Entre otras, las FFCCSS necesitan autorización judicial para la captación de imágenes en un espacio público por medio de la diligencia de captación y grabación de las comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos técnicos, pero no así si las imágenes se obtienen a través de la “diligencia de captación policial de imágenes en lugares públicos para facilitar la identificación de la persona investigada, localizar los instrumentos o efectos del delito u obtener datos relevantes que esclarezcan los hechos controvertidos” (artículo 588 quinquies a)

LECrim). También se aprecian discordancias entre el marco normativo común a todas las medidas de investigación tecnológicas y algunas de tales diligencias específicas: así, la exigencia general de previa habilitación judicial obligatoria, no es predicable para la utilización de dispositivos técnicos de captación de la imagen en lugares públicos; o el precepto que prevé que la duración temporal máxima viene regulada para cada diligencia no es aplicable a las medidas que no están sujetas a plazo por su naturaleza puntual. Sería necesario un examen formal de las especialidades de la regulación de las medidas de investigación tecnológica.

**IX. Regulación parcial de los hallazgos casuales.**

Una de las reformas de la LECrim acaecida en el año 2015 introduce la regulación de los denominados hallazgos casuales sobre la base de la prolija jurisprudencia existente sobre la materia. Sin embargo, la regulación de los hallazgos casuales se realiza con evidentes carencias e, inesperadamente, circunscrita exclusivamente a la detención y apertura de correspondencia escrita y telegráfica. El legislador, mediante tal reforma, debió realizar un tratamiento completo de estos descubrimientos fortuitos que fuese, además, aplicable a todas las medidas de investigación.

**X. Ampliación a las partes del proceso de las exigencias derivadas del derecho fundamental a la protección de datos.**

En un claro reconocimiento del derecho fundamental a la protección de datos de los investigados, la LECrim, artículo 588 bis k), exige el borrado y eliminación de los registros originales policiales y judiciales que queden en los sistemas electrónicos e informáticos utilizados en la ejecución de las diligencias tecnológicas de investigación cuando concurren determinados supuestos (una vez finalizado el procedimiento por resolución firme o transcurridos cinco años desde que la pena haya sido ejecutada, cuando el delito o la pena hayan prescrito o cuando el juez decreta el sobreseimiento libre o dicte sentencia absolutoria firme respecto del investigado, siempre que no fuera precisa su conservación a juicio del Tribunal). Aun reconociendo que esta medida es positiva, el legislador olvida, sin embargo, mencionar la exigencia de destrucción de las copias entregadas a las

partes, como sería deseable por cuanto también afecta a los derechos fundamentales del acusado.

**XI. Necesaria previsión normativa para que la autorización del titular otorgada al agente encubierto habilite su entrada al domicilio.**

La entrada en un domicilio que lleva a cabo un agente encubierto necesita de la concurrencia de alguna de las tres circunstancias siguientes: un auto judicial habilitante –cuya solicitud sin levantar sospechas en el citado caso del grupo criminal es, en la práctica, comprometida y dificultosa-; un supuesto de flagrancia –de difícil acaecimiento por la propia naturaleza de la actuación de este tipo de agentes-; o el consentimiento otorgado por el titular de la vivienda, que la jurisprudencia considera que en estos casos no se concede conscientemente, sino sobre la base de la ficción que interpreta el agente y que, consecuentemente, no es informado. Por tanto, con la regulación actual cualquier actuación del agente encubierto en un domicilio deviene nula, por lo que es preciso una habilitación legal expresa para estos supuestos. Así, sería oportuno que la LECrim reconociera validez al consentimiento del titular del domicilio para legitimar la entrada del agente encubierto en el mismo, a fin de evitar su nulidad por haberse obtenido con el engaño sobre su identidad falsa.

**XII. Interpretación restrictiva de la afectación a terceros de medidas de investigación tecnológicas.**

La LECrim contempla que las medidas de investigación tecnológica puedan afectar a terceras personas “en los casos y con las condiciones que se regulan en las disposiciones específicas de cada una de ellas”. Para las medidas en las que esta previsión está regulada (*v.gr.*, en la interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas, que puede afectar a terceros cuando exista constancia de que el sujeto investigado se sirve de aquellos para transmitir o recibir información; el titular colabore con la persona investigada en sus fines ilícitos o se beneficie de su actividad; o el dispositivo objeto de investigación sea utilizado maliciosamente por terceros por vía telemática, sin conocimiento de su titular), debiese interpretarse restrictivamente su aplicación, garantizándose el respeto a sus derechos fundamentales y exigirse que la medida sea proporcionada y necesaria.

**XIII.** Delimitación de la prueba documental con respecto al medio de prueba del artículo 299.2 LEC.

La práctica y los efectos de aportar un contenido informático como prueba documental o como prueba de “los medios de reproducción de la palabra, el sonido y la imagen, así como los instrumentos que permiten archivar y conocer o reproducir palabras, datos, cifras y operaciones matemáticas llevadas a cabo con fines contables o de otra clase, relevantes para el proceso” (artículo 299.2 LEC) son distintos. La diferencia es relevante a efectos de valoración, ya que un documento tiene eficacia tasada para determinados aspectos, mientras que el medio de prueba del 299.2 LEC es de libre valoración. La prueba documental se circunscribe a la información impresa en papel, bien sea una fotografía, un manuscrito, un documento PDF, un correo electrónico, una conversación de *WhatsApp*, un comentario en un foro... A través del medio de prueba previsto en el artículo 299.2 de la LEC, las partes incorporan al proceso dispositivos tecnológicos que pueden contener determinados metadatos del archivo que aportan más información que una impresión de los mismos, como puedan ser, por ejemplo, la fecha de edición, el ordenador en el que se ha creado o la identidad del usuario que lo ha modificado. En este sentido, desde la promulgación de la LEC del 2000 no cabe una interpretación amplia –y forzada- del medio de prueba documental que desnaturalice su propio significado y aquellos instrumentos que se aporten al proceso se practicarán por el medio del 299.2 LEC.

**XIV.** Documento electrónico.

No cabe la confusión entre la prueba electrónica y el documento electrónico. Éste último es, en realidad, un documento informático firmado electrónicamente que tiene, por tanto, la eficacia probatoria del medio de prueba documental, si bien, con alguna especialidad en relación a la acreditación de su autenticidad según el tipo de rúbrica.

**XV.** Principio de prueba como requisito de admisión de la impugnación.

En la práctica forense se está generalizando la impugnación de las pruebas tecnológicas aportadas de contrario sobre la base de que son fuentes de prueba fácilmente manipulables (idea a la que ha contribuido una lectura parcial y

sesgada de la conocida STS 300/2015, de 19 de mayo). La impugnación de la prueba tecnológica conlleva el desplazamiento de la carga de acreditar su autenticidad hacia la parte que la aportó, independientemente de que sea la acusación o la defensa, ya que el derecho a la presunción de inocencia no descarga al acusado de probar la autenticidad de las pruebas por él aportadas. La acreditación de la autenticidad de la prueba supone a la parte que quiere hacerla valer un importante y complejo ejercicio de adveración, que incrementa los costes y dilata el proceso y que, por resultar un trámite sencillo al impugnante, lo realiza de forma casi automática. En este contexto, debiera exigirse al impugnante que incluya un principio de prueba que fundamente sus alegaciones con motivos serios y coherentes sobre la falsedad de la prueba tecnológica impugnada. Este principio de prueba que acompañe la impugnación de una prueba tecnológica debe entenderse como argumentos razonables, explicaciones serias, o cualquier dato o elemento que doten de cierta verosimilitud el motivo de oposición a la prueba.

**XVI. Cualquier medio probatorio puede constituir prueba instrumental para acreditar la autenticidad de la prueba tecnológica impugnada.**

El proceso de acreditación de la genuidad de la prueba impugnada se practica a través de cualquier medio probatorio válido en nuestro ordenamiento. Pese a que algunas voces abogan por la prueba pericial informática como único medio posible para la acreditación de una prueba pericial informática impugnada, se observa que este medio, además de dificultoso, económicamente costoso y dilatorio del procedimiento, ni puede realizarse en todos los supuestos, ni acredita con total fiabilidad su resultado, por lo que sólo será recomendable para acreditar la autenticidad e integridad de una prueba tecnológica impugnada cuando sea necesario evidenciar unos extremos que no puedan probarse por otros medios.

**XVII. El medio por el que se ha aportado la prueba tecnológica impugnada condiciona el procedimiento de su adveración y valoración.**

La adveración de la prueba tecnológica impugnada varía en función del medio probatorio por el que ésta haya accedido al proceso. La LEC regula exclusivamente el procedimiento de acreditación de la genuidad de la prueba documental y diferencia entre los documentos públicos (que únicamente será



cotejado con el original), privados (en cuyo caso la parte que la ha aportado puede practicar cualquier medio de prueba que estime útil) o electrónicos (cuya acreditación diferencia si contiene una firma reconocida –el juez comprueba que cumple los requisitos-; o avanzada, supuesto en el cual la parte practica prueba instrumental para acreditar la autenticidad de la prueba). Para los restantes medios de prueba, parece adecuado extender la práctica de cualquiera de los legalmente previstos a fin de acreditar su autenticidad.

**XVIII.** Momento procesal oportuno para la impugnación de la prueba tecnológica.

La única referencia al momento procesal oportuno para que la parte impugne la prueba tecnológica viene prevista en el proceso civil para el juicio ordinario, que se realiza en la audiencia previa. En el caso del proceso verbal debe entenderse, dado que no hay audiencia previa, el momento del trámite inmediatamente anterior a la práctica de las pruebas. Ante la falta de pronunciamiento expreso en la LECrim, deberá entenderse como momento procesal oportuno para la impugnación de una prueba en el proceso penal el del inicio del juicio oral.

**XIX.** Valoración de la prueba tecnológica.

La valoración de la prueba tecnológica se realiza de acuerdo con la libre valoración de la prueba, si bien el juez debe respetar el valor tasado que la ley reconoce a determinados medios de prueba. Para su control, es necesario que el juez detalle el análisis individual realizado sobre cada una de las pruebas, de forma tal que una valoración global no eluda la motivación de cada una de ellas. No cabe la tasación de las pruebas periciales informáticas ni la regulación de reglas especiales de valoración para las pruebas tecnológicas.

**XX.** Conocimiento especialísimo del juez.

El juez cuenta con suficientes herramientas para la valoración de la prueba tecnológica, tales como la libre valoración judicial, la valoración conjunta de la prueba o la posibilidad de acudir a técnicos especializados en la materia informática, sin que sea necesario exigir un mayor especialización judicial de conocimientos tecnológicos para el buen desarrollo de su labor interpretativa. La adopción de dicha posición que aboga por un conocimiento especialísimo del juez

sobre cuestiones tecnológicas resulta desacertada, pues, pro analogía, cabría plantearse por qué no se forman en otras disciplinas de las que, en ocasiones, también conozcan (piénsese, en la mecánica, la medicina,...).

**XXI.** Carga de la prueba. Principios de facilidad y disponibilidad probatoria.

En la valoración de las pruebas tecnológicas resultan especialmente útiles al juez los principios de facilidad y disponibilidad probatoria en aquellos supuestos en los que la actitud de las partes sea determinante para el conocimiento por parte tribunal de las mencionadas pruebas. Sirva de ejemplo la valoración de unos mensajes enviados por una aplicación de mensajería instantánea, que, para su acreditación, necesita del cotejo de los dos terminales. La aportación, o no, de estos dispositivos al proceso puede determinar que, ante supuestos de incerteza fáctica, el juez flexibilice las reglas generales de carga de la prueba para dar, o no, verosimilitud a prueba tecnológica en función de la actitud de las partes.



## CONCLUSIONI

### I. Fondamento delle prove illecite.

Il fondamento delle prove illecite nel nostro ordinamento è quello di rispettare la posizione privilegiata dei diritti fondamentali, fatto che si traduce nell'auto-limitazione dello Stato attraverso l'inammissibilità delle prove ottenute in violazione dei diritti fondamentali. Tuttavia, la recente giurisprudenza ha iniziato ad ammettere eccezioni al divieto di ammissione delle prove ottenute indirettamente, con violazione dei diritti fondamentali, seguendo la tesi anglosassone dell'effetto dissuasivo. La trasposizione di queste eccezioni è stata realizzata partendo da un sistema che ha un diverso fondamento- quello dissuasivo – e sulle prove che derivano da altre, invece che sull'originale, e quello che nel sistema anglosassone costituisce una garanzia per i cittadini che si adotta per il controllo dei poteri pubblici diventa, in questo caso, un elemento di riduzione dei diritti che potrebbero arrivare a permettere, e persino favorire, le violazioni. Pur essendo vero che nella pratica è difficile stabilire quali prove distinte dalle prove illecite siano certamente indipendenti o, al contrario, derivate da essa e, di conseguenza, giuridicamente proibite perché contaminate; ma altresì tollerare l'uso indiretto dei mezzi di prova che presentano una connessione causale con le prove illecite costituisce un incitamento all'uso di procedure incostituzionali che, indirettamente, avranno effetto. È necessario, nell'interesse di una maggiore certezza del diritto, la ricerca di un compromesso tra la rigorosa applicazione della efficacia della regola dell'esclusione -che si traduce in impunità per gli accusati che è conseguenza dell'impossibilità di utilizzare le prove indirettamente ottenute in violazione dei diritti fondamentali- e la proliferazione di eccezioni casuistiche che rendono inefficace la regola di esclusione. In tal senso sarebbe stata necessaria una miglior formazione della polizia riguardo ai casi di nullità delle prove o meglio l'accreditamento dell'attuazione delle misure d'investigazione mediante la documentazione così da dare prova dell'attendibilità dell'osservanza dei requisiti richiesti e del rispetto dei diritti fondamentali (ad esempio, la registrazione in video del consenso del proprietario di una casa per il successivo accreditamento, ...).

**II. Principio di esclusione probatorio come diritto costituzionale autonomo.**

La Corte costituzionale sa della valutazione di prove illegali da parte di un giudice nei casi in cui vengono violati i diritti fondamentali processuali della presunzione di innocenza o di un processo con tutte le garanzie. La conseguenza giuridica della valutazione dell'uno o dell'altro diritto è distinta, poiché mentre la violazione del primo può essere risolta con l'assoluzione se non ci sono più prove per confermare la condanna; quella del secondo implica necessariamente lo svolgimento di un nuovo processo. Anche se la Corte Costituzionale, nella sua evoluzione dottrinale, ha optato per l'una o per l'altra teoria, sarebbe auspicabile che la Costituzione spagnola disponesse di un precetto indipendente che riconoscesse un principio per il quale si escludano le prove ottenute illegittimamente violando i diritti fondamentali.

**III. Requisiti per la limitazione dei diritti fondamentali. Riduzione degli standard costituzionali.**

Sarà ammissibile solo la limitazione dei diritti fondamentali da parte delle Forze dell'ordine quando le misure adottate siano previste dalla norma (di carattere costituzionale o legale), tendano al perseguimento di un interesse socialmente rilevante, dispongano dell'autorizzazione e controllo giudiziale, siano idonee, necessarie e proporzionali in relazione ad un'imputazione specifica e determinata e siano esercitate con le dovute garanzie di affidabilità delle prove e di integrità per l'indagato. Tuttavia, con la recente volontà del legislatore, si sono diffusi casi giuridici di limitazione dei diritti fondamentali senza l'autorizzazione giudiziaria precedente, sebbene con un'autorizzazione realizzata posteriormente. Malgrado ciò, tali ipotesi riducono la garanzia costituzionale del controllo da parte del giudice che può portare alla mancata notifica sull'ingerenza nel diritto fondamentale in quei casi in cui non ci sono indizi di reato. E' necessaria la massima cautela di fronte alla possibilità di azioni abusive da parte della polizia, basate su ragioni d'urgenza nel perseguire determinati reati.

**IV. Estensione dell'ambito di applicazione dei principi per l'adozione di misure investigative informatiche a tutte le misure di investigazione.**

Dal 2015, la legge sulla procedura penale regola un quadro comune in cui, tra le altre cose, fornisce i principi che devono essere osservati dal giudice che deve

autorizzare l'adozione delle misure; stabilisce gli estremi che deve contenere l'ordinanza; prevede un termine massimo per adottare o respingere le misure richieste. Queste disposizioni, tuttavia, non sono applicabili ad altre procedure di indagini non informatiche, né alla regolamentazione dell'agente informatico sotto copertura. Sarebbe auspicabile estendere questo quadro comune a tutte le misure di investigazione che limitano i diritti fondamentali, indipendentemente dal fatto che siano o meno relazionate con le indagini informatiche. In questo senso, come misura di *lege ferenda* sarebbe augurabile ampliare l'ambito di applicazione dei principi di specialità, adeguatezza, eccezionalità, necessità e proporzionalità, previsti attualmente per l'adozione di misure di indagini tecnologiche stabilite nel capitolo IV del titolo VIII a tutte gli atti di indagine che l'ordinamento giuridico riconosce, e non solo a quelli di natura informatica.

V. Procedura per decretare l'illegittimità delle prove.

La precaria regolamentazione del procedimento per stabilire l'illiceità della prova -gli unici riferimenti normativi per il trattamento processuale delle prove illecite sono contenuti nell'articolo 287 della *Ley de Enjuiciamiento Civil* (il Codice di procedura civile spagnolo) e nelle procedure speciali del Tribunale dei giurati e del Tribunale dei minori- provoca un'incertezza su quale sia il momento nel quale deve essere concordato nel processo penale. È necessario regolare un procedimento per stabilire l'illiceità della prova, che sia previsto nel processo penale, nel quale le prove illecite vengano escluse già nella fase istruttoria. Solo per quei casi in cui non è chiara l'illiceità, nella fase preliminare si dovrebbe concedere la possibilità di stabilire l'illegittimità della prova in fase di giudizio, prima della sentenza, in modo che le parti possano adattare la loro strategia difensiva.

VI. Nuove interpretazioni dei diritti fondamentali esistenti.

È degna di lode l'attività di interpretazione svolta dalla giurisprudenza per adeguare i diritti fondamentali all'uso (e abuso) delle nuove tecnologie da parte dei cittadini. Così, i giudici hanno compreso che il diritto fondamentale alla segretezza delle comunicazioni comprende anche la tecnologia di comunicazione in atto, ossia quei messaggi informatici inviati e ricevuti non letti e quelli in fase di trasferimento, che l'interpretazione equipara alle comunicazioni telefoniche,

poiché intenderle comunicazioni postali richiederebbe la presenza della parte interessata per l'apertura delle stesse. Sarebbe tuttavia auspicabile che il legislatore standardizzasse queste nuove interpretazioni, dato lo straordinario uso della tecnologia.

#### VII. Creazione di nuovi diritti fondamentali.

Con l'emergere di nuove tecnologie la giurisprudenza ha riconosciuto due nuovi diritti fondamentali: il diritto alla protezione dei dati personali, che si include nell'articolo 18.4 della Costituzione spagnola, che garantisce il controllo delle informazioni personali da parte del proprio titolare e che ha acquisito una particolare rilevanza nel contesto tecnologico, a causa dell'enorme quantità di dati privati che circolano su Internet; e il diritto fondamentale all'accesso a Internet, ancora in fase di elaborazione, che protegge le informazioni in formato elettronico generate dalle nuove tecnologie. In una futura riforma costituzionale sarebbe opportuno un riconoscimento esplicito di questi due diritti fondamentali e la necessità di un'autorizzazione giudiziaria per la sua limitazione.

#### VIII. Perfezionamento tecnico della regolamentazione delle misure di investigazione informatica.

L'incorporazione nel Codice di procedura penale spagnolo di atti di indagine informatica, nell'anno 2015, merita una valutazione positiva per aver regolamentato misure proprie della pratica forense attuale. Tuttavia, la riforma realizzata sulla base di due diversi progetti di legge ha portato a un testo che incorpora ripetizioni e contraddizioni che sollevano molti interrogativi. Tra gli altri, le Forze dell'ordine devono aver ottenuto l'autorizzazione giudiziaria per la captazione di immagini in uno spazio pubblico attraverso i mezzi di indagine di raccolta e registrazione di comunicazioni orali mediante dispositivi tecnici, ma non se le immagini sono ottenute attraverso mezzi di captazione di immagini della polizia, in luoghi pubblici per facilitare l'identificazione della persona indagata, per individuare gli strumenti o effetti del reato o ottenere dati rilevanti che chiariscono i fatti ai sensi dell'articolo 588 quinquies a) *Ley de Enjuiciamiento Criminal* (il Codice di procedura penale). Esistono inoltre discrepanze tra il quadro normativo comune a tutte le misure di investigazione informatica e alcune di queste procedure specifiche. Pertanto, il requisito generale della previa

autorizzazione giudiziaria obbligatoria non è richiesto per l'uso di dispositivi tecnici per la captazione di immagini nei luoghi pubblici; o la disposizione che prevede che la durata massima temporanea regolamentata per ciascuna procedura non è applicabile alle misure che non sono soggette a un termine a causa della loro natura specifica. Sarebbe necessario un esame formale delle specialità della regolamentazione delle misure di indagine informatica.

**IX.** Regolamentazione parziale delle prove percepite casualmente.

Una delle riforme della *Ley de Enjuiciamiento Civil* (il Codice di procedura civile spagnolo) avvenuta nel 2015 introduce la regolamentazione delle cosiddette “hallazgos casuales” sulla base di una prolissa giurisprudenza esistente in materia. Tuttavia, la regolamentazione delle scoperte casuali si realizza con evidenti carenze e, inaspettatamente, circoscritta esclusivamente alla detenzione e all'apertura di corrispondenza scritta e telegrafica. Il legislatore, attraverso tale riforma, ha dovuto effettuare un trattamento completo di tali scoperte fortuite che era, inoltre, applicabile a tutte le misure investigative.

**X.** Estensione alle parti del processo dei requisiti derivati dal diritto fondamentale alla protezione dei dati personali.

In un chiaro riconoscimento del diritto fondamentale alla protezione dei dati, la *Ley de Enjuiciamiento Civil* (il Codice di procedura civile spagnolo), nell'articolo 588 bis k) richiede la cancellazione e la rimozione dei registri originali giudiziari e della polizia che siano conservati nei sistemi elettronici e informatici utilizzati nell'ambito dell'attività investigativa tecnologica quando si fanno alcune ipotesi (una volta che il processo si è concluso tramite decisione definitiva o una volta trascorsi cinque anni dall'esercizio della condanna, quando l'azione penale o sanzione penale sia caduta in prescrizione o quando il giudice abbia decretato l'archiviazione o abbia emesso una sentenza di assoluzione definitiva nei confronti dell'indagato, a condizione che non sia richiesta la loro conservazione dal Tribunale). Pur riconoscendo che questa misura è positiva, il legislatore dimentica, tuttavia, di menzionare il requisito della distruzione delle copie consegnate alle parti, come sarebbe auspicabile in quanto incide anche sui diritti fondamentali dell'imputato.

**XI.** Previsione normativa necessaria affinché l'autorizzazione del proprietario concessa all'agente infiltrato consenta il suo ingresso nel domicilio.

L'accesso nel domicilio da parte di un agente sotto copertura richiede il concorso di una delle tre seguenti circostanze: un'autorizzazione da parte del giudice, la cui richiesta non desti sospetti nel caso di bande criminali è, in pratica, spesso compromessa e difficile -; un'ipotesi di flagranza -che non concorre solitamente per la natura stessa delle azioni di questo tipo di agenti-; o il consenso concesso dal proprietario dell'abitazione, che la giurisprudenza considera non concessa consapevolmente, ma sulla base del personaggio interpretato dall'agente e che, di conseguenza, non viene informato. Pertanto, secondo la regolamentazione l'attuale qualsiasi azione dell'agente sotto copertura in un domicilio diventa nulla, per cui è necessaria un'autorizzazione legale espressa per questi casi. Quindi, sarebbe opportuno che la *Ley de Enjuiciamiento Criminal* (il Codice di procedura penale) riconoscesse la validità del consenso del proprietario della casa per legittimare l'accesso dell'agente sotto copertura, al fine di evitare la nullità dello stesso per averlo ottenuto con l'inganno sulla sua falsa identità.

**XII.** Interpretazione restrittiva degli effetti su terzi delle misure di indagine informatica.

La *Ley de Enjuiciamiento Criminal* (il Codice di procedura penale) prevede che le misure di indagine informatica interessino soggetti terzi "nei casi e nelle condizioni regolate nelle disposizioni specifiche di ciascuno di essi". Per le misure in cui questa previsione è regolamentata (ad esempio, nell'intercettazione di comunicazioni telefoniche e telematiche, che possono riguardare soggetti terzi quando esiste la prova che il soggetto indagato utilizza questi mezzi per trasmettere o ricevere informazioni, o quando il titolare cooperi con la persona indagata nelle sue attività illecite o ne tragga un beneficio, o il dispositivo sotto inchiesta venga utilizzato intenzionalmente da terzi per via telematica, senza la conoscenza del suo proprietario), si dovrebbe interpretare la sua applicazione in maniera restrittiva, garantendo così il massimo rispetto dei diritti fondamentali e richiedendo che la misura sia proporzionata e necessaria.



**XIII.** Delimitazione delle prove documentali rispetto ai mezzi di prova dell'articolo 299.2 LEC.

La pratica e gli effetti di fornire un contenuto informatico come prova documentaria o come prova di “mezzi di riproduzione della parola, del suono e dell'immagine, nonché gli strumenti che consentono di archiviare e conoscere o riprodurre parole, dati, figure e operazioni matematiche eseguite per scopi contabili o di altro tipo, per il processo” (articolo 299.2 dal Codice di procedura civile spagnolo) sono diversi. La differenza è rilevante ai fini della valutazione, dal momento che un documento ha un'efficacia tassativa per determinati aspetti, mentre il mezzo di prova di 299.2 *Ley de Enjuiciamiento Civil* (il Codice di procedura civile spagnolo) è valutato liberamente. Le prove documentali sono limitate alle informazioni stampate su carta, sia essa una fotografia, un manoscritto o un documento PDF, un'e-mail, una conversazione su *WhatsApp*, un commento su Internet,... Attraverso i mezzi di prova di cui all'articolo 299.2 del LEC, le parti forniscono nel processo dispositivi tecnologici che possono contenere il file di metadati che forniscono più informazioni rispetto ai documenti stampati, come per esempio, la data di edizione, il computer su cui è stato creato o l'identità dell'utente che lo ha modificato. A questo proposito, dal momento dell'entrata in vigore della procedura civile del 2000 non si può dare un'interpretazione ampia -e forzata del mezzo di prova documentale che snatura il significato stesso e quegli strumenti che si forniscono nel processo verranno presentati mediante il mezzo previsto dall'articolo 299.2 LEC.

**XIV.** Documento elettronico.

Non c'è da fare confusione tra la prova informatica e il documento elettronico. Quest'ultimo è in realtà un documento elettronico contenente una firma elettronica che ha, pertanto, il valore probatorio di mezzo di prova documentale, sebbene, con alcune particolarità in relazione all'accreditamento della sua autenticità e secondo il tipo di firma.

**XV.** Principio di prova come requisito di idoneità dell'impugnazione.

La pratica forense sta generalizzando l'impugnazione delle prove informatiche fornite al contrario sulla base del fatto che sono fonti di prova facilmente manipolabili (idea alla quale ha contribuito una lettura parziale e frammentata

della nota sentenza della Corte suprema 300/2015, del 19 maggio). L'impugnazione della prova informatica determina lo spostamento dell'onere di dimostrare la sua autenticità alla parte che l'ha fornita, indipendentemente dal fatto che si tratti dell'accusa o della difesa, giacché il diritto alla presunzione di innocenza non scarica sull'imputato l'onere di dimostrare l'autenticità delle prove da lui fornite. L'accreditamento dell'autenticità della prova comporta per la parte che desidera farla valere un complesso esercizio di accertamento, che aumenta i costi e ritarda lo svolgimento del processo e che risultando un procedimento semplice per l'impugnante, avviene quasi automaticamente. In tale contesto, il denunciante dovrebbe essere tenuto a includere un principio di prova a sostegno delle sue affermazioni con argomentazioni serie e coerenti riguardo alla falsità delle prove informatiche impuginate. Questo principio di prova che accompagna l'impugnazione di una prova informatica dovrebbe essere inteso come argomentazione ragionevole; spiegazioni serie; o qualsiasi dato o elemento che attribuisca una certa veridicità al motivo dell'opposizione alla prova in oggetto.

**XVI.** Qualsiasi mezzo probatorio può costituire una prova strumentale per provare l'autenticità delle prove informatiche impuginate.

Il procedimento di accreditamento dell'autenticità delle prove impuginate è realizzato attraverso qualsiasi mezzo probatorio valido nel nostro ordinamento. Sebbene alcuni auspicano all'utilizzo delle perizie come unico mezzo possibile per l'accreditamento di una prova peritale informatica impugnata, si può osservare come questo mezzo, a parte l'essere difficoltoso, economicamente costoso e dilatorio del processo, non può neanche essere eseguito in tutti i casi, né certifica attendibilmente il suo risultato, per cui sarà opportuno servirsene solo per provare l'autenticità e l'integrità di una prova informatica impugnata quando è necessario dimostrare alcuni elementi che non possono essere dimostrati con altri mezzi.

**XVII.** Lo strumento con cui si fornisce la prova informatica impugnata determina la procedura di accertamento e di valutazione

L'accertamento della prova informatica varia secondo i mezzi probatori con cui la stessa sia stata introdotta nel processo. La *Ley de Enjuiciamiento Civil* (il Codice di procedura civile spagnolo) disciplina esclusivamente la procedura di

accreditamento della genuinità delle prove documentali e distingue tra documenti pubblici (che solo saranno confrontati con l'originale), e privati (in questo caso la parte che li ha forniti può servirsi di qualunque prova che ritenga utile) o elettronico (il cui accertamento si distingue se contiene una firma riconosciuta - il giudice valuterà che siano presenti tutti i requisiti;- , o avanzata, nel qual caso la parte dovrà fornire la prova documentale per dimostrare l'autenticità del documento). Per i restanti mezzi di prova, sembra opportuno estendere il procedimento legalmente previsto per accertarne l'autenticità.

**XVIII.** Momento processuale opportuno affinché la parte impugni la prova.

L'unico riferimento sul momento processuale opportuno in cui la parte può impugnare la prova informatica viene prevista nell'ambito dei processi civili per il processo ordinario, che è nella fase istruttoria. Nel caso del "proceso verbal" (processo abbreviato nel sistema spagnolo), dato che non vi è una fase preliminare, si deve considerare come momento adeguato quello esattamente anteriore all'assunzione delle prove. In assenza di una previsione esplicita nella *Ley de Enjuiciamiento Criminal* (il Codice di procedura penale), il momento processuale opportuno per impugnare le prove nel procedimento penale sarà il momento stesso dell'udienza del processo .

**XIX.** La valutazione della prova informatica.

La valutazione della prova informatica viene effettuata secondo il libero apprezzamento della prova, anche se il giudice deve rispettare il valore tassativo che la legge riconosce a determinati mezzi di prova. Per il loro accertamento, è necessario che il giudice specifichi un'analisi individuale su ciascuna prova, in modo tale che una valutazione complessiva non eluda la motivazione di ciascuna. Non c'è spazio per la valutazione tassativa delle prove informatiche di tipo peritale o la regolamentazione di regole specifiche per la valutazione di prove informatiche.

**XX.** Competenza specifica del giudice.

Il giudice dispone di strumenti sufficienti per la valutazione delle prove informatiche, come la libera valutazione giudiziaria, la valutazione congiunta

delle prove o la possibilità di rivolgersi a tecnici esperti nel settore informatico, senza che sia necessario esigere una maggiore specializzazione da parte del giudice di competenze informatiche per il corretto sviluppo del suo lavoro interpretativo. L'adozione di questa posizione che tiene una speciale conoscenza del giudice sulle questioni tecnologiche è sbagliata, giacché, per analogia, se può chiedere perché non c'è formazione in altre discipline che, a volte, anche il giudice deve valutare (pensate, nella meccanica, medicina, ...).

**XXI. Onere della prova. Principi di vicinanza e disponibilità della prova.**

Nella valutazione delle prove informatiche sono particolarmente utili per il giudice i principi di vicinanza della prova e di disponibilità nei casi in cui la condotta delle parti sia fondamentale per la conoscenza delle prove menzionate da parte del tribunale. Un esempio potrebbe essere la valutazione di alcuni messaggi inviati da un'applicazione di messaggistica istantanea, che, per il suo accreditamento, necessita di un controllo incrociato dei due terminali. Il conferimento, o meno, di questi dispositivi nel processo può avere come conseguenza che, in caso di incertezza di fatto, il giudice renda più flessibili le regole generali riguardanti l'onere della prova per dare o meno una veridicità alla prova informatica in base alla condotta delle parti.

## **BIBLIOGRAFÍA**

- ABEL LLUCH, X., “Preguntas con respuesta. La prueba a consulta. III. ¿Puede acceder el contenido de un e-mail o de una página web al proceso a través de la prueba de reconocimiento judicial?”, *Cuadernos de Probática y Derecho Probatorio*, nº 4, *La Ley*, nº 7564, 8 de febrero de 2011, pp. 26-29
- ABEL LLUCH, X., “Prueba electrónica”, en *La prueba electrónica*, Libro de la Colección de Formación Continua Facultad de Derecho ESADE, Barcelona, 2011
- ABEL LLUCH, X., “Repensando el concepto de documento”, *Cuadernos de Probática y Derecho Probatorio*, nº 5, *La Ley*, nº 7667, miércoles, 6 de julio de 2011, pp. 8-13
- ABEL LLUCH, X., “Sobre la prueba y el derecho a la prueba en el proceso civil”, en *Objeto y carga de la prueba* (DIRS. ABEL LLUCH, PICÓ I JUNOY), Marcial Pons, Barcelona, 2007
- ABEL LLUCH, X., *Derecho probatorio*, BOSCH EDITOR, Barcelona, 2012
- ABEL LLUCH, X., *La valoración de la prueba en el proceso civil*, La Ley, Madrid, 2014
- ABEL LLUCH, X., *Las reglas de la sana crítica*, Wolters Kluwer, Las Rozas, 2015
- AGUSTINA SANLLEHÍ, J. R., “Algunas consideraciones sobre el denominado hacking judicial”, *Iuris*, nº 199, Sección Tribuna, Quincena del 1 al 14 octubre, Editorial La Ley, 2013
- AGUSTINA SANLLEHÍ, J.R., “¿Los Tribunales españoles no deben erigirse siempre en custodios de los derechos fundamentales ante una prueba ilícita en origen?”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, Estudios, nº 4º, 2017
- ALONSO SALGADO, C., “La interceptación de las comunicaciones electrónicas: de la Ley de Enjuiciamiento Criminal al proyecto de Código Procesal Penal”, en *Processulus: estudios de derecho procesal* (Coord. BUENO DE MATA), Ed. Comares, Granada, 2015
- ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, J., “El nuevo proceso penal: valoración crítica de las reformas procesales de 2015”, *El nuevo proceso penal tras las reformas de*

- 2015 (Dir. ALONSO-CUEVILLAS SAYROL), Atelier, Barcelona, 2016, pp. 19-35
- ALONSO-CUEVILLAS Y SAYROL, J., “Internet y prueba civil”, *Revista Jurídica de Catalunya*, nº 4, 2001
  - ÁLVAREZ CONDE, E., *Curso de derecho constitucional*, volumen I, Tecnos, Madrid, 2006
  - ÁLVAREZ DE NEYRA KAPPLER, S., “La prueba pericial, documental y la inspección ocular”, en *Nociones preliminares de Derecho procesal penal* (Coord. NIEVA FENOLL; BUJOSA VADELL), Atelier, Barcelona, 2016
  - ÁLVAREZ DE NEYRA KAPPLER, S., “Los descubrimientos casuales en el marco de una investigación penal (con especial referencia a las diligencias de entrada y registro en domicilio)”, *Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje*, nº 2, 2011
  - ÁLVARO LÓPEZ, M.C., “Una visión práctica sobre la diligencia de entrada y registro y el concepto constitucional de domicilio”, *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad*, nº 4, enero-junio, 2014, pp. 45-62
  - ARANGÜENA FANEGO, C., “Emisión y ejecución en España de órdenes europeas de protección. (Ley de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la unión europea y transposición de la directiva 2011/99/UE)”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 51, Madrid, mayo/agosto, 2015, pp. 491-535
  - ARANGÜENA FANEGO, C., “Orden Europea de Investigación: próxima implementación en España del nuevo instrumento de obtención de prueba penal transfronteriza”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 58, 2017, pp. 905-939
  - ARBÓS I LLOBET, R., “Impugnación de documento privado”, en *La prueba documental* (Dir. ABEL LLUCH, PICÓ I JUNOY; Coord. GINÉS CASTELLET), Colección de Formación Continua Facultad de Derecho Esade. Serie Estudios Prácticos sobre los Medios de Prueba, BOSCH, 2010
  - ARMENTA DEU, T., “Proceso acusatorio, mixto y adversativo: significado y descalificaciones apriorísticas”, *Legalidad y Defensa. Garantías Constitucionales del Derecho y la Justicia Penal* (Dir. GONZÁLEZ-CUÉLLAR

- SERRANO, DEMETRIO CRESPO), Ediciones Jurídicas Castillo de Luna, Madrid, 2015, pp. 179-199
- ARMENTA DEU, T., “Regulación legal y valoración probatoria de fuentes de prueba digital (correos electrónicos, Whatsapp, redes sociales): entre la insuficiencia y la incertidumbre”, *IDP. Revista de Internet, Derecho y Política*, nº 27, septiembre 2018, pp. 67-79
  - ARMENTA DEU, T., *La prueba ilícita (Un estudio comparado)*, segunda edición, Marcial Pons, Madrid, 2011
  - ARMENTA DEU, T., *Lecciones de Derecho Procesal Penal* (quinta edición), Marcial Pons, 2010
  - ARRABAL PLATERO, P., “El Whatsapp como fuente de prueba”, en *El proceso penal. Cuestiones fundamentales* (Coord. FUENTES SORIANO), Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 351-362
  - ARRABAL PLATERO, P., “La videovigilancia laboral cómo prueba en el proceso”, *Revista General de Derecho Procesal*, Iustel, nº 37, [www.iustel.com](http://www.iustel.com), 2015
  - ASENCIO GALLEGO, J.M., “El derecho al silencio del investigado y su valoración en sentencia”, en *El proceso penal. Cuestiones fundamentales* (Coord. FUENTES SORIANO), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 133-154
  - ASENCIO GALLEGO, J.M., “Los delitos informáticos y las medidas de investigación y obtención de pruebas en el convenio de Budapest sobre la ciberdelincuencia”, en *Justicia penal y nuevas formas de delincuencia* (Dir. ASENCIO MELLADO; Coord. FERNÁNDEZ LÓPEZ), Tirant lo Blanch, Valencia, 2017
  - ASENCIO GALLEGO, J.M., *El derecho al silencio como manifestación del derecho de defensa*, Tirant lo Blanch, Valencia 2017
  - ASENCIO MELLADO, J. M., *Principio acusatorio y derecho de defensa en el proceso penal*, Editorial Trivium, 1991
  - ASENCIO MELLADO, J.M., “La exclusión de la prueba ilícita en la fase de instrucción como expresión de garantía de los derechos fundamentales”, *Diario La Ley*, nº 8009, 2013

- ASECIO MELLADO, J.M., “Otra vez sobre la exclusión de las pruebas ilícitas en fase de instrucción penal (respuesta al Prof. Gimeno Sendra)”, *Diario La Ley*, nº 8026, *Diario La Ley*, Nº 8026, Sección Doctrina, 19 de Febrero de 2013
- ASECIO MELLADO, J.M., “Prueba ilícita: declaración y efectos”, *Revista General de Derecho Procesal*, nº 26, Iustel, [www.iustel.com](http://www.iustel.com), 2012
- ASECIO MELLADO, J.M., *Derecho procesal civil*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015
- ASECIO MELLADO, J.M., *Derecho procesal penal*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015
- ASECIO MELLADO, J.M., *Prejudicialidad en el proceso penal y criminalización social*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015
- ASECIO MELLADO, J.M., *Prueba prohibida y prueba preconstituida*, Editorial Trivium, Madrid, 1989
- ATIENZA RODRÍGUEZ, M., “Las razones del derecho. Sobre la justificación de las decisiones judiciales”, *Isonomía: Revista de teoría y filosofía del derecho*, nº 1, 1994, pp. 52-69
- ATIENZA RODRÍGUEZ, M., “Para una teoría de la argumentación jurídica”. *Doxa*, nº 8, 1990, pp. 39-61
- ATIENZA RODRÍGUEZ, M., “Razonamiento jurídico”, en *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho* (Coords. FABRA ZAMORA, NÚÑEZ VAQUERO), volumen 2, 2015, pp. 1419-1452
- ATIENZA RODRÍGUEZ, M., “Sobre la argumentación en materia de hechos: Comentario crítico a las tesis de Perfecto Andrés Ibáñez”, *Jueces para la democracia*, nº 22, 1994, pp. 82-86
- ATIENZA RODRÍGUEZ, M., *Curso de argumentación jurídica*, Trotta, 2013
- ATIENZA RODRÍGUEZ, M., *El Derecho como argumentación*, Ariel, 2012
- BACHMAIER WINTER, L., “Registro remoto de equipos informáticos y principio de proporcionalidad en la Ley Orgánica 13/2015”, *Boletín del Ministerio de Justicia*, Año 71, nº 2195, 2017, pp. 1-36



- BANACLOCHE PALAO, J.; CUBILLO LÓPEZ, I., *Aspectos fundamentales de Derecho procesal Civil*, Wolters Kluwer, Las Rozas, 2016
- BARRENECHEA CORREA, G., “La carga de la prueba: inversión (supuestos) y excepciones”, *Economist & Jurist*, Vol. 21, nº173, 2013, pp. 76-84
- BERNÁNDEZ CABELLO, O; RAMOS, I.; DE LA LASTRA, P., “Retos de la tutela judicial efectiva frente a las ciberamenazas”, en *Retos del derecho ante las nuevas amenazas* (Dir. DE TOMÁS MORALES), Dykinson, Madrid, 2015
- BETRÁN PARDO, A.I., “Los contenidos de WhatsApp como medio probatorio en el ámbito de las diligencias urgentes por delitos de violencia contra la mujer. Cuestiones en torno a su impugnación y a la práctica de la prueba pericial a la que se refiere la STS 300/2015, de 19 de mayo”, publicado en *Noticias Jurídicas*, vid. <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/10533-las-contenidos-de-whatsapp-como-medio-probatorio-en-el-ambito-de-las-diligencias-urgente/> (última consulta el 14/3/2018)
- BLÁZQUEZ ANDRÉS, M.C.; CARRASCOSA LÓPEZ, V., “El derecho de la informática en la formación de juristas e informáticos”, *Informática y derecho: Revista iberoamericana de derecho informático*, nº 4, 1994 (Ejemplar dedicado a: III Congreso Iberoamericano de Informática y Derecho), pp. 589-592
- BONACHERA VILLEGAS, R., “El registro de archivos informáticos una cuestión necesitada de regulación”, *Revista General de Derecho Procesal*, nº 27, [www.iustel.com](http://www.iustel.com), 2012
- BUENO DE MATA, F., “La práctica de la prueba electrónica en sede judicial: ¿vulneración o reforzamiento de principios procesales?”, *Diario La Ley*, Sección Tribuna, nº 8332, Año XXXV, Editorial LA LEY, 13 de junio de 2014
- BUENO DE MATA, F., “La validez de los «screenshots» o «pantallazos» como prueba electrónica a tenor de la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, en *Los desafíos de la justicia en la era post crisis* (Dir. NEIRA PENA; Coords. BUENO DE MATA, PÉREZ GAIPO), Atelier, Barcelona, 2016, pp. 141-152
- BUENO DE MATA, F., “La validez de los pantallazos como prueba electrónica: comentarios y reflexiones sobre la STS 300/2015 y las últimas reformas

- procesales en materia tecnológica”, *Diario La Ley*, Sección Tribuna, nº 8728, 23 de marzo de 2016
- BUENO DE MATA, F., *Prueba electrónica y proceso 2.0: especial referencia al proceso civil*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2014
  - BUJOSA VADELL, L., *Las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el ordenamiento español*, Tecnos, Madrid, 1997
  - BUJOSA VADELL, L.M., “La valoración de la prueba electrónica”, en *Fodertics 3.0. Estudios sobre nuevas tecnologías y Justicia* (Coord. BUENO DE MATA), Comares, Granada, 2015, pp. 75-85
  - CABEZUDO BAJO, M.J., “El uso de las tecnologías en la entrada y registro domiciliario: cambio en su concepción tradicional y nuevos retos en la protección de los derechos fundamentales afectados”, *Revista de derecho penal y criminología*, 3ª época, nº 15, enero 2016, pp. 53-94
  - CABEZUDO RODRÍGUEZ, N., “La regla de juicio de la carga de la prueba y su inversión en el proceso civil”, *Poder Judicial*, nº 52, pp. 241-279
  - CADENA SERRANO, F.Á., “Registro domiciliario”, en *La prueba en el Proceso Penal. Doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo* (Dir. RIVES SEVA), Tomo II, Editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2016, pp. 689-875
  - CARNELUTTI, F., *La prueba civil* (traducción de ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO), segunda edición, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1982
  - CARNELUTTI, F., *Teoría General del Derecho* (traducido por OSSET), Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955
  - CARRASCOSA LÓPEZ, V., “Valor probatorio del documento electrónico”, *Informática y derecho: Revista iberoamericana de derecho informático*, nº 8, 1995, pp. 133-174
  - CASANOVA MARTÍ, R., “La captación y grabación de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos”, *Diario La Ley*, nº 8674, 2016
  - CASTILLEJO MANZANARES, R., “La prueba pericial de inteligencia”, *Diario La Ley*, nº 7756, 16 de diciembre de 2011

- CERESO MIR, J., “Los delitos de peligro abstracto en el ámbito del derecho penal del riesgo”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª Época, nº 10, 2002
- CHAMORRO LADRÓN DE CEGAMA, J. A., “Algunas reflexiones sobre el principio de inmediación en el proceso civil y su mejor cumplimiento en la práctica judicial”, *Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura*, nº 2, 1983, pp. 529-547
- CÓRDOBA CASTROVERDE, D.; DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., “Reflexiones sobre los retos de la protección de la privacidad en un entorno tecnológico”, en *El derecho a la privacidad en un nuevo entorno tecnológico*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2016
- CORDÓN MORENO, F., “Comentario a los artículos 325 y 326”, en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil. Volumen I* (Coords. CORDÓN MORENO, ARMENTA DEU, MUERZA ESPARZA, TAPIA FERNÁNDEZ), Aranzadi Editorial, Navarra, 2001
- CUADRADO SALINAS, C., “Registro informático y prueba digital. Estudio y análisis comparado de la ciberinvestigación criminal en Europa”, *La Ley Penal*, Sección Estudios, Editorial LA LEY, nº 107
- DAMIÁN MORENO, J., “Nociones generales sobre la carga de la prueba en el proceso civil”, en *Carga de la prueba y responsabilidad civil*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 13-27
- DE BENITO LLOPIS-LLOMBART, M., *Justicia o burocracia*, Thomson Reuters, Navarra, 2017
- DE LLERA SUÁREZ-BÁRCENA, E., “La utilización de la información policial y de los servicios de inteligencia como prueba en el proceso penal”, *Diario La Ley*, nº 8215, 19 de diciembre de 2013
- DE MIRANDA VÁZQUEZ, C., “Valoración de la prueba. La prueba indiciaria”, en *Estudios sobre prueba penal. Volumen III* (Dirs. ABEL LLUCH, RICHARD GONZÁLEZ), La Ley, Las Rozas, 2013, pp. 333-417
- DE URBANO CASTRILLO, E., “La investigación tecnológica del delito”, *Cuadernos de Derecho Judicial* (ejemplar dedicado a los nuevos medios de investigación en

- el proceso penal. Especial referencia a la tecnovigilancia), nº 2, CGPJ, Madrid, 2007
- DE URBANO CASTRILLO, E., “La regulación legal de la prueba electrónica: una necesidad pendiente”, *La Ley Penal*, nº 82, Editorial La Ley, mayo 2011
  - DE URBANO CASTRILLO, E., “Los delitos informáticos tras la reforma del CP de 2010”, en *Delincuencia informática: tiempos de cautela y amparo*, Thomson Reuters, Madrid, 2012
  - DE URBANO CASTRILLO, E., *La valoración de la prueba electrónica*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009
  - DE URBANO CASTRILLO, E.; MAGRO SERVET, V., *La Prueba Tecnológica en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Ed. Thomson Aranzadi, 2003
  - DE URBANO CASTRILLO, E.; TORRES MORATO, M. A., *La prueba ilícita penal. Estudio jurisprudencial*, Aranzadi, sexta edición, Cizur Menor, 2012
  - DEL MORAL GARCÍA, A., “Derecho a un juicio público, libertad de información y derechos al honor y a la vida privada: relaciones, conflictos, interferencias”, *Persona y Derecho*, nº 59, 2008, pp. 253-293
  - DELGADO MARTÍN, J., “Investigación del entorno virtual: el registro de dispositivos digitales tras la reforma por LO 13/2015”, *Diario La Ley*, nº 8693, Sección Doctrina, 2 de febrero, Editorial La Ley, 2016
  - DELGADO MARTÍN, J., “La prueba del WhatsApp”, *Diario La Ley*, nº 8605, Sección Tribuna, 15 de septiembre de 2015
  - DELGADO MARTÍN, J., “La prueba digital. Concepto, clases, aportación al proceso y valoración”, *Diario La Ley*, nº 6, Sección Ciberderecho, Editorial Wolters Kluwer, 11 de Abril de 2017
  - DELGADO MARTÍN, J., “La prueba electrónica en el proceso penal”, *Diario La Ley*, Sección doctrina, La Ley, nº 8167, 2013
  - DELGADO MARTÍN, J., *Investigación tecnológica y prueba digital en todas las jurisdicciones*, Wolters Kluwer, Las Rozas, 2016
  - DESDENTADO BONETE, A.; MUÑOZ RUIZ, A.B, *Control informático, videovigilancia y protección de datos en el trabajo*, Lex Nova, Valladolid, 2012

- DÍAZ CAPPA, J., “Confidencialidad, secreto de las comunicaciones e intimidad en el ámbito de los delitos informáticos”, *Diario La Ley*, , nº 7666, Sección Doctrina, Editorial LA LEY, 5 de julio de 2011
- DÍAZ MARTÍNEZ, M., “El factor criminógeno de las TICS”, en *El proceso penal en la sociedad de la información* (Coord. PÉREZ GIL), La Ley, 2012, pp. 529-543
- DÍAZ REVORIO, F.J., “El derecho fundamental al secreto de las comunicaciones”, *Derecho PUC. Revista de la Facultad de Derecho*, Pontificia Universidad Católica del Perú, nº 59, 2007, pp. 159-175
- DÍAZ REVORIO, F.J., “Reflexiones sobre las nuevas tecnologías y los derechos fundamentales”, en *Legalidad y Defensa* (Dir. GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N. y DEMETRIO CRESPO, E.), Castillo de Luna, Madrid, 2015
- DURÁN SILVA, C.M., “Aspectos procesales de la videovigilancia practicada por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado”, *La Ley Penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, nº 126, 2017
- DURÁN SILVA, C.M., *La videovigilancia en el proceso penal: tratamiento procesal y eficacia probatoria*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017
- ESCALER BASCOMPTE, R., *La carga de la prueba*, Atelier, Barcelona, 2017
- FERNÁNDEZ ENTRALGO, J., “Prueba ilegítimamente obtenida”, *Jueces para la democracia*, nº 7, 1989
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, M., *La carga de la prueba en la práctica judicial civil*, La Ley, Madrid, 2006
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, M., *Prueba y presunción de inocencia*, Iustel, Madrid, 2005
- FRÍGOLS I BRINES, E., “La protección constitucional de los datos de las comunicaciones: delimitación de los ámbitos de protección del secreto de las comunicaciones y del derecho a la intimidad a la luz del uso de las nuevas tecnologías”, en *La protección jurídica de la intimidad* (Dir. BOIX REIG; Coord. JAREÑO LEAL), Iustel, Madrid, 2010, pp. 37-91
- FUENTES SORIANO, O., “El derecho al silencio y sus consecuencias en el proceso”, *Revista General de Derecho Procesal*, Iustel, nº 46, 2018

- FUENTES SORIANO, O., “El derecho al silencio y sus consecuencias en el proceso”, en *Derecho y Proceso. Liber Amicorum del Profesor Francisco Ramos Méndez* (Coord. CACHÓN CADENAS, FRANCO ARIAS), Atelier, Barcelona, 2018, pp. 911-936
- FUENTES SORIANO, O., “El valor probatorio de los correos electrónicos” en *Justicia penal y nuevas formas de delincuencia* (Dir. ASECIO MELLADO; Coord. FERNÁNDEZ LÓPEZ), Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 183-212
- FUENTES SORIANO, O., “La impugnación de la prueba digital”, en *Processulus*, en prensa
- FUENTES SORIANO, O., “La intervención de las comunicaciones tecnológicas tras las reformas de 2015” en ALONSO CUEVILLAS SAYROL (Dir.), *El nuevo proceso penal tras las reformas de 2015*, Atelier y Fundación privada Manuel Serra Domínguez, 2016
- FUENTES SORIANO, O., “La prueba de la violencia de género. Cuestiones procesales fundamentales y nuevas tecnologías”, *Género y derecho penal. Homenaje al Prof. Wolfgang Schöne* (Dir. HURTADO POZO; Coord. SILVA TICLLACURI), Instituto Pacífico, Lima, 2017, pp. 371-407
- FUENTES SORIANO, O., “Las comunicaciones telemáticas: aportación y valoración de la prueba”, en *El proceso penal. Cuestiones fundamentales* (Coord. FUENTES SORIANO), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 277-301
- FUENTES SORIANO, O., “Los procesos por violencia de género. Problemas probatorios tradicionales y derivados del uso de las nuevas tecnologías”, *Revista General de Derecho Procesal*, nº 44, Iustel, enero 2018
- FUENTES SORIANO, O., “Valoración de la prueba indiciaria y declaración de la víctima en los delitos sexuales”, *Problemas actuales de la Administración de Justicia en los delitos sexuales*, Defensoría del Pueblo, Lima, 2000, pp. 151-247
- FUENTES SORIANO, O., “Videos, comunicación electrónica y redes sociales: cuestiones probatorias”, *Práctica de tribunales. Revista de derecho procesal civil y mercantil*, 2018 (en prensa)
- FUENTES SORIANO, O., “Violencia de Género”, *V, VI, VII, VIII, IX Congresos Nacionales de Jueces*, Poder Judicial. Fondo editorial, Perú, 2017, pp. 353-365

- GALÁN MUÑOZ, A., “La internacionalización de la represión y la persecución de la criminalidad informática: un nuevo campo de batalla en la eterna guerra entre prevención y garantías penales”, *Revista Penal*, n.º 24, julio 2009
- GALLEGOS MORENO, A., “La inviolabilidad del domicilio y la diligencia de entrada y registro en domicilios de particulares”, *Jueces para la democracia*, abril 1994
- GARBERÍ LLOBREGAT, J., BUITRÓN RAMÍREZ, G., *La prueba civil*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004
- GARBERÍ LLOBREGAT, J., *El nuevo proceso laboral*, Thomson Reuters, Pamplona, 2011
- GARBERÍ LLOBREGAT, J., *Los medios de prueba en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Bosch, Barcelona, 2009
- GARCIA MARTÍN MONTERO, R., “Comentario al artículo 281”, en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil. Volumen I* (Coords. CORDÓN MORENO, ARMENTA DEU, MUERZA ESPARZA, TAPIA FERNÁNDEZ), Aranzadi Editorial, Navarra, 2001
- GARCIA ANDÍA GONZÁLEZ, P., “Comentario al artículo 319”, en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil. Volumen I* (Coords. CORDÓN MORENO, ARMENTA DEU, MUERZA ESPARZA, TAPIA FERNÁNDEZ), Aranzadi Editorial, Navarra, 2001
- GASCÓN INCHAUSTI, F., *Infiltración policial y agente encubierto*, Comares, 2001
- GASCÓN INCHAUSTI, F., *Persona jurídica, investigación y prueba penal*, Marcial Pons, Madrid, 2012
- GIMÉNEZ PERICÁS, A., “Sobre la prueba ilícitamente obtenida”, *Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, San Sebastián, nº 6, 1992
- GIMENO BEVIÁ, J., “Análisis crítico de la reforma de LECrim 2015”, *Revista Derecho y Proceso Penal*, Aranzadi, nº 40, octubre-diciembre 2015, pp. 185-214
- GIMENO BEVIÁ, J., “La agilización de la justicia penal y el refuerzo de las garantías procesales en las últimas reformas de la LECrim”, *Gabilex*, nº 2, junio 2015, pp. 105-129

- GIMENO BEVIÁ, J., *Compliance y proceso penal. El proceso penal de las personas jurídicas*, Aranzadi, 2016
- GIMENO BEVIÁ, V., “Los «data rooms» en los procesos «due diligence» en fusiones y adquisiciones de empresa”, *FODERTICS 4.0. Estudios sobre nuevas tecnologías y justicia* (Coord. BUENO DE MATA), Comares, Granada, 2015, pp. 51-58
- GIMENO SENDRA, V., “El derecho a la presunción de inocencia”, *Legalidad y Defensa. Garantías Constitucionales del Derecho y la Justicia Penal* (Dir. GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, DEMETRIO CRESPO), Ediciones Jurídicas Castillo de Luna, Madrid, 2015, pp. 201-218
- GIMENO SENDRA, V., “La improcedencia de la exclusión de la prueba ilícita en la instrucción (contestación a la réplica del Prof. ASECIO)”, *Diario La Ley*, nº 8027, Sección Tribuna, año XXXIV, Editorial LA LEY, 20 de febrero de 2013
- GIMENO SENDRA, V., “La improcedencia de la exclusión de la prueba ilícita en la instrucción (contestación al artículo del Prof. ASECIO)”, *Diario La Ley*, nº 8021, Sección Tribuna, año XXXIV, Editorial LA LEY, 12 de febrero de 2013
- GIMENO SENDRA, V., “La prueba preconstituida de la policía judicial”, en VVAA., *Problemas actuales de la justicia penal* (Dir.: GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N.), Colex, Madrid, 2013, pp. 165-204
- GIMENO SENDRA, V., “Las intervenciones electrónicas y la policía judicial”, *Diario La Ley*, Sección Tribuna, Editorial LA LEY, nº 7298, 4 de diciembre de 2009
- GIMENO SENDRA, V., *Derecho Procesal Civil I: El Proceso De Declaración. Parte General*, Ediciones Jurídicas Castillo de Luna, Madrid, 2015
- GIMENO SENDRA, V., *Derecho procesal civil. El proceso de declaración. Parte general*, Castillo de Luna, Madrid, 2015
- GIMENO SENDRA, V., *Derecho procesal penal*, segunda edición, Editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2015
- GIMENO SENDRA, V., *Introducción al Derecho Procesal*, Ediciones Jurídicas Castillo de Luna, Madrid, 2015
- GIMENO SENDRA, V., *Manual de derecho procesal penal*, Colex, Madrid, 2014



- GÓMEZ COLOMER, J.L., “Prueba prohibida e interpretación de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo españoles”, *Anuario de Derecho Penal. Temas penales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2008, pp. 145-188
- GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO, M., “La prohibición constitucional del uso de cámaras ocultas en el marco del denominado periodismo de investigación”, *Derecom*, nº 10, Nueva Época, 2012
- GÓMEZ ORBANEJA, E., *Derecho procesal Civil. Parte general. El proceso declarativo ordinario*, octava edición, Artes Gráficas y Ediciones Madrid, 1976
- GONZÁLEZ GRANDA, P., “Los criterios de disponibilidad y facilidad probatoria en el sistema del artículo 217 de la LEC”, en *Carga de la prueba y responsabilidad civil*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 29-74
- GONZÁLEZ LAGIER, D., “¿La tercera humillación? (Sobre neurociencia, filosofía y libre albedrío)”, *Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho*, nº 35, 2012, pp. 499-512
- GONZÁLEZ LAGIER, D., “Neuropruebas” y filosofía”, *Jueces para la democracia*, nº 84, 2015, pp. 67-83
- GONZÁLEZ NAVARRO, A., “Nuevas tecnologías aplicadas a la investigación criminal: las regulaciones española y alemana”, en *El proceso penal. Cuestiones fundamentales* (Coord. FUENTES SORIANO), Tirant lo Blanch, 2017
- GONZÁLEZ-MONTES SÁNCHEZ, J.L., “Reflexiones sobre el proyecto de Ley Orgánica de modificación de la LECrim para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológicas”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 17-06, 2015
- GUASP, J., *Derecho procesal civil* (Adaptada y revisada a la legislación vigente por ARAGONESES), Tomo I, cuarta edición, Civitas, Madrid, 1998
- GUDE FERNÁNDEZ, A., “La videovigilancia laboral y el derecho a la protección de datos de carácter laboral”, *Revista de Derecho Político UNED*, nº 91, 2014
- GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, F., “La presunta prueba pericial de inteligencia: análisis de la STS de 22 de mayo de 2009”, *La ley penal*, nº 64, octubre 2009, pp. 99-111

- GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, F., “Legalidad de los mecanismos de barrido policial que permiten obtener los números IMEI/ IMSI de las tarjetas de telefonía móvil”, *Revista General de Derecho Procesal*, Nº 18, Iustel, [www.iustel.com](http://www.iustel.com), 2009
- GUERRERO PICÓ, M.C., *El impacto de Internet en el Derecho Fundamental a la Protección de Datos de Carácter Personal*, Thomson Civitas-Aranzadi, Cizur Menor, 2006
- HEREDERO CAMPO, M. T., “Uso social de la imagen en Internet”, en *FODERTICS 4.0.* (Coord. BUENO DE MATA, F.), Ed. Comares, 2015
- HÉRNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J., “Valor procesal del Informe de Inteligencia Policial”, *Diario La Ley*, nº 8174, 21 de octubre de 2013
- HERRERO GIMÉNEZ, R., “Intimidad (artículo 18.2 CE), investigación policial y sus límites: la intromisión virtual. Estudio de la STS núm. 329/2016, de 20 de abril de 2016 y algunas manifestaciones jurisprudenciales”, *Estudios penales y criminológicos*, vol. XXXVII, 2017
- ILLÁN FERNÁNDEZ, J., *La prueba electrónica, eficacia y valoración en el proceso civil*, Aranzadi, 2009
- INSA, F., LÁZARO, C., “La admisibilidad de las pruebas electrónicas en los Tribunales (A.P.ET): Luchando contra los delitos electrónicos”, *Diario La Ley*, nº 6708, Sección Doctrina, 8 de mayo 2007
- JAMARDO LORENZO, A., “La preconstitución de la prueba en el proceso penal”, *Diario La Ley*, nº 8906, 23 de enero de 2017
- JAREÑO LEAL, Á., “El derecho a la imagen como bien penal”, en *La protección jurídica de la intimidad* (Dir. BOIX REIG; Coord. JAREÑO LEAL), Iustel, Madrid, 2010
- JAUME BENNASAR, A., *La validez del documento electrónico y su eficacia en sede procesal*, Lex Nova, Valladolid, 2010
- JIMÉNEZ CONDE, F., *La apreciación de la prueba legal y su impugnación*, Salamanca: Universidad, Departamento de Derecho Procesal, 1978
- LANZAROTE MARTÍNEZ, P., “Intervenciones de las comunicaciones”, en *La*

*prueba en el Proceso Penal. Doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo* (Dir. RIVES SEVA), Tomo II, Editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2016, pp. 233-578

- LIBANO BERISTAIN, A., “La intervención judicial en la prueba del ADN (comentario a las sentencias de la sala segunda del Tribunal Supremo nº 501/2005, de 19 de abril de 2005 y nº 1311/2005, de 14 de octubre de 2005)”, *Revista de derecho y genoma humano*, nº 23, 2005
- LLOPIS BENLLOCH, J.C., “Prueba electrónica y notariado”, en *La prueba electrónica. Validez y eficacia probatoria* (Coords. OLIVA LEÓN, VALERO BARCELÓ), Juristas con futuro, 2016, pp. 18-24
- LLORIA GARCÍA, P., “El secreto de las comunicaciones: su interpretación en el ámbito de los delitos cometidos a través de Internet. Algunas consideraciones”, en *La protección jurídica de la intimidad* (Dir. BOIX REIG; Coord. JAREÑO LEAL), Iustel, Madrid, 2010, pp. 171-198
- LÓPEZ FRAGOSO, T., “Los descubrimientos casuales en las intervenciones telefónicas como medidas coercitivas en el proceso penal”, *Derechos y libertades: revista del Instituto Bartolomé de las casas*, octubre 1993-marzo 1994, pp. 81-90
- LÓPEZ ORTEGA, J.J., “El derecho al juez no prevenido y el juicio de faltas”, *Jueces para la democracia*, nº 8, 1989, pp. 47-50
- LÓPEZ YAGÜES, V., *La prueba de reconocimiento judicial en el proceso civil*, La Ley, Madrid, 2005
- LÓPEZ-BARAJAS PEREA, I., “Aplicación de las Tecnologías de la información y de la comunicación a la investigación criminal: la Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal Española de 2015”, *Revista iberoamericana de Sistemas, Cibernética e Informática*, volumen 13, nº2, 2016
- LÓPEZ-BARAJAS PEREA, I., “Nuevas tecnologías aplicadas a la investigación penal: el registro de equipos informáticos”, *Revista de Internet, Derecho y Política*, nº 24, 2017
- LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREX, T., “Las pruebas biológicas en el proceso penal. Consideraciones sobre la identificación por el ADN”, *Derecho y Salud*, Vol. 3, Enero-Diciembre 1995, pp. 225-234

- LUCENA CID, I.V, “La protección de la intimidad en la era tecnológica: hacia una reconceptualización”, *Revista internacional de pensamiento político*, I época, volumen 7, 2012
- LUIS VILCHEZ, C., “Eficacia probatoria de los documentos: la contradicción entre el valor del documento y otros medios de prueba tasados y no tasados”, en *Aspectos problemáticos en la valoración de la prueba civil* (DIRS. ABEL LLUCH, PICÓ I JUNOY), Bosch, Barcelona, 2008, pp. 41-65
- MAGRO SERVET, V. “Sobre el valor probatorio de las cámaras de vigilancia en el proceso penal”, *Diario La Ley*, nº 9114, 9 de enero de 2018
- MARCA MATUTE, J., “El imputado y el anticipo probatorio”, en *Estudios sobre prueba penal. Volumen III* (Dir. ABEL LLUCH, RICHARD GONZÁLEZ), La Ley, Las Rozas, 2013, pp. 203-275
- MARTÍN MORALES, R., *El régimen constitucional del secreto de las comunicaciones*, Civitas, Madrid, 1995
- MARTÍNEZ URREA, M.Á., “La valoración de dictámenes periciales contradictorios”, en *Aspectos problemáticos en la valoración de la prueba civil* (DIRS. ABEL LLUCH, PICÓ I JUNOY), Bosch, Barcelona, 2008, pp. 67-92
- MATIA PORTILLA, F.J., “Delito flagrante e inviolabilidad del domicilio (comentario a la STC 341/1993)”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 42, septiembre-diciembre, 1994
- MEDINA ALCOZ, L., “La doctrina constitucional sobre Derechos Fundamentales «sustantivos»”, en *El derecho a la privacidad en un nuevo entorno tecnológico*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2016
- MÉNDEZ DÍAZ, R .A., “La valoración constitucional de la prueba ilícita e ilegal en la República Federal de Brasil”, *Justicia Juris*, Vol. 9, nº 2, Julio – Diciembre de 2013, pp. 74-84
- MIRANDA ESTRAMPES, M., “La prueba ilícita: la regla de la exclusión probatoria y sus excepciones”, *Revista Catalana de Seguridad Pública*, nº 22, mayo 2010, pp. 131-151
- MONTERO AROCA, J., *La prueba en el proceso civil*, cuarta edición, Civitas, Madrid, 2005

- MONTERO AROCA, J., *Los medios de prueba en el proceso civil. Quinta edición*, editorial Civitas
- MONTESINOS GARCÍA, A., “La prueba en el arbitraje (las nuevas pruebas electrónicas)”, *Revista General de Derecho Procesal*, nº 13, Iustel, www.iustel.com, octubre 2007
- MONTÓN REDONDO, A., “Medios de reproducción de la imagen y el sonido”, en *La prueba* (Dir. MONTERO AROCA), *Cuadernos de Derecho Judicial*, VII, CGPJ, Madrid, 2000, pp. 173-202
- MORA MORA, L.P., “La prueba como derecho fundamental”, en *Investigación y prueba en el proceso penal* (Dir. GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO; Coord. SANZ HERMIDA), Colex, Madrid, 2006, pp. 81-98
- MORALES GARCÍA, Ó., *Delincuencia informática, problemas de responsabilidad*, 2002
- MORALES VÁLLEZ, C., “La prueba electrónica en el proceso laboral y el control de los medios tecnológicos por el empresario”, *Revista Sepín*, diciembre 2015
- MORENO CATENA, V., CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *Derecho procesal penal*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017
- MORENO NAVARRETE, M.Á., “Aspectos jurídico privados de las tecnologías Web 2.0 y su repercusión en el derecho a la intimidad”, en *La protección jurídica de la intimidad* (Dir. BOIX REIG; Coord. JAREÑO LEAL), Iustel, Madrid, 2010, pp. 335-360
- MORILLAS FERNÁNDEZ, M., “La protección jurídica del menor ante las redes sociales”, en *La protección jurídica de la intimidad* (Dir. BOIX REIG; Coord. JAREÑO LEAL), Iustel, Madrid, 2010, pp. 361-380
- MUÑOZ SABATÉ, L., *La prueba de indicios en el proceso judicial*, Wolters Kluwer, Las Rozas, 2016
- NADAL GÓMEZ, I., “El régimen de los hallazgos casuales en la Ley 13/2015, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal”, *Revista General de Derecho Procesal*, nº 40, 2016

- NEIRA PENA, A.M., *La instrucción de los procesos penales frente a las personas jurídicas*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017
- NIEVA FENOLL, J., “La carga de la prueba: una reliquia histórica que debiera ser abolida”, *Revista Ítalo-Española de Derecho Procesal*, Vol. I, 2018
- NIEVA FENOLL, J., “Neurociencia y juicio jurisdiccional: pasado y presente. ¿Futuro?”, *Civil Procedure Review*, v.7, nº3, 2016, pp. 119-144
- NIEVA FENOLL, J., “Policía judicial y prueba ilícita. Regla de exclusión y efecto disuasorio: un error de base”, en *Diario la Ley*, nº 9068, sección doctrina, Editorial Wolters Kluwer, 25 de octubre de 2017
- NIEVA FENOLL, J., *Derecho procesal III. Proceso penal*, Marcial Pons, Madrid, 2017
- NIEVA FENOLL, J., *La ciencia jurisdiccional: novedad y tradición*, Marcial Pons, Madrid, 2016
- NIÑO ESTÉBANEZ, R., “La prueba audiovisual e informática en el proceso civil. Referencia a la firma electrónica”, en *Aspectos problemáticos en la valoración de la prueba civil* (DIRS. ABEL LLUCH, PICÓ I JUNOY), Bosch, Barcelona, 2008, pp. 119-137
- ORMAZABAL SÁNCHEZ, G., *La prueba de la discriminación en derecho privado*, Marcial Pons, Madrid, 2011
- OROZCO PARDO, G., “Intimidad, privacidad, «extimidad» y protección de datos del menor ¿un cambio de paradigma?, en *La protección jurídica de la intimidad* (Dir. BOIX REIG; Coord. JAREÑO LEAL), Iustel, Madrid, 2010, pp. 381-403
- ORTEGA GIMENEZ, A.; GONZALEZ MARTINEZ, J.A., “Entidades financieras, privacidad y protección de datos”, *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, nº 25, 2011
- ORTEGA GIMENEZ, A.; GONZALEZ MARTINEZ, J.A., “Protección de datos, secreto de las comunicaciones, utilización del correo electrónico por los trabajadores y control empresarial”, *Diario La Ley*, nº 7188, Sección Doctrina, Ed. La Ley, 2009

- ORTEGA GIMENEZ, A.; HEREDIA SÁNCHEZ, L.S., “Los archivos históricos y la protección de datos de carácter personal”, *Canelobre: Revista del Instituto Alicantino de Cultura “Juan Gil-Albert”* (ejemplar dedicado al cuidado de la memoria. Archivos de la provincia de Alicante), nº 58, 2011
- ORTEGO PÉREZ, F., “La denominada prueba pericial de inteligencia policial”, *Justicia: Revista de derecho procesal*, nº 2/2017, 2017, pp. 263-283
- ORTELLS RAMOS, M., *Derecho Procesal civil*, Thomson Aranzadi, Madrid, 2004
- ORTIZ PRADILLO, J.C., “Comunicaciones, tecnología y proceso penal: viejos delitos, nuevas necesidades”, en *Justicia penal y nuevas formas de delincuencia* (Dir. ASENSIO MELLADO; Coord. FERNÁNDEZ LÓPEZ), Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 15-42
- ORTIZ PRADILLO, J.C., “Cooperación penal europea e internacional en la obtención de prueba electrónica”, en VVAA., *Presente y Futuro de la e-Justicia en España y en la Unión Europea* (Coord. SENÉS MOTILLA), ed. Aranzadi, Navarra, 2010
- ORTIZ PRADILLO, J.C., “Hacking legal al servicio de la investigación criminal: nuevos instrumentos para la investigación y prueba de la delincuencia informática”, *Revista de Derecho y Proceso Penal*, nº26, 2011
- ORTIZ PRADILLO, J.C., *Problemas procesales de la ciberdelincuencia*, Colex Editorial Constitución y Leyes, Madrid, 2013
- ORTS BERENGUER, E., *Delitos informáticos y delitos comunes cometidos a través de la informática*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2001
- PARDO IRANZO, V., *La prueba documental en el proceso penal*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008
- PEDRAZ PENALVA, E., “La práctica probatoria anticipada y la denominada prueba “preconstituida”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, nº3, 1998, pp. 11-62
- PERALES CAÑETE, R., “Exiftool: ¿Los metadatos sirven de algo?”, en *La prueba electrónica. Validez y eficacia procesal*, Juristas con futuro, 2016
- PÉREZ DAUDÍ, V., “Impugnación prueba electrónica y momento procesal”, en *La prueba electrónica* (Dirs. ABEL LLUCH; PICÓ I JUNOY), BOSCH, 2011

- PÉREZ DAUDÍ, V., “La «carga de la prueba» como medio procesal para la protección del derecho a la igualdad en el orden civil”, *Justicia*, nº1, 2015, pp. 109-141
- PÉREZ DAUDÍ, V.; ZAMBRANO FRANCO, F. K., “Preguntas con respuesta: la prueba a consulta”, *Diario La Ley*, Nº 8445, Sección Práctica Forense, 19 de diciembre de 2014
- PÉREZ GIL, J., “Criminalidad informática y reforma procesal penal: un decálogo de propuestas”, *Newsletter CYBEX*, nº 26, Abril 2007
- PÉREZ GIL, J., “Investigación penal y nuevas tecnologías: algunos de los retos pendientes”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, nº 7, 2005, pp. 211-235
- PÉREZ GIL, J., “Medidas de investigación tecnológica en el proceso penal español: privacidad vs. eficacia en la persecución”, en *Informatica giuridica e informatica forense al servizio della società della conoscenza. Scritti in onore di Cesare Maioli*, Ed. Aracne, 2018
- PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A.J., *Constitución y Poder Judicial*, Andavira Editora, Santiago de Compostela, 2013
- PICÓ I JUNOY, J., “La denuncia de la prueba ilícita en el proceso penal”, en *El proceso penal. Cuestiones fundamentales* (Coord. FUENTES SORIANO), Tirant lo Blanch, Valencia, 2017
- PICÓ I JUNOY, J., “Preguntas con respuesta. La prueba a consulta. II. Reconocimiento judicial y nuevas tecnologías ¿pueden las partes proponer el reconocimiento judicial para que el Juez perciba el contenido de una página web o de e-mail? ¿podría el Juez auxiliarse por un perito informático para la práctica de esta diligencia?”, *Cuadernos de Probática y Derecho Probatorio*, nº 5, *La Ley*, nº 7667, miércoles, 6 de julio de 2011, pp. 29-30
- PICÓ I JUNOY, J., *Nociones preliminares de Derecho Procesal Civil* (Coord. NIEVA FENOLL, J. y BUJOSA VADELL, L.), Atelier, Barcelona, 2015
- PINTO PALACIOS, F., PUJOL CAPILLA, P., *La prueba en la era digital*, Wolters Kluwer, Las Rozas, 2017
- PIÑAR MAÑAS, J.L., “Transparencia y derecho de acceso a la información pública. Algunas reflexiones en torno al derecho de acceso en la ley 19/2013, de



- transparencia, acceso a la información y buen gobierno”, *Revista catalana de dret públic*, nº 49, 2014
- PLANCHADELL GARGALLO, A., *La prueba prohibida: evolución jurisprudencial: (comentario a las sentencias que marcan el camino)*, 1ª ed., Editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2014
  - PLANCHAT TERUEL, J.M., “La práctica de la prueba en el juicio oral”, en *Estudios sobre prueba penal. Volumen III* (Dirs. ABEL LLUCH, RICHARD GONZÁLEZ), La Ley, Las Rozas, 2013, pp. 279-332
  - PUIG FAURA, S., *La prueba pericial informática en el procedimiento civil*, La Ley, 2015
  - QUERAL CARBONELL, A., “Alcance del objeto de impugnación”, en *La prueba documental* (DIRS. ABEL LLUCH, PICÓ I JUNOY; COORD. GINÉS CASTELLET), Colección de Formación Continua Facultad de Derecho Esade. SERIE ESTUDIOS PRÁCTICOS SOBRE LOS MEDIOS DE PRUEBA, BOSCH, 2010, p. 480.
  - QUERALT, J.J., “(Tele)comunicaciones e intimidad: aproximación a su intervención judicial en la instrucción penal”, en *El derecho a la privacidad en un nuevo entorno tecnológico*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2016
  - QUINTANA LÓPEZ, T., “La autorización judicial: garantía de la inviolabilidad de domicilio y límite de la ejecución forzosa de los actos administrativos”, *Revista de estudios de la vida local*, nº 224, 1984
  - RAMÍREZ CARAVAJ, D.M., “Hacia la construcción de un derecho procesal constitucional para Colombia”, en *Nuevas tendencias del Derecho procesal constitucional y legal*, Sello editorial Universidad de Medellín, Colombia, 2005, pp. 77-100
  - RAMÍREZ CARVAJAL, D.M., “Precisiones constitucionales sobre los poderes de instrucción que tiene el juez”, *Revista Diálogos de Saberes*, nº 30, Enero-junio de 2009, pp. 273-296
  - RAMOS MÉNDEZ, F., *Enjuiciamiento Criminal*, Atelier, Barcelona, 2014

- REVENGA SÁNCHEZ, M., “El derecho a la intimidad: un derecho en demolición”, en *El derecho a la privacidad en un nuevo entorno tecnológico*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2016
- REYES LÓPEZ, J.I., “Los dispositivos técnicos de geolocalización. Régimen jurídico a partir de la L.O. 13/2015”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 4, Editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2016
- RICHARD GONZÁLEZ, M., “Conductas susceptibles de ser intervenidas por medidas de investigación electrónica. Presupuestos para su autorización”, *Diario La Ley*, nº 8808, 21 de julio de 2016
- RICHARD GONZÁLEZ, M., “Nulidad de la prueba por la intromisión virtual en domicilio. Una breve reflexión sobre la observación policial ilícita de la intimidad personal y familiar”, *Diario La Ley*, nº 8788, Sección Reseña de Jurisprudencia, Editorial LA LEY, 22 de junio de 2016
- RICHARD GONZÁLEZ, M., “Práctica de la declaración del acusado en el juicio oral”, *Iuris*, 168, febrero 2012, pp. 30-33
- RICHARD GONZÁLEZ, M., *Investigación y prueba mediante medidas de intervención de las comunicaciones, dispositivos electrónicos y grabación de imagen y sonido*, Wolters Kluwer, Las Rozas, 2017
- RIVERO SÁNCHEZ-COVISA, F.J., *Revisión del concepto constitucional del secreto de las comunicaciones*, Dykinson, 2017
- RIVES SEVA, A.P., “Tratamiento procesal de la prueba ilícita”, en *La prueba en el Proceso Penal. Doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo* (Dir. RIVES SEVA, A.P.), Tomo I, Editorial Aranzadi, Cizur Menor
- RIZO GÓMEZ, B., “La infiltración policial en Internet. A propósito de la regulación del agente encubierto informático en 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”, en *Justicia penal y nuevas formas de delincuencia* (Dir. ASECIO MELLADO; Coord. FERNÁNDEZ LÓPEZ), Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 97-124

- RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, A., “Aportación por las partes de la información contenida en Redes Sociales”, en *El proceso penal. Cuestiones fundamentales* (Coord. FUENTES SORIANO), Tirant lo Blanch, 2017
- RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, A., “Los contenidos de redes sociales como prueba en el proceso civil: un estudio jurisprudencial”, *Diario La Ley*, Nº 9195, Sección Dossier, 11 de Mayo de 2018
- RODRÍGUEZ LAINZ, J. L., “La interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas en el borrador de Anteproyecto de Código Procesal Penal”, *Diario La Ley*, nº 8039, Editorial LA LEY, 2013
- RODRÍGUEZ LAINZ, J. L., “Sobre el valor probatorio de conversaciones mantenidas a través de programas de mensajería instantánea (A propósito de la STS, Sala 2.ª, 300/2015, de 19 de mayo)”, *Diario La Ley*, Nº 8569, Sección Doctrina, 25 de Junio de 2015
- RODRÍGUEZ LAINZ, J.L., “¿Podría un juez español obligar a Apple a facilitar una puerta trasera para poder analizar información almacenada en un iPhone 6?”, *Diario La Ley*, nº 8729, 28 de marzo de 2016
- RODRÍGUEZ LAINZ, J.L., “Exclusionary rules y garantías procesales en el ordenamiento procesal penal español”, *Diario La Ley*, nº 8203, 2 diciembre de 2013
- RODRÍGUEZ LAINZ, J.L., “Intervención judicial de comunicaciones vs. Registro remoto sobre equipos informáticos: los puntos de fricción”, *Diario La Ley*, nº 8896, 9 de enero de 2017
- RODRÍGUEZ LAINZ, J.L., *El secreto de las telecomunicaciones y su interceptación legal*, Sepín, Madrid, 2016
- RODRÍGUEZ RAMOS, L., “¿In dubio pro reu aut in dubio contra opulentibus? (comentario a la STS 116/2017 de 23 de febrero sobre la prueba ilícita)”, *Diario La Ley*, nº 8974, Sección Tribuna, 8 de mayo de 2017
- ROJAS ROSCO, R., “La prueba digital en el ámbito laboral ¿son válidos los pantallazos?”, en *La prueba electrónica. Validez y eficacia probatoria* (Coords. OLIVA LEÓN, VALERO BARCELÓ), Juristas con futuro, 2016, pp. 90-97

- ROQUETA BUJ, R., “El derecho a la intimidad de los trabajadores y el control audiovisual del empresario”, en *La protección jurídica de la intimidad* (Dir. BOIX REIG; Coord. JAREÑO LEAL), Iustel, Madrid, 2010, pp. 405-462
- ROSENBERG, L., *La carga de la prueba*, segunda edición, Editorial B de f, Buenos Aires, 2002
- RUBIO ALAMILLO, J., “Conservación de la cadena de custodia de una evidencia informática”, *Diario La Ley*, Nº 8859, Sección Doctrina, Editorial Wolters Kluwer, 9 de noviembre de 2016
- RUBIO ALAMILLO, J., “El correo electrónico como prueba en procedimientos judiciales”, *Diario La Ley*, nº 8808, 21 de julio 2016
- SAMANES ARA, C., “Comentario al artículo 316”, en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil. Volumen I* (Coords. CORDÓN MORENO, ARMENTA DEU, MUERZA ESPARZA, TAPIA FERNÁNDEZ), Aranzadi Editorial, Navarra, 2001
- SÁNCHEZ GÓMEZ, R., “El agente encubierto informático”, *La Ley Penal*, nº 118, Sección Estudios, Enero-febrero 2016
- SÁNCHEZ RUBIO, A., “El uso del test P300 en el proceso penal español: algunos aspectos controvertidos”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 18, 2016
- SANJURJO RÍOS, E.I., “Las conversaciones de WhatsApp como objeto de investigación y prueba en el proceso penal”, *JUSTICIA. Revista de Derecho Procesal*, 2017, nº 1, pp. 503-528
- SELIGRAT GONZÁLEZ, V.M., “La protección del honor de los agentes del deporte y el alcance de la libertad de expresión de los deportistas profesionales”, *Revista Aranzadi de Derecho y Entretenimiento*, nº 55, abril-julio, 2017, pp. 99-134
- SEOANE SPIEGELBERG, J.L., en VV.AA., *Derecho Procesal Civil. Tomo 1*, Andavira, Santiago de Compostela (A Coruña), 2013
- SERRA CRISTÓBAL, R., “Intimidad de la víctima en el proceso. Un ejemplo en la mujer víctima de la trata”, en *La protección jurídica de la intimidad* (Dir. BOIX REIG; Coord. JAREÑO LEAL), Iustel, Madrid, 2010, pp. 231-259

- SERRA DOMÍNGUEZ, M., “Contribución al estudio de la prueba”, en *Estudios de Derecho Procesal*, Ariel, Barcelona, 1969
- SERRA DOMÍNGUEZ, M., “La prueba documental”, en *Instituciones del Nuevo Proceso Civil. Comentarios sistemáticos a la Ley 1/2000* (Coord. ALONSO-CUEVILLAS SAYROL), Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, Barcelona, 2001
- SERRA DOMÍNGUEZ, M., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales* (Dir. ALBALADEJO), segunda edición, Tomo XVI, volumen II, Madrid, 1991
- SERRA DOMÍNGUEZ, M., *Estudios de Derecho Probatorio*, Communitas, Lima, 2009
- SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA, J.J., “Los derechos fundamentales en la Constitución Española”, *Revista de Estudios Políticos (nueva época)*, nº 105, julio-septiembre 1999
- TARUFFO, M., “Conocimiento científico y estándares de prueba judicial”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nº 114, septiembre-diciembre de 2005, pp. 1285-1312
- TARUFFO, M., “Inferences in judicial decisions about facts”, *Revista Ítalo-Española de Derecho Procesal*, Vol. 1, 2018
- TARUFFO, M., “Consideraciones sobre prueba y motivación”, en TARUFFO, M., ANDRÉS IBÁÑEZ, P., CANDAU PÉREZ, A., *Consideraciones sobre la prueba judicial*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2010
- TARUFFO, M., “Ermeneutica, prova e decisione”, *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Vol. 4, nº 1, 2018, pp. 129-148
- TARUFFO, M., *La motivación de la sentencia civil*, Editorial Trotta, Madrid, 2011
- TARUFFO, M., *La prueba. Artículos y conferencias*, Editorial Metropolitana, Santiago de Chile, 2009
- TARUFFO, M., NIEVA FENOLL, J., *Neurociencia y proceso judicial*, Marcial Pons, Madrid, 2013
- TARUFFO, M., *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*, Marcial Pons, Madrid, 2010

- TEMPRANO VÁZQUEZ, C., “El valor probatorio de los documentos privados y los motivos de impugnación”, *Diario la Ley*, nº 8598, Sección Dossier, 4 de septiembre de 2015
- TESONE, R.; FERRER, J.; CAÑABATE, J., “La obtención de la prueba electrónica, su acceso al proceso civil y la garantía de derechos en materia penal”; *Economist & Jurist*, Vol. 20, Nº 163, 2012, pp. 26-40
- VALIÑO CES, A., “La actuación del agente encubierto en los delitos informáticos tras la Ley Orgánica 13/2015”, en *El proceso penal. Cuestiones fundamentales* (Coord. FUENTES SORIANO), Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 377-388
- VALIÑO CES, A., “Una lectura crítica en relación al agente encubierto informático tras la Ley Orgánica 13/2015”, *Diario La Ley*, nº 8731, Sección Tribuna, 30 de Marzo de 2016
- VALIÑO CES, A., en *Fodertics 5.0. Estudios sobre nuevas tecnologías y Justicia* (Coord. BUENO DE MATA), Comares, Granada, 2016, pp. 275-285
- VEGAS TORRES, J., “Las medidas de investigación tecnológica”, *Nuevas tecnologías y derechos fundamentales en el proceso* (Coord. CEDEÑO HERNÁN), Aranzadi, Cizur Menor, 2017
- VELASCO NÚÑEZ, E., “Investigación procesal penal de redes, terminales, dispositivos informáticos, imágenes, GPS, balizas, etc.: la prueba tecnológica”, *Diario La Ley*, nº 8183, de 4 de noviembre de 2013
- VELASCO NÚÑEZ, E., “Tecnovigilancia, geolocalización y datos: aspectos procesales penales”, *Diario La Ley*, nº 8338, Año XXXV, Editorial LA LEY, 23 de junio de 2014
- VELASCO NÚÑEZ, E., *Delitos cometidos a través de Internet. Cuestiones procesales*, La Ley, 2010
- VELAYOS MARTÍNEZ, M.I., *El testigo de referencia en el proceso penal*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1998
- VILLAGÓMEZ CEBRIÁN, M., *La prueba. Los recursos. La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Tomo III* (Coords. CORTÉS DOMÍNGUEZ, MORENO CATENA), Tecnos, Madrid, 2000

- VILLAMARÍN LÓPEZ, M.L., *Neurociencia y detección de la verdad y del engaño en el proceso penal*, Marcial Pons, Madrid, 2014
- VILLAR FUENTES, I.M., “Reflexiones sobre el agente encubierto informático”, en *El proceso penal. Cuestiones fundamentales* (Coord. FUENTES SORIANO), Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 363-376
- VV.AA., *Delincuencia Informática. Problemas de Responsabilidad*, Cuadernos de Derecho Judicial, 2002-IX, ed. CGPJ, Madrid, 2003
- VVAA, *Nuevas tecnologías y derechos fundamentales en el proceso* (Coord. CEDEÑO HERNÁN), Aranzadi, Cizur Menor, 2017
- VVAA., *El derecho en la sociedad telemática. Estudios en homenaje al profesor Valentín Carrascosa López* (Coords. BAUZÁ; BUENO DE MATA), Editorial Andavira, Santiago de Compostela, 2012
- ZOCO ZABALA, C., “Acceso a los datos ajenos “en la nube” e interceptación de las comunicaciones virtuales ajenas: diferente protección iusfundamental”, *Actas VI Congreso Internacional Latina de Comunicación Social*, Sociedad Latina de Comunicación Social – La Laguna, Tenerife, 2014
- ZOCO ZABALA, C., *Nuevas tecnologías y control de las comunicaciones*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015





## RECURSOS WEB

- Ponencia de DEL MORAL GARCÍA “La conexión de antijuridicidad como presupuesto de la nulidad de la prueba refleja y supuestos de ruptura”, p. 4 dictada el día 29/04/2016 en el curso “La interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas” del Centro de Estudios Jurídicos, texto disponible en [http://www.cej-justicia.es/cej\\_dode/flash/ebook/assets/img/cejponencia1473924581802/cejponencia1473924581802.pdf](http://www.cej-justicia.es/cej_dode/flash/ebook/assets/img/cejponencia1473924581802/cejponencia1473924581802.pdf) (fecha de consulta: 12/09/2017)
- Publicación en el blog de GUIMERA, R., “La Orden Europea de Investigación: ¿nuevo instrumento para obtención de pruebas o una fuente más de conflictos entre países de la Unión Europea?”, en el blog <https://blog.sepin.es/2018/07/orden-europea-investigacion/> (última visita 20 de octubre de 2018)
- Ponencia de VILLAGÓMEZ MUÑOZ “Otras medidas de investigación limitativas de derechos reconocidos por el art. 18 CE. Referencia concreta a los dispositivos de seguimiento y localización”, realizada el 27 abril 2016 en el curso *La interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas*, p. 19, disponible en [https://www.fiscal.es/fiscal/PA\\_WebApp\\_SGNTJ\\_NFIS/descarga/Ponencia%20Villag%C3%B3mez%20Mu%C3%B1oz,%20Ana.pdf?idFile=1367353b-0fd9-4bab-8f57-36aad20dd137](https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Ponencia%20Villag%C3%B3mez%20Mu%C3%B1oz,%20Ana.pdf?idFile=1367353b-0fd9-4bab-8f57-36aad20dd137) (última consulta: 30/01/2018).
- Ponencia de CAVERO FORRADELLAS “La nueva regulación de las intervenciones telefónicas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal” el día 27 de abril de 2016 en el curso *La interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas*, p. 33. Disponible en [https://www.fiscal.es/fiscal/PA\\_WebApp\\_SGNTJ\\_NFIS/descarga/Ponencia%20Cavero%20Forradellas,%20Gerardo.pdf?idFile=38380825-2079-4304-af21-40d9010e0ae9](https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Ponencia%20Cavero%20Forradellas,%20Gerardo.pdf?idFile=38380825-2079-4304-af21-40d9010e0ae9) (fecha de consulta: 25/01/2018).
- Ponencia de RODRÍGUEZ LAINZ “Sobre la Ley Orgánica de modificación de la LECrim para el fortalecimiento de las garantías procesales: la regulación de las medidas de investigación tecnológica”, realizada el 05 octubre 2015 en la primera edición del curso *Técnicas de investigación del Ministerio Fiscal*, disponible en [https://www.fiscal.es/fiscal/PA\\_WebApp\\_SGNTJ\\_NFIS/descarga/ponencia%20](https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/ponencia%20)

[Sr%20Rodriguez%20Lainz.pdf?idFile=b9f4cc67-da93-4aa5-8eee-1507857092b8](https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Comunicacion%20Rodriguez%20Lainz.pdf?idFile=b9f4cc67-da93-4aa5-8eee-1507857092b8) (fecha de consulta: 01/02/2018)

- Ponencia de CONDE-PUMPIDO, P., “Captación y grabación de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos”, dictada en el seminario “La interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas” celebrado por el Ministerio Fiscal el 27 abril 2016, pp. 4-5, disponible en: [https://www.fiscal.es/fiscal/PA\\_WebApp\\_SGNTJ\\_NFIS/descarga/Comunicacion%20Conde-Pumpido%20Garc%20ADa,%20Paloma.pdf?idFile=b243d8eb-4156-4d93-82b0-ccffc6992aa4](https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Comunicacion%20Conde-Pumpido%20Garc%20ADa,%20Paloma.pdf?idFile=b243d8eb-4156-4d93-82b0-ccffc6992aa4) (fecha de consulta: 29/01/2018)
- Ponencia de CONDE-PUMPIDO, P., “El agente encubierto en la legislación española”, disponible en: [https://www.fiscal.es/fiscal/PA\\_WebApp\\_SGNTJ\\_NFIS/descarga/ponencia%20Conde-Pumpido%20Garc%20ADa,%20Paloma.pdf?idFile=bb24f82f-7461-4a13-ab8f-8d7de8f91f80](https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/ponencia%20Conde-Pumpido%20Garc%20ADa,%20Paloma.pdf?idFile=bb24f82f-7461-4a13-ab8f-8d7de8f91f80) (fecha de consulta: 29/11/2018)
- Ponencia “Capacidades de actuación del Ministerio Fiscal y la Policía Judicial tras la reforma procesal operada por la Ley Orgánica 13/2015: en especial la obtención de direcciones IP y numeraciones IMEI e IMSI (los apartados k) a m) del art. 588 ter de la LECrim)” realizada el día 17 febrero de 2017 en el en Centro de Estudios Jurídicos de Madrid, Jornadas de Delegados Delincuencia Informática, texto disponible en [https://www.fiscal.es/fiscal/PA\\_WebApp\\_SGNTJ\\_NFIS/descarga/Ponencia%20Calvo%20L%20B3pez,%20David%20\(2017\).pdf?idFile=07e530e0-5ce6-4103-94f5-43a183c3e581](https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Ponencia%20Calvo%20L%20B3pez,%20David%20(2017).pdf?idFile=07e530e0-5ce6-4103-94f5-43a183c3e581) (fecha de consulta: 22/01/2018)
- Ponencia de BUENO DE MATA, F., “Drones, virus espía y agentes encubiertos en la Red”, ponencia presentada al XIX CONGRESO IBEROAMERICANO DE DERECHO E INFORMÁTICA MEDELLÍN, del 26 al 28 de agosto de 2015
- Ponencia de CONDE-PUMPIDO TOURÓN “La reforma procesal. Registro de sistemas informáticos, ampliación del registro a otros sistemas. El registro remoto de dispositivos informáticos (arts. 588 sexies y 588 septies LECrim)”, ponencia dictada en las Jornadas de Especialistas en Criminalidad Informática celebradas por el Ministerio Fiscal el 10 marzo 2016, p. 13, disponible en [https://www.fiscal.es/fiscal/PA\\_WebApp\\_SGNTJ\\_NFIS/descarga/Ponencia%20](https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Ponencia%20)

Conde-Pumpido%20Tour%C3%B3n.pdf?idFile=4d9fe168-e9ee-4cd9-a783-68eab6158e47 (fecha de consulta: 17/01/2018)

- Comentario de BUENO JIMÉNEZ, M., “Las intervenciones telefónicas: doctrina general a la luz de la LO 13/2015, de 5 de octubre”, en <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/10986-las-intervenciones-telefonicas:-doctrina-general-a-la-luz-de-la-lo-13-2015-de-5-de-octubre/> (fecha de consulta: 14/02/2018)





- I. **Capítulo de libro ARRABAL PLATERO, P., “El Whatsapp como fuente de prueba”, en *El proceso penal. Reflexiones* (Coord.: FUENTES SORIANO, O.), Tirant lo Blanch, 2017, pp. 351-362.**

Se transcribe a continuación:

## WHATSAPP COMO FUENTE DE PRUEBA

PALOMA ARRABAL PLATERO

Universidad Miguel Hernández

**Resumen:** La aplicación de mensajería instantánea WhatsApp es uno de los medios de comunicación más extendido. El crecimiento en usuarios de este nuevo método de envío de texto, imágenes, vídeo y audios supone una fuente de información de enorme valía en los procesos judiciales que, sin embargo, no disponen de un procedimiento unificado y fiable que pueda garantizar la validez de esta fuente de prueba.

**Sumario:** 1. Introducción. 2. El WhatsApp: concepto. 3. Regulación probatoria. 3.1. Civil. 3.2. Penal. 4. Origen de la obtención de la fuente de prueba. 4.1. Diligencias de investigación. 4.2. Aportado por las partes del proceso. 4.2.1. Por un sujeto de la comunicación. 4.2.2. Por un sujeto ajeno a la conversación. 5. Valoración de la fuente de prueba. 6. Conclusiones. 7. Bibliografía.

### 1. INTRODUCCIÓN

El WhatsApp es una aplicación de mensajería instantánea (chats), que puede ser instalada en los Smartphones para el envío bidireccional o multidireccional de mensajes, audios, imágenes, contactos o incluso la ubicación GPS. Funciona a través de internet y su sencillez e instantaneidad la ha convertido en uno de los métodos más utilizados en la

actualidad, ya sea para conversaciones informales o profesionales<sup>1242</sup>. Su uso en teléfonos inteligentes es tan extendido que en septiembre del año 2015 alcanzó la cifra de 900 millones de usuarios mensuales activos<sup>1243</sup>.

En definitiva, WhatsApp se ha convertido en una herramienta más, un elemento de la vida diaria que, por tanto, puede llegar a alcanzar enorme trascendencia como fuente de prueba de unos hechos que se pretendan aportar en un proceso judicial.

En este contexto, FUENTES SORIANO señala de las nuevas fuentes probatorias que “son fuentes probatorias que pertenecen a una realidad virtual, que están en las ondas, que no se sabe con certeza cómo han llegado hasta allí, de dónde proceden, si son totalmente creíbles o si están total o parcialmente manipuladas; fuentes, en suma, con un alcance probatorio *a priori* cuestionable o limitado”<sup>1244</sup>.

En este orden de ideas, se dedican los siguientes epígrafes a conjugar la importancia/trascendencia de esta fuente de prueba frente al recelo que genera su validez en un proceso judicial.

## 2. EL WHATSAPP: COCEPTO

De conformidad con lo expuesto, WhatsApp<sup>1245</sup> es una aplicación (un programa) que puede descargarse en los teléfonos inteligentes y sirve para el envío de mensajes de texto, audios o imágenes. Requiere de una conexión a Internet y del registro del número de teléfono en el que se instala, que se confirma por parte de la aplicación con el envío de un código por medio de un SMS al número de teléfono aportado.

---

<sup>1242</sup> Según estadísticas de la IAB Spain (la asociación de publicidad, marketing y comunicación digital en España) “más de 15 millones de personas en España utilizan un teléfono inteligente. Este dato supone un aumento del 35% con respecto a 2012 y un 95% de la población con móvil”. Se destaca también “que chatear es la actividad más extendida, en un 57%”. Publicado por el Diario económico Cinco Días, visto en [http://cincodias.com/cincodias/2015/09/29/tecnologia/1443532041\\_644375.html](http://cincodias.com/cincodias/2015/09/29/tecnologia/1443532041_644375.html) (última visita el 14 de octubre de 2015).

<sup>1243</sup> Vid. <http://www.statista.com/statistics/260819/number-of-monthly-active-whatsapp-users/> (consultado 17 octubre 2015).

<sup>1244</sup> FUENTES SORIANO, O., “El valor probatorio de los correos electrónicos” en *Justicia penal y nuevas formas de delincuencia* (Dir. ASECIO MELLADO; Coord. FERNÁNDEZ LÓPEZ), Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

<sup>1245</sup> El nombre completo de la aplicación es WhatsApp Messenger. La palabra “WhatsApp” proviene de un juego de palabras, es la unión de la expresión coloquial inglesa “What's up?” (¿Qué tal?) y el diminutivo app de la palabra inglesa “application” (aplicación).

A partir de esta idea básica, es preciso formular una característica que destaca DELGADO MARTIN en relación con este tipo de comunicación y que la hace más compleja a la hora de analizar el valor probatorio: el contenido de la información transmitida no es conservado por un servidor externo a los dispositivos electrónicos de los comunicantes<sup>1246</sup>. Esto es, únicamente se puede acceder al contenido de una conversación de WhatsApp por medio del dispositivo en el que ha tenido lugar (o en el que se hayan guardado las copias de seguridad) o de forma remota en tiempo real. Esta intervención podrá llevarse a cabo durante la investigación de un delito y exigirá siempre autorización judicial.

Esta peculiaridad de WhatsApp es propia de las aplicaciones de mensajería instantánea y, por las consecuencias procesales que de ello se deriva, sería un error valorar del mismo modo las distintas fuentes de prueba tecnológica. En este sentido, advierte RODRIGUEZ LAINZ que las plataformas de mensajería instantánea transmiten y comparten información de forma simultánea a nivel tanto bidireccional como multidireccional, pero no es almacenada por ningún servidor externo<sup>1247</sup>; y que se rigen por reglas completamente diversas de, por ejemplo, los blogs, que funcionan como auténticos dominios (en el que toda la información queda registrada por el servidor) o de las redes sociales como Twitter, Facebook, Google+, Tuenti, Instagram, que tienen un funcionamiento similar al de un blog (almacenando datos en inmensas bases de datos gestionadas por los sus administradores y accesibles a determinadas comunidades de usuarios).

Así, con posterioridad a la comunicación, la autenticación de una conversación de Whastapp se podrá llevar a cabo por medio de un estudio sobre alguno de los terminales en los que se ha realizado, porque la empresa WhatsApp únicamente podrá aportar lo que denominamos como “datos de tráfico” y que, en este caso se concretarán en “la constatación de las comunicaciones, origen y destino de las mismas, datos conservados sobre identidades y nombres de usuario y clave, incluidos número de abonado telefónico asociado o IP de referencia”, pero no el contenido mismo de la comunicación<sup>1248</sup>.

---

<sup>1246</sup> DELGADO MARTÍN, J., “La prueba del whatsapp”, Diario La Ley, Sección Tribuna, 15 de Septiembre de 2015, Editorial LA LEY, N° 8605, p. 2.

<sup>1247</sup> RODRÍGUEZ LAINZ, J. L., “Sobre el valor probatorio de conversaciones mantenidas a través de programas de mensajería instantánea (A propósito de la STS, Sala 2.ª, 300/2015, de 19 de mayo)”, Diario La Ley, Sección Doctrina, 25 de Junio de 2015, Editorial LA LEY, N° 8569, pp.6-7.

<sup>1248</sup> RODRÍGUEZ LAINZ, J. L., “Sobre el valor probatorio de conversaciones... *Op. Cit.*, p. 7.

### 3. REGULACIÓN PROBATORIA

La aportación de una comunicación de WhatsApp al proceso suele realizarse, en la actualidad, por medio de fotocopias de las conversaciones (“pantallazos”), que son acompañadas del terminal del que se han obtenido las imágenes impresas, para el cotejo por parte del Secretario Judicial.

La regulación en el ámbito civil viene admitiendo las pruebas tecnológicas desde el año 2000. Sin embargo, la regulación procesal penal de esta cuestión no llega hasta el cinco de octubre de 2015, fecha en la que se publican en el BOE dos reformas de la Ley de Enjuiciamiento Criminal<sup>1249</sup> que sí incluyen referencias a este tipo de fuentes de prueba.

#### 3.1. Civil

La Ley de Enjuiciamiento Civil tras su reforma del año 2000, introdujo, en el artículo 299 como medio de prueba “los medios de reproducción de la palabra, el sonido y la imagen, así como los instrumentos que permiten archivar y conocer o reproducir palabras, datos, cifras y operaciones matemáticas llevadas a cabo con fines contables o de otra clase, relevantes para el proceso”. Se demuestra que fue un legislador hábil al aprovechar el tercer párrafo del precepto para adelantarse a posibles novedades tecnológicas, añadiendo que el tribunal, a instancia de parte, admitirá como prueba certezas sobre hechos relevantes, aunque se presenten en medios no expresamente previstos en el artículo y adoptando las medidas necesarias. Se prevé, por tanto, la presentación de una comunicación de WhatsApp al proceso.

En una segunda disposición del mismo texto legal, el artículo 382 recoge que las partes podrán aportar como medio de prueba la reproducción ante el tribunal de palabras, imágenes y sonidos captados mediante instrumentos de filmación, grabación y otros semejantes; que deberán<sup>1250</sup> ser acompañados de la transcripción escrita de lo que resulte

---

<sup>1249</sup> 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 y la Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales, por el procedimiento de Ley ordinaria.

<sup>1250</sup> Nótese que la reforma aprobada el 5 de octubre de 2015 (la Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil) modifica el artículo 382 en el sentido de obligar a la parte a acompañar estas pruebas de su transcripción escrita: se ha sustituido la palabra “podrá acompañar” por “deberá acompañar”.



relevante para el caso; y que serán valorado según las reglas de la sana crítica. Por tanto, las conversaciones o audios de Whastapp deberán ir acompañadas de su versión escrita.

Por último, corresponde hacer mención al art. 384, que requiere que las partes aporten al proceso de los instrumentos para conocer, archivar o reproducir los medios de prueba aportados. Es este artículo el que puede ser interpretado en el sentido de que el instrumento para conocer de una conversación de WhatsApp sea un informe pericial informático del mismo que certifique el origen, destino, contenido y datos de tráfico de la conversación, y refrende que no ha sido manipulado.

Así, pese a que la Ley de Enjuiciamiento Civil admite generosamente la posibilidad de aportar una prueba proveniente de un dispositivo electrónico, los problemas que suscita una conversación de WhatsApp escapan de una previsión legislativa general y demuestran tener problemas específicos. Precisamente por las características del Whastapp, es criticable que se deje la valoración a la sana crítica, sin exigirse un peritaje especializado de las conversaciones de WhatsApp.

### **3.2. Penal**

En cuanto al ámbito procesal penal se refiere, hay varios artículos 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 que deben ser mencionados.

Se incorpora en la detención y apertura de la correspondencia postal la correspondencia telegráfica, que debe ser autorizada por un juez si existen sospechas de la comisión de delitos graves tipificados. En esta figura cabe la interceptación en tiempo real de las conversaciones de WhatsApp que, por tanto, debe ser autorizada por la autoridad judicial y estar supeditada a la comisión de in delito grave.

Se regulan también la captación y grabación de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos. Se exige siempre autorización judicial, que haya sospecha de hechos ilícitos y que la práctica se lleva a cabo con las mayores garantías para el autor de la comunicación. El plazo máximo será de tres meses, prorrogable hasta un máximo de dieciocho meses. Y las conversaciones interceptadas se facilitarán a las partes del proceso.

La inclusión de los medios tecnológicos en la regulación procesal penal es meritorio de la realidad con la que los tribunales se encontraban a diario, dotándoles de un marco legal apropiado, si bien también se echa en falta la exigencia de un informe pericial informático sobre el WhatsApp como fuente de prueba.

#### **4. ORIGEN DE LA OBTECIÓN DE LA FUENTE DE PRUEBA**

De especial relevancia en la cuestión que nos ocupa es la obtención de la información por las partes (o por la autoridad pública en el proceso penal) antes de la aportación al proceso<sup>1251</sup>.

El acceso a esta información será por medio del dispositivo electrónico en el que estén almacenados (el propio terminal o dispositivo dónde se hayan guardado copias de seguridad) o bien, por medio de acceso remoto en tiempo real. En el primero de los casos los datos podrán ser extraídos del dispositivo por el dueño del mismo (y previsiblemente parte en el proceso) o por un ajeno, en cuyo caso habrá que analizar si dispone de autorización judicial que garantice el respeto a los Derechos Fundamentales.

La captación de la conversación de forma remota exigirá, en todas las ocasiones, autorización judicial. Esta autorización judicial exigida garantizará que en la obtención de las fuentes de prueba no se han vulnerado Derechos Fundamentales, como el derecho fundamental a la intimidad, el derecho a la protección de datos (un derecho fundamental recogido, junto con el de intimidad en el artículo 18 CE, pero al que se le ha dotado de mayor relevancia<sup>1252</sup>) o el derecho al secreto de las comunicaciones<sup>1253</sup>.

##### **4.1. DILIGENCIAS DE INVESTIGACIÓN**

Si bien en el ámbito civil únicamente aportarán pruebas las partes; en el ámbito penal podrán tenerse en cuenta fuentes de prueba obtenidas por la policía judicial durante las diligencias de investigación.

---

<sup>1251</sup> DELGADO MARTÍN, J., “La prueba del whatsapp”, *Op. Cit.*, pp.3-4.

<sup>1252</sup> ARRABAL PLATERO, P., “La videovigilancia laboral cómo prueba en el proceso”, *Revista General de Derecho Procesal*, Iustel nº 37.

<sup>1253</sup> GIMENO SENDRA, V., “La intervención de las comunicaciones”, *Diario La Ley*, Sección Doctrina, 9 de Junio de 2009, Año XXX, Editorial LA LEY, Nº 7192, p. 24.

En este caso, la fuente de prueba provendrá de un estudio pericial de un terminal que haya sido parte en la conversación de WhatsApp o de la intervención en tiempo real de las conversaciones.

Ahora bien, la injerencia policial debe ir siempre precedida de la correspondiente autorización judicial que estime que se cumplen los presupuestos legalmente establecidos y acompañada de control del Juez de instrucción que corresponda<sup>1254</sup>. Este control judicial ex ante y durante la intervención policial se justifica en la relevancia constitucional que envuelve a los Derechos Fundamentales de los ciudadanos. En este sentido, GONZÁLEZ-CUELLAR indica que los Derechos Fundamentales son limitables pero no pueden ser vulnerados<sup>1255</sup> y se convierten, por tanto, en el límite incuestionable a la investigación criminal, sirviendo de mecanismos de autolimitación del Estado frente a cualquier vulneración de los mismos<sup>1256</sup>.

Una vulneración de los Derechos Fundamentales pueda dar causa de prueba prohibida, tal y como defiende ASECIO MELLADO<sup>1257</sup>, recoge en el artículo 11.1 LOPJ y respalda el TC desde la STC 85/1994. En este contexto, se hace necesaria la exigencia de una autorización judicial para que en la interceptación de una conversación de Whastapp se garantice la plena validez jurídica de la misma, por haber sido obtenida respetando los Derechos Fundamentales.

## **4.2. APORTADO POR LAS PARTES DEL PROCESO**

Se hace referencia a la defensa y a la acusación personal o pública, dejando al margen al Ministerio Fiscal que, aunque sea parte del proceso, lo hemos considerado dentro del epígrafe destinado a las diligencias de investigación, ya que aportará las pruebas que la policía judicial haya recabado.

### **4.2.1. POR UN SUJETO DE LA COMUNICACIÓN**

---

<sup>1254</sup> DELGADO MARTÍN, J., “La prueba del whatsapp”, *Op. Cit.* p. 2.

<sup>1255</sup> GONZALEZ-CUELLAR SERRANO, N., *Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en el Proceso Penal*, Editorial Colex, colección Constitución Y Leyes, 1990.

<sup>1256</sup> FUENTES SORIANO, O., “El valor probatorio de los correos electrónicos”; *Op. Cit.*; pp.5-6.

<sup>1257</sup> ASECIO MELLADO, J.M., *Prueba prohibida y prueba preconstituída*, Editorial Trivium, Madrid, 1989.

La aportación de WhatsApp por la partes se realizará ex post facto y sin intervención judicial<sup>1258</sup>. Se realizará ex post facto porque se presenta tras haberse realizado y sin intervención judicial porque, siendo parte de la comunicación, no hay problema en difundir el contenido de la misma. Así lo viene sosteniendo el TC desde la histórica sentencia de 1984: “Quien graba una conversación de otros atenta, independientemente de toda otra consideración, al derecho reconocido en el art. 18.3 CE; por el contrario, quien graba una conversación con otro no incurre, por este solo hecho, en conducta contraria al precepto constitucional citado”<sup>1259</sup>. De modo que será uno de los miembros de la comunicación quien pueda aportar, sin incurrir en un comportamiento indebido, la conversación de WhatsApp. Y será, además, el más indicado, ya que, como se ha indicado, las conversaciones y archivos de esta aplicación únicamente se quedan registradas en los terminales móviles y nunca en el servidor de la aplicación.

Esta característica conlleva, sin embargo, que estas fuentes de pruebas sean susceptibles a ciertos tipos de peligros. Siguiendo a DELGADO MARTÍN, detectamos el peligro a la identidad fingida<sup>1260</sup>. Aunque este riesgo se puede resolver comprobando a quién corresponde el número de teléfono asociado a la conversación de WhatsApp que se esté analizando (la Ley de Conservación de Datos relativos a las Comunicaciones Electrónicas<sup>1261</sup> permite a la Policía conocer la identidad de los titulares de tarjetas prepago de teléfonos móviles en el marco de una investigación y los titulares de líneas de teléfonos postpago son igualmente identificables), esto es un indicio que atestigua qué máquina ha realizado esta comunicación, pero no revela la identidad de la persona que ha realizado la comunicación, si bien es cierto que pueda servir de indicio.

Otro peligro citado por DELGADO MARTÍN es el riesgo de manipulación de la fuente de prueba, como por ejemplo, que el remitente o el receptor eliminen la conversación, que ciertos mensajes no enviados se “coloquen” como remitidos o, incluso, la sustracción del terminal. Al no existir copia del contenido de una conversación de WhatsApp más

---

<sup>1258</sup> AGUSTINA SANLLEHÍ, J. R., “Algunas consideraciones sobre el denominado hacking judicial”, *Iuris*, Nº 199, Sección Tribuna, Quincena del 1 al 14 Oct. 2013, Editorial LA LEY, p. 3.

<sup>1259</sup> STC 11/1984, de 29 de noviembre de 1984.

<sup>1260</sup> DELGADO MARTÍN, J., “La prueba del whatsapp”, *Op. Cit.*, p. 11.

<sup>1261</sup> Ley 25/2007, de 18 de octubre, de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones.

allá del que disponen las partes de la comunicación puede provocar que una parte altere el contenido, con el resultado de pruebas contrarias<sup>1262</sup>.

En este contexto, cobra especial relevancia la STS 300/2015, que aunque relativa a una conversación de mensajería de la empresa Tuenti, permite al Tribunal declarar lo siguiente: "...que la prueba de una comunicación bidireccional mediante cualquiera de los múltiples sistemas de mensajería instantánea debe ser abordada con todas las cautelas. La posibilidad de una manipulación de los archivos digitales mediante los que se materializa ese intercambio de ideas, forma parte de la realidad de las cosas. El anonimato que autorizan tales sistemas y la libre creación de cuentas con una identidad fingida, hacen perfectamente posible aparentar una comunicación en la que un único usuario se relaciona consigo mismo. De ahí que la impugnación de la autenticidad de cualquiera de esas conversaciones, cuando son aportadas a la causa mediante archivos de impresión, desplaza la carga de la prueba hacia quien pretende aprovechar su idoneidad probatoria. Será indispensable en tal caso la práctica de una prueba pericial que identifique el verdadero origen de esa comunicación, la identidad de los interlocutores y, en fin, la integridad de su contenido"<sup>1263</sup>.

#### 4.2.2. SUJETO AJENO A LA CONVERSACIÓN

El TC, en la sentencia 11/1984, anteriormente citada<sup>1264</sup> afirma que los miembros de una comunicación pueden hacer público el contenido de la misma, pero que un tercero no. En este sentido y respecto de WhatsApp, recientemente el Juzgado de lo Penal nº 4 de Girona que, en fecha 28 de junio del 2015, ha condenado al acusado por descargar imágenes y

---

<sup>1262</sup> Particularmente curioso es el descubrimiento y publicación, por parte de un perito informático, de la posibilidad de manipular el contenido de un WhatsApp. Javier Rubio Alamillo, perito informático y autor del blog <http://peritoinformaticocolegiado.es/> realiza, en la última de las entradas (titulada "Vulnerabilidad en WhatsApp: falsificación de mensajes manipulando la base de datos"), un experimento entre dos terminales que se han enviado un mensaje de WhatsApp. Consigue demostrar que es posible manipular el contenido de un mensaje de uno de los terminales, sin dejar rastro aparente de la manipulación ante un peritaje informático tipo. Esta cuestión se tratará con mayor profundidad en el epígrafe 6, que estudia la "valoración de la fuente de prueba". se hicieran eco diversos medios nacionales: <http://www.eleconomista.es/tecnologia/noticias/7042976/10/15/Demuestran-que-los-mensajes-de-WhatsApp-se-pueden-manipular-sin-dejar-rastro.html>; <http://www.elmundo.es/tecnologia/2015/10/01/560d531a22601d40448b459b.html>; <http://www.elcorreo.com/bizkaia/tecnologia/201510/05/mensajes-whatsapp-pueden-falsificar-20151005190841.html>.

<sup>1263</sup> STS 300/2015, de 19 de mayo.

<sup>1264</sup> STC 11/1984, de 29 de noviembre de 1984.

conversaciones del terminal móvil de su pareja, sin su consentimiento y con el fin de aportarlas a un juicio civil de divorcio<sup>1265</sup>.

A la vista, pues, de la doctrina es claro que quién no forme parte de una conversación de Whastapp no podrá aportarla al proceso como fuente de prueba, salvo, claro está, que se trate de la policía judicial y que haya obtenido la información con autorización judicial.

## 5. VALORACIÓN DE LA FUENTE DE PRUEBA

Una vez estudiado el modo en el que se ha obtenido el contenido de WhatsApp como fuente de prueba –y dejando al margen del estudio los medios de prueba-, cabe estudiar la valoración de estos datos.

La valoración de una prueba significa otorgarle la credibilidad que merece conforme con el sistema de valoración establecido por el legislador. La regla general en materia de prueba electrónica es la el sistema de libre valoración, esto es, eficacia probatoria de se somete a las reglas de la sana crítica<sup>1266</sup>.

La STS 300/15<sup>1267</sup> citada con anterioridad da las razones por las que admite unos pantallazos de Tuenti como prueba en el proceso: “Pues bien, en el presente caso, dos razones son las que excluyen cualquier duda. La primera, el hecho de que fuera la propia víctima la que pusiera a disposición del Juez de instrucción su contraseña de Tuenti con el fin de que, si esa conversación llegara a ser cuestionada, pudiera asegurarse su autenticidad mediante el correspondiente informe pericial. La segunda, el hecho de que el interlocutor con el que se relacionaba Ana María fuera propuesto como testigo y acudiera al plenario. Allí pudo ser interrogado por las acusaciones y defensas acerca del contexto y los términos en que la víctima - Ana María - y el testigo -Constancio - mantuvieron aquel diálogo”. Es precisamente en la autenticidad del origen y en la integridad del contenido dónde se basa el Tribunal para valorar la validez de la prueba.

---

<sup>1265</sup> Esta sentencia es noticia del diario “EL PAÍS” del domingo 4 de octubre del 2015:

[http://politica.elpais.com/politica/2015/10/02/actualidad/1443804996\\_640011.html](http://politica.elpais.com/politica/2015/10/02/actualidad/1443804996_640011.html). Llama la atención que el diario que la publica la titula “A la cárcel por espiar el móvil de la pareja”. Pero, ¿por qué es noticia? Quizás existe falta de concienciación social, puede darse que el uso de las nuevas tecnologías nos haya acostumbrado a disminuir el nivel de celo hacia nuestra actividad, o quizás no disponemos de patrones de respuesta a esta nueva realidad ciberconectada.

<sup>1266</sup> DELGADO MARTÍN, J., “La prueba del whatsapp”, *Op. Cit.*.

<sup>1267</sup> STS 300/2015, de 19 de mayo.

Pese a que en la práctica jurídica actual se están aceptando pantallazos de las conversaciones de WhatsApp, acompañado un levantamiento de acta por parte del Secretario del Juzgado tras un estudio visual del terminal que corrobora que los mensajes aportados en fotografías corresponden a los existentes en el Smartphone<sup>1268</sup>, el Tribunal Supremo ha dictado que es imprescindible un peritaje informático para la admisión como prueba de cualquier conversación mantenida a través de una red social<sup>1269</sup>.

Lo ideal, quizás, para dar credibilidad a una prueba derivada de una conversación de WhatsApp, sería el reconocimiento expreso de la conversación y de su contenido por la otra parte de la comunicación (o cualquiera de las otras partes en caso de comunicación grupal). De lo expuesto, queda demostrado que la presentación del otro teléfono inteligente implicado para el cotejo mutuo puede suponer mayor validez que un cotejo pericial. Ahora bien, el reconocimiento no puede ser obligado por los derechos de toda parte en el proceso de no declarar contra sí mismo.

## 6. CONCLUSIONES

- I. Una conversación de WhatsApp es manipulable, por lo que su aportación como fuente de prueba debe ir acompañada de un peritaje informático
- II. Un WhatsApp, acompañado de un peritaje informático puede ser única fuente de prueba
- III. Una conversación de Whastapp aportada en un proceso judicial que no vaya acompañado de peritaje informático será prueba plena, salvo que se impugne, en cuyo caso es discutible su validez como prueba

## 7. BIBLIOGRAFÍA

- AGUSTINA SANLLEHÍ, J. R., “Algunas consideraciones sobre el denominado hacking judicial”, *Iuris*, Nº 199, Sección Tribuna, Quincena del 1 al 14 Oct. 2013, Editorial LA LEY

---

<sup>1268</sup> A modo de ejemplo: Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante Número 4/2014, de 9 de enero, en el ámbito civil, o la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid Número 533/2014, de 24 de julio, en el ámbito penal, Sentencia de la AP de Córdoba 159/2014 de 2 de abril.

<sup>1269</sup> STS 2047/2015.

- ARRABAL PLATERO, P., La videovigilancia laboral cómo prueba en el proceso, *Revista General de Derecho Procesal*, Iustel nº 37
  - ASECIO MELLADO, J.M., *Prueba prohibida y prueba preconstituída*, Editorial Trivium, Madrid, 1989
  - DELGADO MARTÍN, J., “La prueba del whatsapp”, *Diario La Ley*, Sección Tribuna, 15 de Septiembre de 2015, Editorial LA LEY, Nº 8605
  - DÍAZ CAPPA, J., “Confidencialidad, secreto de las comunicaciones e intimidad en el ámbito de los delitos informáticos”, *Diario La Ley*, , nº 7666, Sección Doctrina, Editorial LA LEY, 5 de julio de 2011
  - FUENTES SORIANO, O., “El valor probatorio de los correos electrónicos” en *Justicia penal y nuevas formas de delincuencia* (Dir. ASECIO MELLADO; Coord. FERNÁNDEZ LÓPEZ), Tirant lo Blanch, Valencia, 2017
  - GIMENO SENDRA, V., “La intervención de las comunicaciones”, *Diario La Ley*, Sección Doctrina, 9 de Junio de 2009, Año XXX, Editorial LA LEY, Nº 7192
  - GONZALEZ-CUELLAR SERRANO, N., *Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en el Proceso Penal*, Editorial Colex, colección Constitución Y Leyes, 1990
  - RODRÍGUEZ LAINZ, J. L., “Sobre el valor probatorio de conversaciones mantenidas a través de programas de mensajería instantánea (A propósito de la STS, Sala 2.ª, 300/2015, de 19 de mayo)”, *Diario La Ley*, Sección Doctrina, 25 de Junio de 2015, Editorial LA LEY, Nº 8569
-



**II. Artículo de revista en coautoría con la directora de la tesis doctoral, la profesora FUENTES SORIANO:** ARRABAL PLATERO, P.; FUENTES SORIANO, O., “Impugnación de la prueba tecnológica: práctica de prueba instrumental y exigencia de un “principio de prueba. A propósito de la STS 375/2018, de 19 de julio”, Revista General de Derecho Procesal, nº 47, enero 2019.

**Impugnación de la prueba tecnológica: práctica de prueba instrumental y exigencia de un “principio de prueba”. A propósito de la STS 375/2018, de 19 de julio.**

**Paloma Arrabal Platero.**

**Olga Fuentes Soriano<sup>1270</sup>.**

Resumen: La STS 375/2018, de 19 de julio constituye el tercer pronunciamiento del Alto Tribunal sobre la posibilidad de valorar los mensajes de aplicaciones de mensajería instantánea (véase WhatsApp, Line). La lectura completa de esta sentencia permite determinar que estas pruebas son perfectamente válidas en el proceso, que su impugnación necesita de argumentos serios y que la acreditación de su autenticidad no se limita al medio de prueba pericial.

Palabras clave: prueba tecnológica, impugnación, principio de prueba, Tribunal Supremo, WhatsApp.

### **1. Antecedentes**

La sentencia del Alto Tribunal, objeto de comentario, conoce del recurso de casación interpuesto frente a la resolución 276/2017 de la sección cuarta de la Audiencia Provincial de Valencia, de 25 de abril.

---

<sup>1270</sup> Esta colaboración se enmarca en la publicación conjunta que exige el programa de Doctorado en Ciencias Sociales y Jurídicas de la Universidad Miguel Hernández.

El pronunciamiento en la primera instancia encuentran su origen en la solicitud del Ministerio Fiscal a la acusada por los delitos de estafa continuada (con agravante de reincidencia); falsedad en documento privado continuada; delito continuado de hurto (con la agravante de abuso de confianza) y de la acusación particular de condena por un delito de apropiación indebida de los artículos, de otro delito de estafa agravada , de otro delito de hurto , de un delito de usurpación de estado civil y de otro delito de falsedad en documento privado.

La SAP de Valencia 276/2017, sección cuarta, de 25 de abril determina como hechos probados que Teodora (advírtase que la resolución del TS modifica el nombre de la condenada por el de Genoveva) trabó amistad con Petra (que el Alto Tribunal conoce como Piedad) al menos desde abril de 2014, una época en la que cuando ésta estaba pasando “una difícil situación personal debido a un traumático divorcio que le ocasionó un decaimiento anímico que precisó auxilio psicológico, lo que la hacía vulnerable y fácil presa de seducciones y engaños”.

La acusada tenía antecedentes penales al haber sido ejecutoriamente condenada, además de en otra no computable, en sentencia de 4 de Febrero de 2010 , firme el día 23 de Marzo de 2010 por delito de estafa a la pena de un año de prisión, cuya ejecución fue suspendida y posteriormente revocada, quedando la pena finalmente extinguida el día 30 de Junio de 2016 y por sentencia de 11 de Noviembre de 2014 dictada por el Juzgado de lo Penal 14 de Valencia, firme el día 24 de Febrero del de 2015 por otro delito de estafa a la pena de prisión de un año y once meses, cuya ejecución fue suspendida el 21 de Enero de 2016 por un periodo de cinco años.

La Audiencia Provincial señala que la acusada comenzó a visitar diariamente Petra en su casa, a acompañarla a realizar gestiones y, en definitiva, a asumir decisiones relativas a su persona y casa, haciéndose imprescindible casi en su vida. En este contexto, Teodora “tuvo acceso a todas las dependencias de la vivienda, apoderándose de un juego de pendientes de Yanes, un colgante del Cristo de Dalí, una gargantilla de oro plana, un brazalete de brocado de Yanes, dos pendientes de brillantes, una cadena de oro, un anillo de oro blanco y amarillo, un anillo de oro blanco y brillantes, un brazalete de oro blanco y amarillo con un colgante de sol, otro brazalete de oro con eslabones grandes, un reloj Omega de oro, tres pulseras de oro, una con colgante de brillante, una cadena de oro con colgante de brillantitos y una pulsera de hombre, que hizo suyos y no le devolvió, habiendo sido tasado todo ello en la cantidad de 9.895 Euros”.

Con fecha junio de 2014, Petra le entregó a la acusada mil Euros para que entregase a la sastrería en el que había adquirido un traje para la boda de su hijo, como entrada o anticipo del precio, cosa que Teodora nunca hizo. El establecimiento reclamó a Petra la cantidad debida, que ésta volvió a facilitar a la acusada para que los entregase que, en esta ocasión, sí realizó.

A estos hechos se suma la compra, por parte de Petra, a Teodora –a quién la sentencia reconoce se aprovechó de la situación- de un teléfono móvil por importe total de 466 Euros y una línea telefónica cuyo consumo, desde el día 7 de Mayo de 2014 hasta el día 8 de Diciembre de 2014, fecha en la se dio de baja la dicha línea, generó una deuda de 1.469,54 Euros y que, supuestamente, la acusada se comprometió a pagar y que incumplió.

Tras la práctica de las pruebas pertinentes y el estudio del supuesto fáctico planteado por las partes, la AP dictó sentencia el de 25 de abril de 2017 por la que absolvía a la acusada Teodora de los delitos de falsedad y usurpación de estado civil de los que venía acusada, declarando de oficio dos quintas partes de las costas, pero le condenaba como criminalmente responsables de los delitos de HURTO AGRAVADO, APROPIACION INDEBIDA AGRAVADA Y ESTAFA AGRAVADA, concurriendo en este delito la agravante de reincidencia a las penas siguientes:

Por el delito de HURTO AGRAVADO, la pena de DOS AÑOS DE PRISIÓN y accesoria de privación del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

-Por el delito de APROPIACION INDEBIDA AGRAVADA la pena de TRES AÑOS DE PRISIÓN y accesoria de privación del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

-Por el delito de ESTAFA AGRAVADA la pena de CUATRO AÑOS Y SEIS MESES DE PRISIÓN y accesoria de privación del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

En vía de responsabilidad civil, el Tribunal condena a Petra a indemnizar en la cantidad de 12.364,54 Euros, que se incrementaran en el interés legal desde la fecha de esta resolución.

Contra tal pronunciamiento, la acusada interpuso recurso de casación por infracción de ley, precepto constitucional y quebrantamiento de forma, ante el Tribunal Supremo. La parte recurrente basa su recurso en la infracción de ley del art. 849.1 de la LECrim, esto

es, porque “se hubiere infringido un precepto penal de carácter sustantivo u otra norma jurídica del mismo carácter que deba ser observada en la aplicación de la Ley penal”. En este sentido, considera la parte recurrente que el Tribunal ha aplicado indebidamente los artículos 66.1 234.1; 235.6; 74; 248 y 250.1.6 del CP y el art. 253 del CP en relación con los arts. 249 y 250.1.6 del mismo código del CP.

## 2. Doctrina

La Sala de lo Penal del Tribunal Supremo admitió a trámite el recurso de casación interpuesto por la condenada por infracción de ley. Celebrada la deliberación y votación el día cuatro de julio de dos mil dieciocho, la sentencia se firma el diecinueve de julio de dos mil dieciocho.

Dicho recurso, en síntesis, contiene cuatro motivos que advierten infracciones legales en la sentencia del tribunal *a quo*, tres de los cuales vienen referidos a la infracción de normas sustantivas penales por la vulneración del artículo 24 en la valoración del acervo probatorio; y la el último referido a la proporcionalidad de las penas.

El Tribunal Supremo conoce de los tres primeros motivos conjuntamente, si bien con motivación individualizada. En atención al primero de ellos, la recurrente alega que la condena por un delito de hurto se sustenta en la declaración de parte y en unos mensajes de la aplicación *WhatsApp* que no han sido objeto de pericia informática<sup>1271</sup>. La sentencia que resuelve la casación, sin embargo, considera que, las mencionadas pruebas son suficientes y han sido “racional y lógicamente valoradas”.

El segundo de los motivos critica que el delito de apropiación indebida únicamente se base en las declaraciones de la víctima y de la dependiente del negocio en el que la acusada llevó la cantidad que, a estos efectos, le dio la víctima. La sentencia del Alto Tribunal considera que la única declaración de la denunciante para probar el hecho de que ésta le había entregado previamente la misma cantidad es insuficiente como prueba. En este sentido, considera el TS que “las razones concretas que, a juicio del Tribunal [de instancia], avalan la mayor credibilidad de la denunciante son que no encuentra móviles

---

<sup>1271</sup> Sobre la aportación de WhatsApp al proceso véase ARRABAL PLATERO, P., “El Whatsapp como fuente de prueba”, en *El proceso penal. Cuestiones fundamentales* (Coord. FUENTES SORIANO), Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 351-362.

espurios o de venganza en ella y que tuvo delante a las dos mujeres y pudo apreciar la verdad de una y lo taimada de la otra (lo que liga a que parece -se enuncia como posibilidad- que la acusada daba pastillas a la perjudicada para adormecer sus sentidos)” y que “estos razonamientos no se mueven en parámetros objetivamente aceptables”. En este contexto, el tribunal casacional señala que “principio de inmediación no puede ser esgrimido ni para excusarse el Tribunal que oye y ve al testigo para justificar y explicitar las razones por las que le concede credibilidad y suficiencia para sostener la sentencia condenatoria, ni la inmediación puede servir de argumento para excluir del ámbito de la casación penal el examen que esta Sala casacional debe efectuar para verificar la suficiencia y razonabilidad de la condena”.

Con respecto al delito de estafa agravada, la Sala del TS estima el recurso en tanto en cuanto, pese a que queda acreditada la contratación de la línea por medio de prueba documental y personal, “no existen más argumentos que la propia convicción subjetiva del Tribunal acerca de cuál fue la forma de pago pactada entre las implicadas”. El Alto Tribunal considera que el de instancia no razona (ni tampoco declara probado) cuál es la prueba de los hechos sobre los que se vertebra la conducta engañosa.

Finalmente, la Sala estima parcialmente el último motivo del recurso, que alegaba ausencia de proporcionalidad de las penas, si bien sobre la perspectiva de que la previa absolución por los delitos de apropiación indebida y estafa alteran la proporcionalidad de la condena. En este sentido, el TS acude a su propia jurisprudencia para permitirse corregir cualquier error de Derecho suficientemente constatado en beneficio del reo<sup>1272</sup>.

### **3. Comentario**

#### **3.1. Introducción**

El recurso de casación que ocasiona la STS 375/2018, de 19 de julio contiene cuatro motivos, tres de los cuales se refieren a deficiencias en la prueba de los delitos y que, por tanto, son analizados por el Tribunal Supremo conjuntamente; y el cuarto, que señala que el Tribunal de instancia no ha respetado el principio de proporcionalidad.

Con respecto a los tres primeros motivos, la sentencia objeto de estudio analiza el alcance de un recurso de casación por infracción de ley y, posteriormente, revisa la valoración

---

<sup>1272</sup> Véanse, entre otras, las SSTS 625/2010, de 6 de julio; 139/2009, de 24 de febrero; 268/2009, de 19 de febrero.

judicial de instancia de las pruebas practicadas con respecto a cada uno de los delitos impugnados.

### **3.2. Alcance del recurso de casación**

Tal y como destaca la sentencia, la función del recurso de casación “es comprobar la aplicación del derecho realizada por el tribunal de instancia a unos hechos que deban permanecer inalterados”. En este sentido, el Alto Tribunal señala que la infracción alegada por el recurrente debe versar sobre un precepto penal sustantivo y que el órgano casacional no puede alterar hechos que en la instancia se han declarado probados. En este sentido, la citada resolución cita la STS 121/2008, de 26 de febrero, que señala al respecto que “el ámbito propio de este recurso queda limitado al control de la juridicidad, o sea, que lo único que en él se puede discutir es si la subsunción que de los hechos hubiese hecho el Tribunal de instancia en el precepto penal de derecho sustantivo aplicado es o no correcta jurídicamente, de modo que la tesis del recurrente no puede salirse del contenido del hecho probado”.

Ello no obstante, el Tribunal Supremo reconoce en la sentencia objeto de análisis –la STS 375/2018, de 19 de julio- que la invocación de la infracción del precepto constitucional del 24.2 CE (fundamentalmente, en cuanto se refiere al derecho a la presunción de inocencia), permite la revisión casacional de la licitud de la prueba practicada en la que se fundamenta el fallo, de su suficiencia para desvirtuar la presunción de inocencia y la razonabilidad de las inferencias realizadas<sup>1273</sup>. Es decir, que pese a que la casación no permite un estudio de los hechos declarados probados por la sentencia recurrida, es posible que el Tribunal Supremo realice, sobre la base de este motivo, una "revisión íntegra" de las cuestiones jurídica y fácticas en que se fundamenta la declaración de culpabilidad, a través del control de la aplicación de las reglas procesales y de valoración de la prueba.

A estos efectos, el Alto Tribunal analiza si existió actividad probatoria; si se realizó con observancia de la legalidad en su obtención y se ha practicado en el juicio oral bajo la vigencia de los principios de inmediación, oralidad, contradicción efectiva y publicidad; y, finalmente, si el razonamiento de la convicción obedece a criterios lógicos y razonables que permitan su consideración de prueba de cargo. Así, el TS exige que, en

---

<sup>1273</sup> La STS 375/2018, de 19 de julio cita al efecto de esta afirmación la STC 60/2008, de 26 de mayo.

estos casos, se verifiquen tres circunstancias: que existió prueba de cargo, que la misma era suficiente para provocar el decaimiento de la presunción de inocencia y que el Tribunal de instancia explicitó los razonamientos que justificaban el decaimiento de la presunción de inocencia.

### **3.3. Impugnación de pruebas tecnológicas**

Uno de los motivos de impugnación de la sentencia recurrida –y el que aquí interesa– rechaza la valoración hecha por el Tribunal de instancia a la declaración de la víctima y a unos mensajes de WhatsApp con respecto a la condena por el delito de estafa agravada. El recurrente considera que la declaración de la denunciante no merece credibilidad y que existen serias dudas sobre la cadena de custodia de los mencionados mensajes.

La impugnación de los mensajes de la aplicación de mensajería instantánea se refuerza en la STS 300/2015, de 19 de mayo, que reconoce que existe la posibilidad de manipulación de dichas conversaciones y que considera indispensable que la mencionada prueba se someta a un reconocimiento pericial en caso de que la prueba sea impugnada. Como se verá, el Tribunal Supremo utiliza esta resolución para corregir la errónea interpretación que, desde distintas instancias, se está realizando de la STS 300/2015, de 19 de mayo.

#### **3.3.1. Necesidad de practicar prueba instrumental**

Una de las cuestiones suscitadas en el recurso de casación examinado por la STS 375/2018 es la necesidad de practicar prueba pericial para acreditar la autenticidad de la prueba tecnológica.

Al respecto, el recurrente señala que la STS 300/2015, de 19 de mayo indica expresamente que *«la prueba de una comunicación bidireccional mediante cualquiera de los múltiples sistemas de mensajería instantánea debe ser abordada con todas las cautelas. La posibilidad de una manipulación de los archivos digitales mediante los que se materializa ese intercambio de ideas, forma parte de la realidad de las cosas. El anonimato que autorizan tales sistemas y la libre creación de cuentas con una identidad fingida, hacen perfectamente posible aparentar una comunicación en la que un único usuario se relaciona consigo mismo. De ahí que la impugnación de la autenticidad de cualquiera de esas conversaciones, cuando son aportadas a la causa mediante archivos de impresión, desplaza la carga de la prueba hacia quien pretende aprovechar su*

*idoneidad probatoria. Será indispensable en tal caso la práctica de una prueba pericial que identifique el verdadero origen de esa comunicación, la identidad de los interlocutores y, en fin, la integridad de su contenido».*

Sin embargo, tal y como advierte el Tribunal Supremo en la resolución aquí comentada, es necesaria una lectura completa de la mencionada sentencia del año 2015 que permita comprender que, pese a que señale las posibilidades de manipulación de las pruebas tecnológicas, las admita sin necesidad de realizar dictamen pericial sobre las mismas. En este sentido, es preciso continuar la lectura de la STS 300/2015, en tanto en cuanto señala que *no lo es menos que también señala que «Pues bien, en el presente caso, dos razones son las que excluyen cualquier duda. La primera, el hecho de que fuera la propia víctima la que pusiera a disposición del Juez de instrucción su contraseña de Tuenti con el fin de que, si esa conversación llegara a ser cuestionada, pudiera asegurarse su autenticidad mediante el correspondiente informe pericial. La segunda, el hecho de que el interlocutor con el que se relacionaba Vidal, fuera propuesto como testigo y acudiera al plenario. Allí pudo ser interrogado por las acusaciones y defensas acerca del contexto y los términos en que la víctima - NUM001 .- y el testigo - NUM002 .- mantuvieron aquel diálogo».*

Así, si bien es cierto que el TS admite la posibilidad de manipulación de las pruebas tecnológicas y la idoneidad de practicar prueba instrumental, no lo es menos que también señala la eventualidad de practicar otros medios de prueba. En este sentido, el Alto Tribunal indica que “No es posible entender, como se deduce del recurso, que estas resoluciones establezcan una presunción *iuris tantum* de falsedad de estas modalidades de mensajería, que debe ser destruida mediante prueba pericial que ratifique su autenticidad y que se debe practicar en todo caso; sino que, en el caso de una impugnación (no meramente retórica y en términos generales) de su autenticidad -por la existencia de sospechas o indicios de manipulación- se debe realizar tal pericia acerca del verdadero emisor de los mensajes y su contenido. Ahora bien, tal pericia no será precisa cuando no exista duda al respecto mediante la valoración de otros elementos de la causa o la práctica de otros medios de prueba”.

Se observa, por tanto, que la prueba pericial informática sólo será recomendable para acreditar la autenticidad e integridad de una prueba tecnológica impugnada cuando sea necesario evidenciar unos extremos que no puedan probarse por otros medios.



### 3.3.2. Principio de prueba

El TS, tras justificar que la prueba tecnológica no necesita de pericial informática obligada para acreditar su autenticidad, señala una serie de motivos que, a su juicio, permiten al juzgador no dudar de la integridad de la misma. Los argumentos que el Alto Tribunal refiere para rechazar dudas respecto de la autenticidad de la prueba tecnológica son que “la propia víctima pone a disposición del Juez de Instrucción su teléfono móvil, del que directamente se consultan y transcriben los mensajes por el Letrado de la Administración de Justicia” y que “el uso de este número es atribuido a la acusada”.

A estos motivos, el TS añade que “la forma y modo en que los mensajes se obtuvieron despeja cualquier duda sobre tales extremos, que no surgen por el mero hecho de que el recurrente indique que pudieron haber sido objeto de manipulación o que existen serias dudas sobre la cadena de custodia de los mensajes, ya que se trata de argumentos puramente retóricos y no sustentados en un indicio mínimamente objetivo sobre que ello hubiera sucedido así”. Con esta afirmación, el TS se adhiere, si bien no lo hace de manera expresa, a la doctrina que exige que el impugnante aporte un principio de prueba para refutar la prueba tecnológica.

Esta corriente aboga por exigir que las alegaciones impugnatorias de la autenticidad e integridad de la prueba tecnológica estén acompañadas de razonamientos lógicos, creíbles y serios para iniciar el proceso de su acreditación<sup>1274</sup>. La mencionada idea se ha ido

---

<sup>1274</sup> FUENTES SORIANO, O., “Las comunicaciones telemáticas...”, *Op. Cit.*, p. 293; FUENTES SORIANO, O., “La intervención de las comunicaciones tecnológicas...”, *Op. Cit.*, p. 281; FUENTES SORIANO, O., “La impugnación de la...”, *Op. Cit.*, p. 6 del documento de Word facilitado por la autora; SANJURJO RÍOS, E.I., “Las conversaciones de WhatsApp como objeto...”, *Op. Cit.*, p. 524. En el mismo sentido, ARBÓS I LLOBET expone que “debería evitarse la admisión de impugnaciones de carácter genérico, siendo conveniente la realización de una manifestación expresa que contenga una base mínimamente razonable para suscitar la duda en relación a la autenticidad” y añade que esta impugnación “debería ser suficientemente clara como para poder establecer, a partir de ella, qué mecanismo de prueba puede resultar más adecuado para poder concluir la certeza o no de la misma”, vid. ARBÓS I LLOBET, R., “Impugnación de documento privado”, *Op. Cit.*, p. 511. También refiere la necesidad de aportar un principio de prueba que apoye a las manifestaciones que duden de las condiciones de autenticidad o de exactitud de la prueba BETRÁN PARDO, A.I., “Las contenidos de WhatsApp como medio probatorio en el ámbito de las diligencias urgentes por delitos de violencia contra la mujer...”, *Cit.*, que aboga por que las alegaciones de la impugnación sean serias, claras y exhaustivas y cita la SAP de Vizcaya 90308/2014, de 24 de julio, que afirma que “la mera protesta de que el WhatsApp es manipulable y de que las conversaciones pudieron ser mantenidas por el anterior titular, es manifiestamente insuficiente para alterar la valoración probatoria en el sentido interesado en el recurso. Todo apunta a la autoría de la receptación por el acusado, ya que los objetos sus traídos aparecen en su teléfono que él dice adquirido de segunda mano, sin dar ningún dato sobre a quién, persona desconocida que además habría resultado ser el autor de los mensajes de *WhatsApp*. En opinión del Tribunal, esta versión no tiene el relieve necesario ni la credibilidad mínima para representar una hipótesis alternativa razonable a la que la sentencia ha elevado a categoría de hechos probados en la sentencia sobre la base de la prueba practicada en el juicio oral”.

dibujando paulatinamente en la jurisprudencia<sup>1275</sup>, incluidas aquellas resoluciones que descartan las tesis impugnatorias que resultan del todo rocambolescas y ausente de más justificación que las únicas afirmaciones del impugnante<sup>1276</sup> y defienden la necesidad de que la impugnación no se reduzca a alegaciones vacías de argumentos, si bien sin hacer referencia expresa a exigir un “principio de prueba”<sup>1277</sup>.

En misma línea se pronuncia también el *Dictamen nº 1/2016 de la unidad de Criminalidad Informática de la Fiscalía General del Estado sobre la valoración de las evidencias en soporte papel o en soporte electrónico aportadas al proceso penal como medio de prueba de comunicaciones electrónicas*, que señala que las consecuencias de la impugnación de la evidencia aportada y, en particular el desplazamiento de la carga de la prueba, vendrá determinado necesariamente por la propia razonabilidad y seriedad del planteamiento impugnatorio mismo, lo que habrá de valorarse en cada asunto en particular<sup>1278</sup>.

En este contexto, el principio de prueba puede entenderse como la necesidad de que concurra algún elemento externo, indicio o argumento que haga mínimamente creíble la impugnación de la autenticidad e integridad de una prueba aportada de contrario<sup>1279</sup>, sin

---

<sup>1275</sup> Así, la SAP de Las Palmas de Gran Canarias 26/2016, de 2 de febrero, que revoca la sentencia apelada basándose en que habiendo impugnado el recurrente el *WhatsApp* en el que se basaba la denuncia, le correspondía a la denunciante acreditar que el mismo ha existido realmente y que no se ha manipulado (“le correspondía a la denunciante acreditar el verdadero origen de la comunicación, la identidad de los interlocutores y la integridad de su contenido y en este caso, no ha sido así”).

<sup>1276</sup> Una buena muestra de que las alegaciones impugnatorias deben ser serias es la SAP de Málaga 17/2016, de 18 de enero, que expone que “la tesis insinuada por la defensa de que tales mensajes (impugnados) fueron remitidos por la propia víctima a su propio correo electrónico desde el ordenador del acusado debe ser descartada pues carece de fundamento y prueba, e implicaría que la denunciante, en una de las visitas a la casa de su entonces pareja, accedió al ordenador del acusado con las claves de seguridad de este y desde dicho ordenador se remitió los mensajes amenazantes, tesis conspiradora de la que no existe sustento o indicio razonable alguno”.

<sup>1277</sup> Sirva de ejemplo la STS 1409/2014, de 21 de mayo, que expone que “la defensa en el trámite de cuestiones previas impugnó las grabaciones en tanto las mismas no fueran objeto de ratificación y reproducción; alegación que no constituye una impugnación formal. No se apunta dato alguno que pueda servir de indicio de una supuesta alteración de la cinta incorporada a autos”; o la SAP de Madrid 583/2017, de 18 de octubre, cuando indica que “nada ha dicho el acusado que nos pueda llevar a considerar que los *WhatsApp* aportados por la denunciante no los hayan enviado él o tengan un contenido diferente al que consta en las actuaciones. Es más ninguna prueba pericial ha solicitado para acreditar la manipulación de los mismos, o los ha impugnado una vez que tuvo conocimiento de ellos para que la acusación pudiera aportar prueba de su autenticidad. Es decir se ha impugnado la prueba documental sin que conste que tacha se hace a la misma sólo se dice que no se ha producido un cotejo por prueba pericial mediante remisión de oficio a la operadora, pero nada se alega sobre su contenido que le prive de validez. Sobre todo cuando la defensa del acusado a lo largo de las actuaciones ha pivotado sobre dicha prueba ya que considera que se está ante un supuesto de riña mutua. (...) En este caso ya hemos dicho que no se ha impugnado la autenticidad de las conversaciones al limitarse la parte a decir que no se ha practicado prueba pericial”.

<sup>1278</sup> Vid. p. 3 del *Dictamen nº 1/2016 de la unidad de Criminalidad Informática de la Fiscalía General del Estado sobre la valoración de las evidencias en soporte papel o en soporte electrónico aportadas al proceso penal como medio de prueba de comunicaciones electrónicas*.

<sup>1279</sup> En este sentido, DELGADO MARTÍN señala que para que exista una impugnación con suficiente seriedad pueden tenerse en cuenta varios elementos como “la existencia de razones en las que se

llegar al extremo de exigir a la parte impugnante prueba cierta<sup>1280</sup>. Así, no se trata de que la parte aporte y practique verdadera prueba que acredite la falsedad o la manipulación de la prueba que impugna, sino que sostenga argumentos sólidos que pongan en duda la autenticidad o integridad de la prueba impugnada<sup>1281</sup>.

Así, ARBÓS I LLOBET expone que “debería evitarse la admisión de impugnaciones de carácter genérico, siendo conveniente la realización de una manifestación expresa que contenga una base mínimamente razonable para suscitar la duda en relación a la autenticidad” y añade que esta impugnación “debería ser suficientemente clara como para poder establecer, a partir de ella, qué mecanismo de prueba puede resultar más adecuado para poder concluir la certeza o no de la misma”<sup>1282</sup>.

Esta exigencia doctrinal de incorporar un principio de prueba sobre la posible falsedad de la prueba de adverso y, cada vez en mayor medida, jurisprudencial cumple una doble función. De una parte, sirven al Juez para dudar de la ausencia de autenticidad o integridad y, por tanto, decretar el proceso de adveración; y, de otra, contribuyen a la defensa de la impugnación para el caso de que, tras la impugnación y posterior proceso probatorio para su acreditación, la falsedad o veracidad de la prueba tecnológica no sea concluyente y la prueba impugnada sea valorada en conjunto con las restantes del acervo probatorio.

En definitiva, esta sentencia recoge la doctrina que ya expuso la STS 300/2015, de 19 de mayo y que fue interpretada erróneamente: que será necesario un principio de prueba para impugnar una prueba tecnológica y que su adveración podrá realizarse por cualquier medio de prueba legalmente previsto (y no sólo el pericial informático).

---

fundamente la concreta impugnación (...) así como el propio contenido de las mencionadas razones” o “la propia diligencia de la parte impugnante al proponer medios probatorios que puedan menoscabar la integridad y/o autenticidad de la prueba digital propuesta de contrario”, vid. DELGADO MARTÍN, J., *Investigación tecnológica y prueba digital...*, *Op. Cit.*, pp. 85-86.

<sup>1280</sup> FUENTES SORIANO, O., “La impugnación de la...”, *Op. Cit.*, p. 6 del documento de Word facilitado por la autora. Así, FUENTES SORIANO se pregunta si “cabría plantearse si el mero cuestionamiento infundado respecto de la integridad de la comunicación aportada puede ser suficiente como para poner en marcha todo el sistema de probatorio de traslación de la carga de dicha complicada prueba”, en FUENTES SORIANO, O., “La impugnación de la...”, *Op. Cit.*, p. 5 del documento de Word facilitado por la autora. De la misma opinión, SANJURJO RÍOS, E.I., “Las conversaciones de WhatsApp como objeto de investigación...”, *Op. Cit.*, p. 524.

<sup>1281</sup> FUENTES SORIANO, O., “La impugnación de la...”, *Op. Cit.*, p. 6 del documento de Word facilitado por la autora, indica que “puede constituir un principio de prueba la proposición de algún mecanismo probatorio que, de practicarse, pueda arrojar como resultado la aseveración de la impugnación presentada y con ello una influencia decisiva en la resolución final del litigio”.

<sup>1282</sup> Vid. ARBÓS I LLOBET, R., “Impugnación de documento privado”, en *La prueba documental* (Dir. ABEL LLUCH, PICÓ I JUNOY; Coord. GINÉS CASTELLET), Colección de Formación Continua Facultad de Derecho Esade. Serie Estudios Prácticos sobre los Medios de Prueba, BOSCH, 2010, p. 511.

Estas afirmaciones también se manifiestan en la STS 754/2015, de 27 de noviembre, con lo que podemos deducir que estas tres sentencias del Alto Tribunal constituyen doctrina asentada en la materia.

#### **4. Conclusiones**

Del análisis de la STS 375/2018, de 19 de julio, se extraen las siguientes conclusiones:

- I. La jurisprudencia permite la revisión de los hechos probados en la instancia por medio del recurso de casación si el recurrente alega vulneración del precepto constitucional del 24 CE
- II. La acreditación de la prueba tecnológica impugnada puede venir dada por cualquier medio probatorio puede constituir prueba instrumental para acreditar la autenticidad de la prueba tecnológica impugnada y no, únicamente, por medio de la prueba pericial informática
- III. Debiera exigirse al impugnante un principio de prueba que fundamente sus alegaciones con motivos serios y coherentes sobre la falsedad de la prueba tecnológica impugnada. Este principio de prueba que debe entenderse como aquellos argumentos razonables; explicaciones serias; o cualquier dato o elemento que doten de cierta verosimilitud el motivo de impugnación de la mencionada prueba

#### **5. Bibliografía**

- ARBÓS I LLOBET, R., “Impugnación de documento privado”, en *La prueba documental* (Dir. ABEL LLUCH, PICÓ I JUNOY; Coord. GINÉS CASTELLET), Colección de Formación Continua Facultad de Derecho Esade. Serie Estudios Prácticos sobre los Medios de Prueba, BOSCH, 2010
- ARRABAL PLATERO, P., “El Whatsapp como fuente de prueba”, en *El proceso penal. Cuestiones fundamentales* (Coord. FUENTES SORIANO), Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 351-362

- DELGADO MARTÍN, J., *Investigación tecnológica y prueba digital en todas las jurisdicciones*, Wolters Kluwer, Las Rozas, 2016
- FUENTES SORIANO, O., “La impugnación de la prueba digital”, en *Processulus*, en prensa
- FUENTES SORIANO, O., “La intervención de las comunicaciones tecnológicas tras la reforma de 2015”, *El nuevo proceso penal tras las reformas de 2015*, Atelier, Barcelona, 2016,
- FUENTES SORIANO, O., “Las comunicaciones telemáticas: aportación y valoración de la prueba”, en *El proceso penal. Cuestiones fundamentales* (Coord. FUENTES SORIANO), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 277-301
- SANJURJO RÍOS, E.I., “Las conversaciones de WhatsApp como objeto de investigación y prueba en el proceso penal”, *JUSTICIA. Revista de Derecho Procesal*, 2017, nº 1

