VNIVERSITAT DE VALÈNCIA

FACULTAD DE DERECHO

Departamento de Derecho Administrativo y Procesal

Área de Derecho Procesal

Programa de Doctorado en Derecho, Ciencia Política y Criminología

TESIS DOCTORAL

DILIGENCIAS DE INVESTIGACIÓN TECNOLÓGICAS, DERECHOS FUNDAMENTALES Y EVENTUAL PRUEBA ILÍCITA EN EL PROCESO PENAL ESPAÑOL Y ECUATORIANO

Presentada por:

NINO GIOVANNY DROUET CAMPO

Dirigida por:

Dr. D. RAFAEL BELLIDO PENADÉS

Valencia, 29 de noviembre de 2023

ÍNDICE

SIGLAS Y ABREVIATURAS..... IX

INTRODUCCIÓN…….1

I. INTERÉS Y JUSTIFICACIÓN DE ESTA INVESTIGACIÓN 1

II. OBJETIVO Y SISTEMATIZACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN 5

III. METODOLOGÍA.....8

CAPÍTULO I. LAS DILIGENCIAS DE INVESTIGACIÓN TECNOLÓGICAS INVASIVAS DE DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL DERECHO PROCESAL PENAL ESPAÑOL.....11

I. LOS MÉTODOS TECNOLÓGICOS DE INVESTIGACIÓN PENAL 11

1. El delito en la era digital……..……11

2. El factor criminológico de las TIC…….12

3. Nuevas tecnologías y nuevas formas de investigación……..14

II. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA ERA DIGITAL 16

1. El derecho fundamental a la intimidad y privacidad……...17

1.1. Antecedentes conceptuales del derecho a la intimidad 17

1.2.- El derecho a la intimidad en el ordenamiento internacional 27

1.3.- El derecho a la intimidad en Europa continental.....29

1.4.- El derecho a la intimidad en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 32

1.5.- El derecho a la intimidad como derecho fundamental 41

1.6.- El derecho a la intimidad en la Constitución y la ley española.....42

1.7.- Titulares del derecho a la intimidad 47

1.8. Intimidad como derecho entre particulares 50

1.9. Privacidad, vida privada e intimidad 52

1.10. Derecho a la intimidad en la era tecnológica.....54

2. El derecho fundamental al secreto de las comunicaciones…...…….....56

2.1. Orígenes históricos 56

2.2. Concepto.....59

2.3. Elementos que conforman el derecho al secreto de la comunicación 61
2.3.4. Medio de trasmisión 65
2.3.5. Secreto de lo comunicado.....67
2.4. Titularidad del derecho.....74
2.5. La nueva forma de entender el secreto de las comunicaciones 75
2.6. La doctrina sobre la expectativa razonable de la privacidad.....77
2.7. El derecho al secreto de las comunicaciones y el derecho a la intimidad 80
3. El derecho fundamental a la protección de datos…….82
4. La utilización de los datos personales en la investigación penal y prueba de los delitos.....87
4.1. Personas relacionadas directamente con la infracción penal.....90
4.2. Personas relacionadas indirectamente con la infracción penal.....91
4.3. Algunos aspectos procesales sobre el tratamiento de datos personales en el ámbito penal 92
CAPÍTULO II. LAS MEDIDAS DE INVESTIGACIÓN TECNOLÓGICAS EN EL DERECHO PROCESAL PENAL ESPAÑOL.....97
I. APARICIÓN DE LAS MEDIDAS 97
II. DISPOSICIONES COMUNES DE LAS MEDIDAS DE INVESTIGACIÓN TECNOLÓGICA.....102
1. Principios rectores…….102
1.1. Principio de legalidad.....104
1.2. Principio de especialidad.....106
1.3 Principio de idoneidad.....109
1.4. Principio de necesidad.....111
1.5. Principio de excepcionalidad.....114
1.6. Principio de proporcionalidad 116
2. Reglas generales…….126
2.1. Autorización judicial 126
2.1.1. La solicitud. Contenido.....131
2.1.1.1. La descripción del hecho y la identidad del investigado o de cualquier afectado.....134
2.1.1.2. Justificación de la necesidad de la medida y de los indicios de criminalidad.....135

2.1.1.3. Los datos de identificación del investigado o encausado 136
2.1.1.4. La extensión de la medida con especificación de su contenido 137
2.1.1.5. La unidad investigadora de la Policía Judicial que se hará cargo de la intervención. 137
2.1.1.6. La forma de ejecución de la medida 138
2.1.1.7. La duración de la medida que se solicita 138
2.1.1.8. El sujeto obligado que llevará a cabo la medida, en caso de conocerse 139
2.1.2. La resolución judicial 139
2.2. Secreto 143
2.3. Duración, prórroga y control de la medida 145
2.4. Cese de la medida 149
2.5. Afectación de terceras personas 150
2.6. Utilización de la información obtenida en un procedimiento distinto y descubrimientos casuales 151
2.7. Destrucción de registros 158
III. LA INTERCEPTACIÓN DE LAS COMUNICACIONES TELEFÓNICAS Y TELEMÁTICAS EN ESPAÑA. 158
1. La intervención de las comunicaciones telefónicas 159
1.1. Antecedentes 160
1.2. Concepto 161
2. La intervención de las comunicaciones telemáticas 163
3. Régimen jurídico de la intervención de las comunicaciones telefónicas y telemáticas 165
3.1. Alcance de las medidas 165
3.2. Presupuestos de las medidas 165
3.3. Ámbito 168
3.4. Ámbito subjetivo y afectación a terceros 172
3.5. Solicitud de autorización judicial 173
3.6. Deber de colaboración 174
3.7. Control de la medida 175
3.8. Duración y prórroga 179
3.9. Acceso a las grabaciones de las partes procesales y terceros afectados con la medida ... 180

IV. LA CAPTACIÓN Y GRABACIÓN DE COMUNICACIONES ORALES MEDIANTE LA UTILIZACIÓN DE DISPOSITIVOS ELECTRÓNICOS 183
1. Antecedentes……...183
2. Objeto……..189
3. Presupuestos habilitantes……..193
4. La resolución judicial……197
5. Control judicial de la ejecución de la medida…….200
6. Cese de la medida.....203
V. UTILIZACIÓN DE DISPOSITIVOS TÉCNICOS DE CAPTACIÓN DE LA IMAGEN, DE SEGUIMIENTO Y DE LOCALIZACIÓN 204
1. Antecedentes……...204
2. Utilización de dispositivos técnicos de captación de la imagen……..205
2.1. Presupuestos y características.....205
2.2. Ámbito de aplicación.....207
3. Uso de dispositivos o medios técnicos de seguimiento y localización……209
3.1. Presupuestos 211
3.2. Especificación del medio técnico a ser utilizado.....212
3.3. Deber de colaboración.....212
3.4. Razones de urgencia 213
3.5. Duración de la medida.....213
3.6. Control y destino de la información obtenida 214
VI. REGISTRO DE DISPOSITIVOS DE ALMACENAMIENTO MASIVO DE INFORMACIÓN 215
1. Regulación legal…...……..217
2. El objeto de la medida……...218
3. Incautación y acceso de dispositivos con motivo de un registro domiciliario……..220
4. Incautación de dispositivos fuera del registro domiciliario……...222
5. Garantía jurisdiccional…….223
6. Alcance y término del registro…….226
7. Forma de ejecución de la medida……228
8. Deber de colaboración……..230

VII. EL REGISTRO REMOTO DE EQUIPOS INFORMÁTICOS 232
1. Presupuestos……...233
2. Contenido de la resolución judicial……..234
3. Extensión de la medida……..240
4. Deber de colaboración……...241
5. Duración de la medida……...243
CAPÍTULO III. LAS MEDIDAS DE INVESTIGACIÓN TECNOLÓGICAS EN EL DERECHO PROCESAL PENAL ECUATORIANO. 247
I. CONSIDERACIONES INICIALES 247
1. La implementación de las TIC en el proceso penal ecuatoriano……...247
2. Origen de las medidas de investigación tecnológicas en el proceso penal ecuatoriano…….249
3. Clasificación de las medidas de investigación tecnológicas en el derecho procesal penal ecuatoriano…….252
II. LA PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA INTIMIDAD Y PRIVACIDAD E INVIOLABILIDAD DE LA CORRESPONDENCIA EN EL MARCO DE LA CADH.. 253
1. Ámbito supranacional……...255
2. El derecho a la intimidad en el ordenamiento constitucional y la legislación ecuatoriana…….257
3. Exigencias que deben cumplir las limitaciones de los derechos fundamentales en el marco de la Convención Americana de Derechos Humanos…….261
4. Condiciones para legitimar la injerencia en el derecho fundamental del investigado en el proceso penal ecuatoriano…….263
4.1. Exigencias supranacionales 264
III. PRINCIPIOS RECTORES DE LAS MEDIDAS DE INVESTIGACIÓN TECNOLÓGICAS…….279
1. El principio de idoneidad……..282
2. El principio de necesidad……..282
3. El principio proporcionalidad……..283

IV. LA INTERCEPTACIÓN DE COMUNICACIONES O DATOS INFORMÁTICOS EN EL PROCESO PENAL ECUATORIANO 284
1. Presupuestos……...284
1.1. Solicitud fiscal de la medida.....285
1.2. Autorización judicial de la medida.....287
2. Los sujetos intervinientes……..290
2.1. Sujetos activos.....290
2.2. Sujetos pasivos 292
3. El requisito de relevancia……..294
4. Duración, prórroga y control de la ejecución de la medida……...295
4.1. Duración 295
4.2. Prórroga 296
4.3. Control judicial de la ejecución.....298
5. El derecho a la eliminación de información no relevante para la investigación……..301
6. Delitos sobre los que recae la intervención de las comunicaciones o dispositivos informáticos en Ecuador……...304
7. Uso de la información obtenida con la medida y la obligación de guardar el secreto……..309
7.1. Información obtenida con la intervención para utilizarla en un proceso diferente. 309
7.2. Información obtenida con la intervención para iniciar una investigación diferente.....310
8. La obligación de guardar secreto…….312
9. Forma de realizarse la intervención y fines de la medida……..314
10. Ámbito de aplicación de las intervenciones de las comunicaciones o datos informáticos y la afectación a terceros según el COIP……..315
11. La prohibición de la intervención de las comunicaciones por razones del secreto profesional o religioso……317
12. Introducción al proceso de las comunicaciones o datos informáticos obtenidos con la medida…….320
13. Conservación y almacenamiento de la información conseguida con la intervención……323

14. Prohibición de interceptación de comunicaciones o datos informáticos en razón de la edad o condición especial……...324
V. LA GRABACIÓN DE IMAGEN Y SONIDO.....326
1. Regulación legal……..326
1.1 Presupuestos subjetivos 326
1.2. Presupuestos objetivos para la procedencia de las grabaciones realizadas por los medios de comunicación, cámaras de seguridad, vigilancia y particulares.....330
2. Incorporación al proceso y finalidad probatoria…….333
3. Tratamiento procesal de las grabaciones…….334
VI. LA DEFICIENTE REGULACIÓN CONTENIDA EN LA NORMATIVA PROCESAL ECUATORIANA. 335
CAPÍTULO IV. DILIGENCIAS DE INVESTIGACIÓN TECNOLÓGICA Y PRUEBA ILÍCITA EN EL PROCESO PENAL.....339
I. LA PRUEBA PENAL Y SU ILICITUD PROBATORIA EN ESPAÑA.....341
1. Sus antecedentes en la jurisprudencia de los Estados Unidos de Norteamérica y cambio de fundamentación de la *exclusionary rule*……..341
2. El concepto de prueba ilícita en España……360
2.2.1. El concepto de prueba ilícita en la doctrina.....…361
2.2.2. El concepto de prueba ilícita en la jurisprudencia.....363
3. La prueba ilícita en la legislación española……..367
3.1. Alcance de la expresión “no surtirá efecto” 367
3.2 Posible excepción al término “no surtirá efecto” 372
3.3. Alcance de la expresión “las pruebas obtenidas” 375
3.4. La expresión “directa o indirectamente” 377
4. Teoría de los frutos del árbol envenenado y sus excepciones…….377
4.1. La teoría de la fuente independiente.....382
4.2. La excepción del descubrimiento inevitable 384
4.3. La conexión de antijuridicidad 387
4.4 La buena fe policial 391
4.5. La prueba ilícita obtenida por particulares 393
5. La actual consideración de la prueba ilícita en el ordenamiento jurídico español…..397

II. LA PRUEBA ILÍCITA EN ECUADOR 400
1. La prueba ilícita en la legislación ecuatoriana y su crítica…….400
2. Naturaleza jurídica de la prueba ilícita ecuatoriana……404
3. Los elementos que integran la prueba ilícita ecuatoriana……..405
3.1. Elemento objetivo.....405
3.2. El elemento subjetivo o personal.....408
3.3. El elemento espacial 409
3.4. El elemento procesal.....410
4. Momento de la exclusión de la prueba ilícita……411
5. La aplicación de la teoría del fruto del árbol envenenado en el proceso penal ecuatoriano ……..412
5.1. La prueba ilícita derivada o refleja en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos……414
5.2. Toma de posición respecto a la inclusión de la prueba ilícita en la legislación ecuatoriana…….419
CONCLUSIONES 423
BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA 439
ANEXO JURISPRUDENCIAL 461

SIGLAS Y ABREVIATURAS

art.	Artículo
BOE	Boletín Oficial del Estado
CADH	Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), 22 de noviembre de 1969
CE	Constitución Española, 29 de diciembre de 1978
CEDH	Convenio Europeo de Derechos Humanos, ratificado por España el 10 de octubre de 1979, BOE número 243
CENDOJ	Centro de documentación judicial
CIDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
COFJ	Código Orgánico de la Función Judicial del Ecuador, Registro Oficial Suplemento 544 de 9 marzo de 2009. Ultima modificación, 22 de mayo de 2015
COIP	Código Orgánico Integral Penal ecuatoriano, de 10 de febrero de 2014. Ultima modificación, 29 de marzo de 2023
Coords.	Coordinadores
Coord.	Coordinador
CP	Código Penal ecuatoriano, de 22 de enero 1971, (derogado por el COIP)
CPP	Código de Procedimiento Penal ecuatoriano, de 13 de ene de 2000 (derogado por el COIP)

CNI	Centro Nacional de Inteligencia de España
CONUCDT	Convención de Las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional
CRE	Constitución República del Ecuador, de 20 de octubre de 2008. Ultima modificación: 25 de enero de 2021
DINCOTE	Dirección Nacional Contra el Terrorismo de Perú
Dir.	Director
Dirs.	Directores
FGE	Fiscalía General del Estado
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil. Ley 1/2000, de 7 de enero
LCE	Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos de Ecuador. Ley 67, de 17 de abril de 2002
LCDCE	Ley de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones de España, de 18 de octubre de 2007
LECrim	Ley de Enjuiciamiento Criminal. Real Decreto de 14 de septiembre de 1882
LO	Ley Orgánica
LOGJCC	Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional de Ecuador, de 22 de octubre de 2009

LOPDT	Ley Orgánica de Protección de Datos Personales de España, de 5 de diciembre de 2008
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial. Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio
LORTAD	Ley Orgánica de Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter Personal. Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre
NT	Nuevas tecnologías
núm.	Número
OCDE	Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico
op. cit.	Obra citada
p.	Página
pp.	Páginas
párr.	Párrafo
RSICDI	Reglamento para el subsistema de Interceptación de Comunicaciones o datos informáticos de Ecuador, de 12 de septiembre 2022
RGPD	Reglamento general de protección de datos, de 27 de abril de 2016
RO	Registro Oficial
SICOM	Subsistema de Interceptación de Comunicaciones o Datos Informáticos de Ecuador

SITEL	Sistema de escucha telefónicas del Ministerio del Interior español
ss.	siguientes
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STEDH	Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TC	Tribunal Constitucional
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TIC	Tecnología de la Información y Comunicación
TS	Tribunal Supremo
vol.	Volumen

INTRODUCCIÓN

I. INTERÉS Y JUSTIFICACIÓN DE ESTA INVESTIGACIÓN

Las tecnologías sin lugar a dudas han significado un gran avance para la sociedad en general. No existe actividad humana que se encuentre ajena a este paradigma. Como no podría ser de otra manera las actividades ilícitas también han sido inevitablemente influenciadas por las tecnologías respaldadas por la informática y las redes de comunicación, lo cual ha permitido que los delincuentes amplíen su campo de acción y sus efectos criminológicos de manera exponencial. Ante esta nueva variante delictiva que se ayuda de estos novedosos medios, los instrumentos tradicionales de investigación resultan insuficientes para contener sus efectos.

En este contexto la incorporación de las tecnologías al proceso penal resultaba inevitable si es que se quería tener éxito en la investigación y sanción de los responsables de las actuales formas de cometer delitos. En este sentido lo entendió el legislador español conforme destaca en el preámbulo IV 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, al señalar, entre otras cosas, que la ley no puede permanecer ajena a los cambios de los actuales tiempos donde la delincuencia se ha renovado gracias a las tecnologías, situación que ha dejado en evidencia la insuficiencia de la norma creada para épocas muy diferentes a las actuales.

En efecto, el derecho es un fenómeno dinámico que debe ir adaptando sus normas conforme aparezcan nuevas demandas en la sociedad. En este orden de ideas era necesario actualizar la norma de acuerdo a los retos impuesto por las tecnologías. En muchos de los casos los mismos instrumentos tecnológicos utilizados por la criminalidad pueden servir de valiosas fuentes de prueba para el descubrimiento de los delitos. Por lo tanto, resultaba necesario incorporar como herramientas de investigación a las tecnologías.

Una de las primeras diligencias de investigación tecnológicas legalizada fue la intervención telefónica, la misma que se regía por una normativa diminuta y deficiente. Esta reglamentación, además, sirvió de sustento para aplicar otras clases de medidas. La escasa regulación de estos instrumentos dio como consecuencias que muchos fallos jurisprudenciales de los más altos organismos de justicia, declaren como ineficaces las pruebas obtenidas con la interceptación telefónica por vulnerar los derechos fundamentales del encausado penalmente.

La imperiosa necesidad de regular esta clase de medidas fue remarcada por el Tribunal Constitucional español en su sentencia STC 145/2014 de 22 de septiembre, sumado al retraso del cumplimiento de la Directiva 2013/48 EU, el legislador no tuvo más opción que aprobar la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre.

De esta forma no solo se colman los vacíos legales de la intervención telefónica, sino, además, se incluyen nuevas diligencias de investigación tecnológicas. En definitiva, podemos señalar que la actual regulación española trata con buena técnica legislativa el ámbito de aplicación y desarrollo de las diligencias de investigación tecnológicas, sin embargo, como demostraremos a lo largo de este trabajo, existen algunas cuestiones legales que podrían afectar los derechos fundamentales y, con ello, producir eventualmente dentro del proceso penal una causa de prueba ilícita.

En relación a la realidad ecuatoriana, el legislador introduce por primera vez en el Código de Procedimiento Penal del año 2000 (en adelante CPP) la diligencia de interceptación y grabaciones telefónicas o de otro tipo; así como también lo referente a las grabaciones de audio o video realizadas por cámaras de seguridad o en lugares públicos. Todo este tema fue tratado de manera superficial en dos artículos[1], en donde se establecía como único requisito habilitante para la implementación de esta medida la autorización judicial por escrito al fiscal, siempre que este último lo considere indispensable para impedir la consumación de un delito, o para comprobar la existencia de uno ya cometido, o la responsabilidad de los partícipes. Mientras que para los casos de las grabaciones de audio o video realizadas por cámaras de seguridad o en lugares públicos, no era necesario obtener autorización judicial.

A pesar de esta escueta regulación, a diferencia de lo sucedido en España, la jurisprudencia ni la doctrina se ha preocupado por tratar este tema y dar soluciones a la deficiencia normativa. Esta desidia legislativa se refleja hasta la actualidad, pues, no obstante, de haberse aprobado en el año 2014 el moderno Código Orgánico Integral Penal, lo atinente a las diligencias de investigación tecnológicas casi no ha variado. Vemos así que se sigue manteniendo como medida tecnológica principal la interceptación de las comunicaciones, con la diferencia que se amplía esta técnica a los datos informáticos. Además, a diferencia de la anterior ley se exige solicitud fundamentada por parte del fiscal, se establece determinados

[1] Véase al respecto lo dispuesto en los artículos 155 y 156 del CPP.

requisitos de procedibilidad para la autorización de la intervención, así como plazos para ejecutar la intervención, entre otras mejoras. Sin embargo, se dejan fuera aspectos importantes como la inclusión de nuevas diligencias de investigación, el control judicial, afectación de terceros, especificación de los delitos que pueden soportar estas diligencias, etc.

Las diligencias de investigación tecnológicas constituyen un instrumento necesario para la consecución de los fines del proceso penal, sobre todo cuando se trata de combatir la actual delincuencia. Estas herramientas permiten al ente investigador acceder a información relevante para el ejercicio eficiente del *ius puniendi*. Sin la utilización de esta clase de medidas, no sería posible acceder a fuentes o pruebas como pueden ser los datos almacenados en ordenadores, celulares, redes sociales, etc. Por tal motivo su uso es frecuente y se depende mucho de ellas a la hora de recopilar material incriminatorio y frenar el avance de la delincuencia moderna.

El creciente uso de las diligencias de investigación tecnológicas en la era digital ha concitado importantes preocupaciones por lo invasivas que resultan para los derechos fundamentales, en especial a los de intimidad, comunicación, protección de datos, debido proceso por citar unos cuantos. En efecto, el empleo dentro de la investigación penal de medios tecnológicos como la vigilancia digital, los registros remotos de dispositivos o el procesamiento de grandes volúmenes de datos, plantean complejos retos en relación a la creciente exigencia de seguridad ciudadana, la preservación de los derechos fundamentales de los individuos inmersos en una causa penal y la eventual admisión al proceso penal de pruebas consideradas ilícitas por no haber respetado los derechos fundamentales.

En este orden de ideas el principal problema que representa la implementación de esta clase de medida es encontrar la adecuada proporción entre el derecho del Estado a perseguir y sancionar a los infractores de la ley y la obligación de garantizar los derechos fundamentales del ciudadano al momento de obtener prueba. En definitiva, cuando se rompe este equilibrio el ejercicio punitivo se convierte en arbitrio y se afecta las garantías a un juicio justo.

La inquietud por profundizar el estudio de este tema surge gracias a la sugerencia de mi director de tesis quien me hizo la propuesta de realizar la investigación sobre las diligencias de investigación tecnológicas en el proceso penal español y ecuatoriano. La influencia cultural de España desde época de la colonia que ha tenido sobre Ecuador y casi en todo Sudamérica, también influenció el área del derecho que por mucho tiempo se rigió por las leyes de Indias.

Sumado a que España siempre ha sido considerado un país adelantado en el ámbito jurídico por su abundante doctrina y jurisprudencia que ha dado origen a diversas teorías y principios acogidos por jueces y tribunales del Ecuador para fundamentar sus fallos, convirtió el presente tema en un análisis obligado para el mejoramiento de la actual legislativa ecuatoriana que basa la implementación de las diligencias de investigación tecnológicas principalmente en la intervención de comunicaciones o datos informáticos y deja fuera de esta ecuación a otras importantísimas técnicas como por ejemplo el registro remoto de equipos informáticos o la captación y grabación de comunicaciones orales. Situación que, a nuestro juicio, convierte en poco eficaz la actual regulación de estas clases de diligencias en la lucha contra la criminalidad que ha sabido hacer suyas las tecnologías para sus protervos fines. De tal manera que es común escuchar en las noticias como estructuras criminales utilizan drones para atacar a sus adversarios o meter cosas prohibidas a la cárcel, construir sumergibles, etc. Por su parte, la policía ecuatoriana carente de estos artefactos, sumado a la deficiente legislación y falta de actualización en el uso de las medidas de investigación tecnológicas, ha provocado que la delincuencia, principalmente la organizada, supere con creces la capacidad reactiva del Estado.

Los derechos fundamentales comprometidos y los efectos procesales en relación a la prueba que produce la implementación de las diligencias de investigación tecnológicas en el proceso penal, hacen de este estudio un tema relevante para el derecho. No se puede desconocer que el castigo de los infractores de la ley garantiza la paz social, pero como sabemos esta no puede ser conseguida sin el respeto de los derechos fundamentales del encausado penalmente, pues caso contrario el Estado se ubicaría en la misma posición de los delincuentes.

Buscar la vigencia de los derechos fundamentales ha sido desde épocas muy remotas una cuestión de interés para la ciencia jurídica dado que estos son la base de la democracia, sin su respeto todo lo realizado por el Estado deviene en ilegal. De ahí que, si una investigación se aparte de su observancia, se corre el riesgo de introducir al proceso pruebas de carácter ilícito. Esta circunstancia concita la atención de los estudiosos del derecho, debido a las implicaciones que recaen sobre el derecho a un juicio justo.

Por otra parte, el uso o abuso de las tecnologías debido a la forma en que estos artilugios pueden penetrar espacios antes vedados a extraños, así como su constante evolución convierte esta investigación en un tema de actualidad. Por lo tanto, conforme se deprende del nombre

"diligencias de investigación tecnológicas", su implementación constituye un peligro para los derechos fundamentales, pero a su vez, la importancia que tienen en el combate de la moderna delincuencia, la obligan a desarrollarse al mismo tiempo que lo hacen las tecnologías. En este orden de ideas su análisis debe ser realizado de acuerdo al momento en que se apliquen.

II. OBJETIVO Y SISTEMATIZACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

Este trabajo doctoral se ha propuesto como objetivo general estudiar de manera conjunta las diligencias de investigación tecnológicas, los derechos fundamentales y las eventuales causas de prueba ilícita en el proceso penal español y ecuatoriano. Desde esta perspectiva la presente tesis se direcciona a responder la siguiente pregunta ¿la regulación actual sobre las diligencias de investigación tecnológicas en el proceso penal español y ecuatoriano es suficiente para garantizar el equilibrio entre la implementación de estas medidas, y el respeto de los derechos fundamentales y evitar eventuales causas de prueba ilícita.

Para cumplir con nuestro cometido en la sistematización del presente tema se ha optado por un análisis de carácter trasversal en donde analizamos aspectos del derecho procesal penal como del derecho constitucional. La colisión de derechos entre el *ius puniendi* y la defensa de los derechos fundamentales del afectado con la medida exigen una revisión desde diferentes perspectivas de manera que, un enfoque global de la cuestión enriquezca esta investigación y contribuya al debate crítico desde una perspectiva interdisciplinaria.

Estructuralmente la tesis se encuentra compuesta por cuatro capítulos. El primer capítulo aborda la influencia que ha tenido las tecnologías en el campo de la criminalidad, pero también en el ámbito de la investigación penal. Seguidamente se revisa los principales derechos que se ven afectados por el uso de las tecnologías. Bajo esta percepción analizamos como primer punto el derecho fundamental a la intimidad, no solo desde el plano de los instrumentos internacionales y la jurisprudencia del TEDH y la CIDH, sino, además, conforme a la Constitución y las leyes. Toda esta revisión nos permite señalar que el concepto del derecho fundamental a la intimidad, debe ser adaptado a los cambios de las tecnologías si se quiere brindar una mejor protección más amplia frente a las modernas formas de intromisión de las TIC. En segundo lugar, se hace un análisis del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, para lo cual revisamos su origen, concepto, elementos y titularidad mismo. De este estudio se desprende que este derecho

es de carácter formal. Por lo tanto, su protección abarca a todo tipo de comunicación sin importar lo que se exprese. Por último, nos ocupamos del derecho a la protección de datos, el mismo que surge como consecuencia del uso de las tecnologías. Este derecho busca tutelar a los ciudadanos de los peligros que implica el tratamiento automatizado de sus datos personales, de tal suerte que sea el titular de este derecho quien tenga el control de los propios datos personales.

El capítulo segundo de la obra se dedica al estudio de las diligencias de investigación tecnológica en España. Se empieza con el recorrido que ha tenido en el sistema jurídico español estas clases de diligencias. Encontramos que en sus inicios se contaba con una regulación muy escueta que apenas cumplía con los estándares internacionales requeridos para restringir un derecho fundamental. Situación que cambia con la reforma introducida por la Ley Orgánica 13/2015. En esta norma se regula por primera vez de forma adecuada la intervención de las comunicaciones telefónicas y telemáticas, pero, además, se incorporan nuevas diligencias tecnológicas que antes no estaban reguladas, pero que los avances tecnológicos así lo exigían. La ley agrega principios generales que deben ser observados para la validez de la implementación de una diligencia de investigación tecnológica. Aunado a lo anterior se establece requisitos sobre el contenido de la autorización judicial y solicitud de la intervención. De manera resumida esta ley viene a colmar los vacíos que tenía la anterior norma y recoge los diversos fallos jurisprudenciales que venía regulando las diligencias de investigación tecnológicas, a efectos de que no se vulneraran los derechos fundamentales y no se declarara todo lo obtenido con dichas diligencias como prueba ilícita. Con esto se consiguió dotar a la investigación penal de instrumentos eficaces para combatir la actual criminalidad tecnificada, pero, además, se dio una mejor protección de los derechos fundamentales de las personas investigadas con estas clases de diligencias. Visto lo anterior se estudia cada una de las diligencias de investigación tecnológicas. Empezando por la interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas, para luego continuar con el análisis de la captación de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos, la utilización de dispositivos técnicos de captación de la imagen, el registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información y, finalizar con el estudio de los registros remotos sobre equipos informáticos. Toda esta revisión global de cada una de estas diligencias nos permitió conocer sus principales mejoras, pero a la vez se detectó ciertas falencias que podría provocar eventuales causas de prueba ilícita.

El capítulo tercero se adentramos en la revisión de las diligencias de investigación tecnológicas en el proceso penal ecuatoriano. Observamos que en sus inicios es relativamente nuevo, pues se las reconoce en el año 2000. El análisis realizado en el capítulo anterior nos permitió revelar que la norma ecuatoriana se encuentra en la misma situación que vivió la española antes de la reforma de la Ley Orgánica 13/2015. La regulación ecuatoriana es muy parca, no toma en cuenta muchos aspectos establecidos por la Corte Interamericana de Derechos humanos para la restricción de derechos fundamentales. Ley procesal ecuatoriana sigue manteniendo como diligencias de investigación tecnológicas a la interceptación de comunicaciones o datos informáticos y la captación de imagen y sonidos. El primero de los instrumentos consta con una regulación algo desarrollada, en donde se establecen como presupuestos para la autorización judicial la idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la medida. Se agrega requisitos que deben cumplir tanto la resolución judicial como la solicitud fiscal. Sin embargo, no se establecen aspectos de importancia tales como: los delitos sobre los cuales puede recaer las diligencias de investigación tecnológicas, la eliminación de datos no relevantes para la investigación, control judicial, etc. Por último, al revisar la diligencia de captación de imagen y sonido, observamos que la ley exige para su validez el cumplimiento de ciertos requisitos, lo cual a nuestro juicio es acertado, pues protege el derecho fundamental de la persona afectada con la medida, al establecer tres situaciones específicas para su procedencia. Si bien, la ley no lo instituye de manera expresa, consideramos que esta diligencia investigativa se puede realizar tanto en lugares públicos como en privados, debiendo en este último caso contar con la respectiva autorización judicial para su validez.

Finalmente, el capítulo cuarto lo dedicamos al análisis de las consecuencias procesales que produce la obtención de una prueba con vulneración de un derecho fundamental en el sistema jurídico español y ecuatoriano. En este orden de ideas analizamos la institución jurídica de la prueba ilícita. Para alcanzar una mejor compresión de esta figura, estudiamos sus orígenes, por lo cual tuvimos que revisar la *exclusionary rule* norteamericana. Posteriormente analizaremos la prueba ilícita desde el prisma jurisprudencial, doctrinal y legal. El análisis anterior nos permitió conocer que la prueba ilícita en España inició con un concepto cerrado que impedía la incorporación al proceso de todo material probatorio obtenido con violación de un derecho fundamental. Posteriormente este criterio fue variando en relación a la prueba derivada. En este tipo de prueba se empezó a establecer determinadas excepciones, con lo cual se empieza

a admitir al proceso ciertas pruebas que, no obstante, de haber sido obtenida con afectación a un derecho fundamental, eran consideradas válidas para condenar al encausado penalmente. A pesar de que la ley española no establece más requisito que la vulneración de un derecho fundamental para la consideración de prueba ilícita, ha sido la jurisprudencia mediante la creación de la teoría de la conexión de antijuridicidad que ha abierto la puerta para la admisión al proceso de pruebas obtenidas con violación de un derecho fundamental. Tal como como se observa el panorama creemos que la prueba ilícita está perdiendo su naturaleza de institución garantista de los derechos del investigado o procesado.

Por su parte, la prueba ilícita ecuatoriana, a diferencia de la española, es de origen constitucional y luego fue incorporada a la ley. Por lo tanto, esta garantía se convierte en un derecho constitucional de igual rango que otros. Por último, encontramos que el sistema procesal ecuatoriano eleva al mismo plano la prueba ilícita que la ilegal, consideración que a nuestro modesto entender es un error, porque la finalidad de la prueba ilícita es garantizar los derechos fundamentales consagrados en la Carta Magna mas no los reconocidos en normas de rango *infra* constitucional.

III. METODOLOGÍA

La forma en la que hemos alcanzado nuestro objetivo de investigación ha sido mediante el empleo de la metodología propia de las ciencias jurídicas como son: el método comparativo, porque analizamos la legislación española que regula las diligencias de investigación tecnológicas y la comparamos con la normativa ecuatoriana. El método bibliográfico que nos sirve para conocer los más importantes estudios realizados por los expertos investigadores en el campo procesal, investigación tecnológica y derechos fundamentales. El jurisprudencial, método muy importante para conocer los principales pronunciamientos emitidos por los más altos tribunales especialmente Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Tribunal Supremo, Tribunal Constitucional, Corte Constitucional del Ecuador. La revisión sistemática de estos organismos nos dio información relevante sobre la forma en que los organismos de derechos humanos y la jurisprudencia de España y Ecuador han abordado los casos relacionados con las diligencias de investigación tecnológicas, los derechos fundamentados afectados con estas medidas y el tratamiento de la prueba obtenida con

infracciones de los derechos. Por último, se complementa la anterior metodología con la experiencia y práctica vivida cuando me desempeñé en los cargos de fiscal y juez de tribunal de garantías penales de Ecuador.

En relación a la metodología utilizada, es importante hacer conocer ciertas limitaciones que hemos tenido que superar durante el desarrollo de nuestra investigación. Especialmente, cuando nos tocó estudiar el sistema jurídico ecuatoriano. En el quehacer jurídico ecuatoriano no existe, hasta el momento, libros dedicados a tratar el tema de las diligencias de investigación tecnológicas, normalmente esto se topa de forma superficial cuando se analiza el tema de las reformas procesales. En relación a la jurisprudencia, su contribución al desarrollo de las diligencias de investigación tecnológicas, ha sido escasa. En definitiva, la academia ecuatoriana no ha estado atenta al rumbo que han tomado las diligencias de investigación tecnológica en países como España y su importancia que tiene no solo para la lucha contra la actual criminalidad, sino, además, por sus implicaciones sobre los derechos fundamentales y la prueba penal.

El presente trabajo investigativo busca contribuir al debate de las implicaciones que ha producido la incorporación de las tecnologías en la investigación penal. y las incidencias de la implementación de estas medidas sobre los derechos fundamentales de las personas al momento de la obtención de la prueba. El estudio pormenorizado de las regulaciones en los sistemas jurídicos español y ecuatoriano ofrece una visión global del problema. Con el análisis de la ley, jurisprudencia y doctrina la presente tesis propone algunas soluciones a los desafíos y complejidades que nos presentan estas cuestiones en el sistema procesal español y ecuatoriano en la era digital.

CAPÍTULO I. LAS DILIGENCIAS DE INVESTIGACIÓN TECNOLÓGICAS INVASIVAS DE DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL DERECHO PROCESAL PENAL ESPAÑOL

I. LOS MÉTODOS TECNÓLOGICOS DE INVESTIGACIÓN PENAL

1. El delito en la era digital

Cuando nos referimos al delito en la era digital lo hacemos para englobar las nuevas formas delictuales nacidas a partir de la revolución informática y de las telecomunicaciones. La criminalidad ha sabido adaptarse rápidamente al desarrollo tecnológico y a sus ventajas que le representan para ampliar sus tentáculos criminales a diversas partes y distancias lejanas que antes le eran imposibles de llegar.

La delincuencia gracias a las TIC hoy en día no sólo actúa en el mundo físico, sino que también puede hacerlo en un entorno virtual, espacio paralelo al físico que tuvo su nacimiento por el uso de la tecnología y especialmente por la aparición del internet. Podríamos sostener que el motor de la sociedad de la información y comunicación lo constituye internet[2], y es gracias a su enorme popularidad alcanzada en todo el mundo que ha hecho posible el surgimiento de lo que hoy se conoce como ciberespacio[3]. Espacio que, al ser virtual, no se sujeta a las limitaciones del mundo físico, lo cual otorga una enorme ventaja para los delincuentes que pueden operar desde cualquier parte del mundo e inclusive les permite actuar en el absoluto anonimato.

---

[2] Internet fue creado en 1969 como un proyecto auspiciado por un programa militar norteamericano llamado como ARPANET. Internet no es más que un sistema global descentralizado de redes de computadoras interconectadas en tres sí cuya función principal es la de transmitir e intercambiar datos. Es por esto que se la conoce como la red de redes. VELASCO SAN MARTÍN, C.: *Jurisdicción y competencia penal en relación al acceso transfronterizo en materia de ciberdelitos,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 34. Véase también a TÉLLEZ AGUILERA, A.: *Nuevas tecnologías intimidad y protección de datos. Estudio sistemático de la ley Organiza 15/1999,* Edisofer, S.L., Madrid, 2001, p. 31. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, J.: *Secreto e intervención de las comunicaciones en internet,* Thomson Civitas, Madrid, 2004, p. 31.

[3] De acuerdo a varios autores el término ciberespacio no es creación de la academia, sino que surgió como consecuencia de la obra de ciencia ficción titulada *Neuromancer* escrita por el William Gibson, quien narra acerca de una sociedad tecnológicamente desarrollada que vive en un espacio virtual separado del mundo físico. Véase sobre este aspecto a BARRIO ANDRÉS, M.: *Ciberdelitos: Amenazas criminales del ciberespacio. Adaptado reforma Código penal 2015,* Erus, Madrid, 2017, p. 9. BARRIO ANDRÉS, M.: *Delitos 2.0. aspectos penales procesales y de seguridad de los ciberdelitos,* Wolters Kluwer, Madrid, 2018, p. 17. VELASCO SAN MARTÍN, C.: *Jurisdicción y competencia penal en relación al acceso trasfronterizo en materia de ciberdelitos,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 36. ARBELÁEZ GIRALDO, A.: *"El ciberespacio y el problema de la realidad virtual"*, Revista Filosofía UIS, vol. 16, núm. 2, julio-diciembre de 2017, p. 175, disponible en: https://revistas.uis.edu.co/index.php/revistafilosofiauis/article/view/7693/7913, (última visita 28/09/2023).

En tal sentido su poder expansivo criminal y la clandestinidad con la que pueden actuar han dado lugar a una nueva forma delictiva cuya peculiaridad es el uso de las tecnologías e internet. De tal suerte que delitos tradicionales como la estafa con el uso de las tecnologías y de las nuevas formas de comunicación han mutado a figuras modernas como el *phishing* que pueden atacar con un solo clic desde cualquier lugar del mundo y al mismo tiempo afectar a colectividad de víctimas. Sumado a lo anterior tenemos otras modalidades criminales que están ligadas a las tecnologías de la información y del internet, delitos que los podemos agrupar bajo la denominación de ciberdelincuencia, que no son más que aquellas infracciones penales ejecutadas mediante "un equipo conectado a una red informática o contra un sistema o equipo informático conectado a una red"[4].

Como podemos notar las tecnologías de la información y comunicación al fusionarse con la delincuencia permiten ampliar el espectro de acción de determinadas formas tradicionales de delitos, y, por otra dan origen a una modalidad especial de delitos que opera a través de cualquier equipo tecnológico conectados a la red llámense estos ordenadores, tabletas, celulares, dispositivo electrónico, los mismos que pueden ser usados para la perpetración del delito o en su defecto ser objeto del mismo delito.

2. El factor criminológico de las TIC

Como hemos dicho en líneas anteriores las TIC han invadido nuestra vida, a tal punto que sin temor a equivocarnos podemos afirmar que en los actuales momentos casi en todas nuestras actividades diarias de forma directa o indirecta involucramos a las TIC. Vemos que la informática se aplica en áreas como el hogar, laboral, comercial, militar, etc., y como no podía ser de otra manera también la aplica la delincuencia.

De esta manera las tecnologías de la información y comunicación han abierto un abanico de oportunidades a la criminalidad, a tal punto que delitos tradicionales han conseguido transformarse en nuevas figuras[5]. Adicional a esto han surgido nuevos delitos que son netamente

[4] ORTÍZ PRADILLO, J.: *Problemas procesales de la ciberdelincuencia,* Constitución y Leyes, S.A., Madrid, 2013, p.17.

[5] Así podemos ver que la estafa ha dado origen a una subespecie conocida como *phishing*, la cual es más peligrosa que la tradicional, puesto que al mismo tiempo puede defraudar a una gran cantidad de personas de distintas partes

tecnológicos conocidos como delitos informáticos[6]. Aunque en los últimos años el calificativo delito informático, desde una visión criminológica, ha evolucionado y ha cobrado fuerza la denominación cibercrimen y cibercriminalidad[7]. Situación que se justifica si tenemos presente que primero aparecieron los ordenadores, los mismos que fueron utilizados, entre otras cosas, para delinquir; pero con el surgimiento y masificación de internet el escenario cambia. Los delitos se trasladan a las redes telemáticas, sitio que al encontrarse conectados la gran mayoría de los aparatos electrónicos que a diario usamos, permite expandir los efectos criminológicos de las TIC a otros nuevos bienes jurídicos. De esta forma deja de ser únicamente objeto de preocupación la información de los sistemas informáticos, sino que cobra relevancia la protección de las redes telemáticas por todos los intereses sociales y personales que se ponen en riesgo con su uso. En este orden de ideas el empleo de la palabra cibercrimen se considera más apropiado porque engloba a todos los delitos cometidos mediante el empleo de las TIC y de internet dentro del espacio virtual[8].

En la medida en que cada vez somos más dependientes de las TIC y de las redes de transmisión de datos todos estamos en constante peligro de ser víctimas de los delitos informáticos. Esta dependencia eleva el grado de lesividad de la criminalidad informática, ya que al mismo tiempo puede atacar a un conglomerado indeterminado de víctimas, en otras palabras, el daño que produce este tipo de delitos es de grandes dimensiones. Por otro lado, la masificación y bajo costo de las TIC y sobre todo de internet, beneficia la comisión e incrementa la criminalidad, puesto que las tecnologías permiten llevar al espacio virtual comportamientos que antes solo eran posibles ejecutarlos en el espacio físico y, además, ha dado origen a nuevas formas delictuales propias de la revolución tecnológica en la que vivimos.

---

del mundo. PINTO PALACIOS, F. Y PUJOL CAPILLA, P.: *La prueba en la era digital*, Wolters Kluwer, Madrid, 2017, p. 22.

[6] Estos delitos nacen con el desarrollo de las TIC y su tipificación como delito en los códigos penales hacia los años setenta. MIRÓ LLINARES, F.: *Delincuencia asociada al uso de las TIC*, Eureca Media, SL, Barcelona, 2013, pp. 6-10, disponible en http://openaccess.uoc.edu/webapps/o2/bitstream/10609/70006/3/Delincuencia%20y%20TICs_M%C3%B3dulo%201_Delincuencia%20asociada%20al%20uso%20de%20las%20TIC.pdf, (última visita 28/10/2023).

[7] *Ibidem*, p. 8.

[8] *Ibidem*, p. 12.

3. Nuevas tecnologías y nuevas formas de investigación

Todo lo que hemos expuesto nos lleva a considerar que las tecnologías han dado origen a una nueva forma de delinquir, en tal sentido los métodos convencionales de investigación resultan insuficientes para contrarrestar la actual criminalidad informatizada.

Recordemos que el proceso penal requiere de pruebas para condenar a un culpable, para eso durante la etapa instructora se debe de realizar los actos investigativos pertinentes que permitan verificar el delito con todas sus circunstancias, así como identificar a los presuntos responsables del delito.

El uso de las tecnologías, así como le ha permitido a la delincuencia ampliar su campo criminal de acción, en el mismo sentido se han convertido en un instrumento de valiosa ayuda para la investigación penal, no solo cuando se trata de conseguir fuentes de prueba en los delitos informáticos, sino además en los delitos convencionales. Esto se debe por cuanto casi todas las infracciones penales hoy en día dejan huellas tecnológicas; por lo tanto, tienen un soporte tecnológico[9]. En tal virtud las tecnologías se han convertido en un instrumento imprescindible para la lucha contra la moderna criminalidad, en otras palabras, si queremos combatir de forma eficiente a la delincuencia tecnológica tenemos que utilizar sus mismas herramientas avanzadas. Atrás quedaron los tiempos en donde el agente de policía para realizar un registro de un disco duro del ordenador tenía que allanar el domicilio del lugar del artefacto, hoy esto se lo puede hacer de forma *on line* mediante el uso de programas[10].

Investigar esta clase de delito es una tarea compleja por el desafío técnico que conlleva el manejo de las nuevas tecnologías, situación que exige del investigador una actualización constante dado que esta materia se innova y evoluciona casi de forma constante. Complejidad que se agudiza por la ausencia prolongada de herramientas procesales eficientes, la clandestinidad que brinda el internet para los delincuentes, la transaccionalidad de los delitos o

[9] LÓPEZ-BARAJA PEREA, I: *"Nuevas tecnologías aplicadas a la investigación penal: el registro de equipos informáticos",* IDP Revista de Internet, Derecho y Política, núm. 24, 2017, p. 65.
[10] 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 electrónica IberoAmericana de Sistemas, Cibernética e Innovación, vol. 13, núm. 2, 2016, pp. 14-18. disponible en https://web.archive.org/web/20200714125611/http://www.iiisci.org/journal/CV$/risci/pdfs/CA489BC16.pdf, (última visita el 14/4/2022).

la acelerada y permanente evolución de las conductas criminales[11]. Debido a lo antes expresado, el legislador debe procurar estar al tanto de los cambios tecnológicos que le permitan adecuar el derecho a estas manifestaciones, y, al mismo tiempo dotar de instrumentos legales que vayan acordes con la evolución de las TIC. Sin lugar a duda una adecuada y suficiente legislación es necesaria para la utilización de los modernos instrumentos de investigación que nos proporcionan las TIC; pero debido a que la gran mayoría de estos métodos constituyen un grave atentado a varios derechos fundamentales del investigado, se debe propender a una adecuada mesura entre el derecho a la seguridad de la sociedad y la tutela de los derechos fundamentales del ciudadano.

La facilidad con la que la delincuencia se ha adaptado a las tecnologías y al ciberespacio, ha sido una constante preocupación de los foros internacionales que han recomendado la urgencia de incorporar la tecnología a las investigaciones criminales. En este sentido se han pronunciado organismos como la Organización de las Naciones Unidas, el Consejo de Europa y la Unión Europea, quienes en muchas ocasiones han solicitado a los Estados miembros que adapten sus normas de investigación procesal penal tradicional de conformidad con los nuevos tiempos tecnológicos.

Uno de los instrumentos internacionales que ha permitido hacer viable la aplicación de los modernos métodos de investigación tecnológicos es el Convenio sobre Ciberdelincuencia, firmado en Budapest el 23 de noviembre de 2001. Documento normativo que en su segundo eje[12] trata sobre ciertas normas procesales que orientan a los países sobre los procedimientos a seguir no solo para el caso de delitos informáticos, sino que además son aplicables para cualquier delito ejecutado por un medio informático o cualquier tipo de evidencia en formato electrónico.

[11] SANTOS MARTÍNEZ, A.: *Medidas de investigación tecnológicas en la instrucción penal*, Wolters Kluwer, Barcelona, 2017, pp. 32 y 33.

[12] En este apartado a partir del artículo 14 al 21 encontramos una serie de disposiciones normativas de carácter procesal penal que dan las pautas a los Estados miembros suscritores del Convenio para que a partir de ahí desarrollen y adapten sus legislaciones internas a la investigación tecnológica para casos de infracciones penales relacionadas con el uso de las tecnologías. Dentro de las normativas procesales podemos resumir las siguientes: Conservación rápida de datos informáticos almacenados; Conservación y revelación parcial rápidas de los datos relativos al tráfico; Orden de presentación u obligación de entregar datos; Registro y confiscación de datos informáticos almacenados; Obtención en tiempo real de datos relativos al tráfico, Interceptación de datos relativos al contenido. Convenio sobre la Ciberdelincuencia, suscrito en Budapest el 23 de noviembre de 2001. BOE, núm. 226, de 17 de septiembre de 2010.

En resumen, las TIC han dado paso a nuevas formas delictuales que son usuarias de las tecnologías, lo cual brindan innumerables ventajas a la hora de delinquir debido al inmenso campo criminal que les ofrece el ciberespacio. Situación que ha hecho que el derecho sustantivo y procesal penal tradicional resulta obsoleto por haber sido creado en una etapa en donde todo el sistema estaba sustentado en la idea de una delincuencia física, marginal e individual, en donde no existían las actuales tecnologías. Todo esto ha dejado en evidencia que la normativa procesal penal aplicada para investigar crímenes mediante la intervención postal y telefónica, en la actual sociedad, resulta anacrónica a la hora de investigar delitos ejecutados en canales de comunicación telemáticos y en espacios que no responden a la realidad física sino virtuales. Deficiencias que han sido corregidas al permitir a los investigadores hacer uso de las nuevas tecnologías que nos proporciona la actual revolución tecnológica.

II. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA ERA DIGITAL

Como hemos señalado los avances tecnológicos y especialmente internet han dado lugar a la era digital y por ende a un nuevo espacio considerado como la gran autopista virtual donde se intercambia y trasmite todo tipo de información sin importar el lugar en que nos encontremos. El cúmulo de datos que generamos todos los días con el uso de las tecnologías queda acopiado a escala industrial, situación que es aprovechada por el Estado y particulares, quienes se apoderan, en muchas ocasiones, de informaciones detalladas de aspectos de nuestra vida sin consentimiento ni conocimiento nuestro. De tal suerte que la red no es únicamente un medio de comunicación y de intercambio de información, sino que además se ha convertido en un instrumento de vigilancia constante, con lo cual nos encontramos con una nueva forma de control social que puede ser ejercido tanto en el ámbito público como en el privado.

El control electrónico al que nos encontramos sometido en lo fiscal, educativo, médico, relaciones comerciales, uso de tarjetas de crédito etc., nos expone a una vigilancia informática continua e ignorada que deja al descubierto en varias ocasiones los aspectos más sensibles de la vida privada; todo lo cual sin la aparición de las TIC quedaría fuera de control. Para aquellas personas más sensibles a la defensa de su intimidad esta circunstancia les provoca una sensación

de constante preocupación por hallarse sometido a mecanismos de vigilancia tecnológicos idóneos para penetrar de forma inadvertida, aspectos básicos de su vida privada[13].

Por otra parte, con el auxilio de las tecnologías cualquier persona puede invadir nuestra privacidad con relativa facilidad sin necesidad de moverse de casa. Es por esto que autores como ZUBIRIS DE SALINAS[14] piensan que estamos viviendo en una época de la "industrialización de la indiscreción", término que tiene mucho sentido; puesto que las tecnologías permiten acumular cantidades de información sin control de todo aquel que use internet, situación que al parecer ha despertado una asombrosa curiosidad por la vida ajena.

Ante este panorama se convierte en una tarea muy complicada la protección de ciertos derechos fundamentales como podrían ser: el secreto de la comunicación, la intimidad y la protección de datos. Es por esto que ante el gran desafío que representan las TIC, los conceptos tradicionales de algunos derechos fundamentales tienen que ser adaptados a los nuevos cambios de la sociedad tecnológica, so pena de quedar desprotegidos.

Como observamos la actual era digital impone un nuevo reto para el derecho que, como instrumento normativo de la vida social, debe tener en cuenta estos fenómenos tecnológicos para darles respuesta[15]. Por lo tanto, siguiendo esta idea, por un lado, es necesario la creación de nuevos derechos relacionados a las tecnologías; y, por otro se requiere el fortalecimiento de los ya existentes.

1. El derecho fundamental a la intimidad y privacidad

1.1. Antecedentes conceptuales del derecho a la intimidad

Definir lo que es la intimidad es muy complicado[16] dado que ésta responde en muchas ocasiones a consideraciones subjetivas, por lo que su ámbito varía según la consideración del sujeto. Es por esto que lo íntimo para un sujeto no lo es para otro y viceversa. Otro aspecto que

[13] PÉREZ LUÑO, A: "Los derechos humanos ante las nuevas tecnologías", en *Nuevas tecnologías y derechos humanos* (Dirs. ANSUÁTEGUI ROIG, F. y AÑÓN ROIG, M.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, p. 18.
[14] ZUBIRIS DE SALINAS, F.: *Libertad de expresión y derecho penal*, Edersa, Madrid, 1989, p. 244.
[15] DÍAZ REVORIO, F.: *Los derechos humanos ante los nuevos avances científicos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 9.
[16] Aunque esto parce ser un problema que sucede con frecuencia en la gran mayoría de los conceptos jurídicos, donde se suele encontrar vaguedad, ambigüedad o imprecisión de sus términos. que no alcanzan a cubrir de manera amplia el concepto de intimidad es un concepto extrajurídico. PÉREZ LUÑO, A.: *El derecho a la intimidad en la sociedad de la información*, Editorial Tecnos, Madrid, 2010, p. 24.

también influye en su delimitación es la época en la que nos desarrollamos; así por ejemplo en tiempos pasados no era normal estar expuesto a intromisiones de nuestra vida, puesto que era fácil sustraerla del conocimiento ajeno, bastaba con alejarnos a un sitio retirado y no mostrar noticias personales para mantener ocultas nuestras intimidades; pero ahora con los avances tecnológicos y una nueva generación conocidos como "nativos digitales", lo íntimo es más abierto y compartido por los propios titulares, quienes publican por diferentes medios digitales situaciones personales que pasan a hacer de conocimiento general. Podríamos decir que el significado de intimidad depende de varios aspectos como podrán ser: lo cultural, social y lo histórico. Adicional a lo anterior, la palabra intimidad puede tener un significado diferente al que manejamos en el área jurídica, de ahí que resulta necesario, previo a estudiarlo como derecho fundamental, que conozcamos su etimología.

En el lenguaje común es frecuente emplear el uso de términos que se utilizan con igual significado que el de intimidad; es así que podemos escuchar: confidencialidad, secreto, vida privada, privacidad entre otros, todo lo cual impide tener un concepto claro del tema que estamos tratando. En tal sentido vamos a empezar por revisar su etimología y evolución.

Íntimo es concerniente a intimidad[17], a su vez íntimo procede del latín *intimus* que se traduce por íntimo, el más íntimo. *Intimus* proviene del adverbio *intus* traducible por dentro, o hacia adentro[18]. Entonces íntimo no es únicamente lo que está en el interior de la persona, sino aquello que está lo más adentro de su misma humanidad. Esta parte más profunda consustancial y reservada a la naturaleza del ser humano[19] es lo que llamamos intimidad. Esta idea de lo más profundo nos permite sostener que la intimidad va más allá de lo apartado, de lo oculto o lo reservado[20]. En razón de esto decimos que la intimidad no descansa únicamente en lo oculto o secreto de situaciones personales que el sujeto quiere reservar para sí, sino que también involucra principalmente situaciones internas elementales del individuo, y que éste mantiene como núcleo de su personalidad, por lo tanto, sin ellas se vería desprovisto de su sustancialidad humana. Esto nos lleva a sostener que la intimidad es propia del ser humano; por conseguiente,

[17] CABANELLAS DE TORRES, G.: *Diccionario enciclopédico de derecho usual,* Tomo IV, Heliasta, Buenos Aires, 2008, p. 536.
[18] REBOLLO DELGADO, L.: *El derecho fundamental a la intimidad,* Dykinson, Madrid, 2005, p. 49.
[19] CASABIANCA ZULETA, P.: *Las intervenciones telefónicas en el sistema penal,* Bosch, Barcelona, 2016, pp. 75-76.
[20] REBOLLO DELGADO, L.: *El derecho fundamental a la intimidad…, op. cit*., p. 49.

los demás seres vivos carecen de ella. Una vez conocido el significado de la palabra, vamos a revisar su concepto.

La génesis de la intimidad como derecho la encontramos en el siglo XIX, luego de que los abogados norteamericanos Charles Warren y Lois Brandeis en el año 1890[21] publicaran en la *Harvard Law Review* un artículo titulado *"The right to privacy"*[22], en el cual hacía una crítica a los medios de comunicación que, amparados en la facultad de informar, y las tecnologías de la época, invadían de forma reiterada la esfera familiar y privada de las personas. Con este artículo ingresa por primera vez al ámbito jurídico un aspecto que hasta ese momento no había sido normado, esto es el derecho a la privacidad.

Es interesante resaltar los antecedentes que originaron el presente artículo; por lo futurista que resultó, dado que los jóvenes abogados Warren y Brandeis notaron que el aumento de la población, por un lado, interfería con la privacidad individual; y, por otra los avances tecnológicos[23] de la época facilitaban a la prensa a irrumpir con facilidad en la vida privada de los ciudadanos y llevarla a conocimiento de muchas personas. Todos estos aspectos dejaban al descubierto un derecho que hasta ese momento era desconocido *"The right to privacy",* que traducido al español es el derecho a la privacidad. Los juristas en mención consideraban que era importante reconocer la privacidad como derecho; puesto que caso contrario, si la

[21] Si bien no se discute que el concepto jurídico de intimidad nació a partir del artículo brillantemente sustentado por los abogados Warren y Brandeis, se debe tener presente que años antes de este artículo, en el año 1873, el juez Cooley configuró el derecho a la intimidad, en su obra *The elements of torts*, en el cual llegó a la conclusión de que *privacy* para él constituía el *right to bet alone,* que traducido al español significa el derecho a estar solo. REBOLLO DELGADO, L.: "*Vida privada y protección de datos: un acercamiento a la regulación internacional europea y española*", instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, serie doctrina jurídica, núm. 444, 2010, pp. 265-267, *disponible* en: https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2758/10.pdf, (última visita 3/6/2020).

[22] NIEVES SALDAÑA, M.: *"The right to privacy. La génesis de la protección de la privacidad en el sistema Constitucional Norteamericano: El centenario legado de Warren y Brandies",* UNED, Revista de Derecho Político, núm. 85, 2012, pp. 195-240, disponible en; https://revistas.uned.es/index.php/derechopolitico/article/view/10723/10242, (última visita 3/6/2022).

[23] Como podemos notar desde sus inicios el derecho a la privacidad en los Estados Unidos, tiene su origen como una respuesta ante el peligro invasivo de las tecnologías en la vida privada de los ciudadanos. Fue esta nueva necesidad que inspiró a Warren y Brandeis a definir un principio que pueda ser invocado para defender al sujeto de su privacidad contra la invasión de los modernos aparatos tecnológicos de la época que penetraban su vida íntima de forma indiscriminada. De la motivación que los impulsó a escribir el ensaño que estamos comentando, esto es, la intromisión de la prensa escrita y la utilización por parte de éstos de los avances tecnológicos de la época, que significaron un riesgo para la protección de la privada, nos permite ubicar a este ensaño dentro de una visión *iustecnológica.* NIEVES SALDAÑA, M.: *"La protección de la privacidad en la sociedad tecnológica: el derecho constitucional a la privacidad de la información personal de los Estados Unidos",* Revista Iberoamericana de Filosofía, Política Humanidades y Relaciones Internacionales, vol. 9, núm. 18, 2007, pp. 85-115, disponible en: http://institucional.us.es/revistas/Araucaria/A%C3%B1o%209%20%20N%C2%BA%2018%20%202007/Mar%C3%ADa%20Nieves%20Salda%C3%B1a%20II.pdf, (última visita 3/6/2022).

información de la vida del ciudadano está en manos de otros, tiende a dañar el núcleo de la personalidad de un individuo[24]. Warren y Brandeis consideraban el derecho a la privacidad como la atribución del ciudadano a estar sólo (*"to be alone"*); con lo cual se protegía a los individuos de las injerencias de otros al recinto incólume de su vida privada y doméstica[25].

En conclusión, Warren y Brandeis sostenían que el derecho a la privacidad es aquel derecho que permite al individuo tener control individual sobre su información personal, por lo tanto, sólo a él le compete decidir qué, cuándo, cómo y con quién compartir los aspectos personales de la vida privada[26].

A su vez en Europa continental la teoría más relevante que empezó con el desarrollo del concepto de intimidad es la denominada teoría de las esferas. Esta teoría de origen alemán clasifica el contenido de la intimidad a través de tres esferas[27]: el primero considerado el núcleo, que corresponde a lo más interno es la intimidad. En esta esfera están los pensamientos y sentimientos más personales del sujeto, los cuales únicamente los exterioriza de forma confidencial[28]. En la segunda esfera tenemos la parte externa, parte privada conformada por aspectos familiares, secreto o confidencia. Y por último tenemos el circulo que es lo público[29]. Esto significa que para esta teoría cuanto más cerca esté el circulo al individuo, más íntimo será su contenido y mientras más periférico se encuentre, menos privado será. En tal razón para esta teoría la protección de la intimidad se establecía de forma diferenciada según el grado mayor o menor de su afectación.

Debido a que la idea de vida privada es relativa, porque su concepción es mutable según cada individuo, grupo, comunidad en la que se vive, edad que se tenga, tradiciones y culturas; las distintas esferas que conforman el contenido de la intimidad de la persona no pueden ser

---

[24] GLANCY, D.: *"The invention of the right to privacy"*, Arizona Law Rewie, vol. 21, Number 1, 1979, pp. 2-3, disponible en: https://digitalcommons.law.scu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1318&context=facpubs, (última visita 3/6/2020).
[25] PÉREZ LUÑO, A.: *"El derecho a la intimidad… op. cit.,* p. 355.
[26] GLANCY, D.: *"The invention of the right to privacy…op. cit*., p. 2.
[27] La creación de la teoría de las tres esferas *(Spharentheorie)*, se la atribuye a Hubmann. LÓPEZ BORJA DE QUIROGA, J.: *Las escuchas telefónicas y la prueba ilícita…, op. cit*., p. 31. En esta teoría divisamos una primera esfera *(Intimsphare)* que es la parte más impenetrable de la persona, por lo tanto, son noticias y sucesos que la persona no desea hacer conocer a los demás. Una segunda esfera *(Privatsphare)*, correspondiente a la vida personal y familiar. Y, el tercer circulo *(Individualsphare)*, que atañe a las peculiaridades o individualidades del individuo.
[27] PÉREZ LUÑO, E.: *Los derechos humanos en la sociedad tecnológica…, op. cit*., p. 94.
[28] CASABIANCA ZULETA, P.: *Las intervenciones telefónicas en el sistema penal…, op. cit*., p. 76.
[29] REBOLLO DELGADO, L.: *El derecho fundamental a la intimidad…, op. cit*., p. 141.

igual para todos, sino que éstas varían según el estrato social de pertenencia y a su nivel de popularidad que ostente dentro de la comunidad[30]. En consecuencia, la disparidad que se presentan en los diversos estrados de las esferas va a depender de la libre configuración que haga cada persona según sus intereses[31].

La teoría antes señalada fue posteriormente reemplazada por el Tribunal Federal Alemán a raíz de la sentencia de 15 de diciembre de 1983, que declaró inconstitucional algunos artículos establecidos en la Ley de Censo y de Población. En esta ley se establecía un cuestionario detallado con preguntas sobre distintos aspectos de la vida del ciudadano, las cuales tenía que ser respondidas de forma obligatoria caso contrario se los sancionaba con una fuerte multa. Normativa que fue considerada lesiva por atentar contra los derechos al libre desenvolvimiento de la personalidad, a la dignidad humana y a la libertad de expresión; por lo que en contra de ésta se presentó un recurso de amparo constitucional.

Este caso concluyó con la sentencia que dio origen en Alemania a un nuevo derecho conocido como autodeterminación informativa[32]. Derecho que REBOLLO lo resume "en la posibilidad del individuo de determinar, quién, qué y con qué finalidad puede conocer o utilizar un tercero, datos que nos afectan".

Ampliando el concepto anterior, entendemos el derecho a la autodeterminación informática como la disponibilidad que tiene el sujeto para ejercer el control sobre la información personal que le atañe, contenida en registros públicos o privados, sin interesar el soporte o lugar donde se encuentren o acopien, para lo cual se le debe reconocer de instrumentos jurídicos necesarios, a fin de encarar los posibles abusos de los mismos.

Como podemos observar esta nueva línea jurisprudencial alemana, significó un importante avance en el desarrollo del concepto de intimidad; que pasó de ser únicamente un derecho de no intromisión para complementarse con una facultad positiva de control, de decisión y de atención por parte del titular de la intimidad.

A más de la doctrina alemana, encontramos como contrapartida a la teoría de las esferas, una nueva propuesta original y más moderna denominada como la teoría del mosaico propuesta

[30] LÓPEZ BORJA DE QUIROGA, J.: *Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida,* p. 31.
[31] REBOLLO DELGADO, L.: *El derecho fundamental a la intimidad…, op. cit.*, p. 141.
[32] *Ibidem*, p. 126.

por MADRID CONESA, quien sostenía que la teoría de las esferas no es válida; puesto que el concepto de lo público y privado no son conceptos absolutos sino relativo. Es por esto que podemos encontrar datos que en un principio son irrelevantes para el derecho a la intimidad; pero que entrelazados unos con otros, pueden permitir conseguir una radiografía prácticamente completa de un individuo, similar a lo que ocurre con las pequeñas piedras que forman un mosaico, que de manera separadas no expresan nada, pero que juntas pueden formar conjuntos plenos de significado[33]. Su teoría se fundamenta en el actual peligro que significan para la intimidad de las personas los avances tecnológicos y principalmente la informática[34].

En efecto la moderna sociedad regida por la digitalización puede llevar a situaciones en la que el acopio de un dato aislado no signifique nada; y, por ende, no signifique a primera vista un atentado para la intimidad del dueño de la información; pero si estos son debidamente tratados y procesados con otros datos, pueden configurar una idea completa de nuestra vida, y, en este caso se estaría atentando con nuestra intimidad. Como vemos varios datos nuestros que se van uniendo entre sí, pueden llegar a revelar rasgos de nuestra personalidad que son parte de nuestra privacidad. No podemos negar su importante aporte a la delimitación del concepto de intimidad; pero su concreción del estudio dirigido al tema informático y el tratamiento de datos personales deja afuera los otros aspectos del derecho a la intimidad, circunstancia que dificulta tener un concepto genérico de ella.

Luego de haber revisado las principales teorías, que intentan delimitar el derecho a la intimidad, podemos notar que su conceptualización ha ido variando con el tiempo. Es así que, en sus inicios, se lo entendía de una manera restringida e inmóvil, sustentado por el estar sólo, aislado y ensimismado; es decir se identifica con el *"ius solitudinis*[35]*"*, pretensión que le brindaba la facultad de disponer de una esfera de su vida personal alejada de injerencias inquietantes e impertinentes. Pero si bien desde el prisma filosófico este concepto es aceptable, aplicado al ámbito jurídico carece de relevancia para el derecho. Y esto se produce, porque mientras se entienda la intimidad como algo circunscrito a la soledad y al aislamiento, sin que

[33] MADRID CONESA, F.: *Derecho a la intimidad, informática y Estado de Derecho,* Universidad de Valencia, 1984, p. 45.
[34] SERRANO PÉREZ, M., y REBOLLO DELGADO, L.: *Introducción a la protección de datos,* Dykinson, Madrid, 2008, pp. 37 y 38.
[35] PÉREZ LUÑO, A.: *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución,* Editorial Tecnos, Madrid, 2010, p. 356.

trascienda al "ámbito de la alteridad y de la sociedad[36]", deja de ser importante para el derecho; de ahí que si no se exterioriza la intimidad a la esfera de la convivencia social y comienza ésta a producir un problema que incida en las relaciones con los demás, no tendrá relevancia jurídica; en otras palabras, para que la intimidad exista debe concitar un problema jurídico[37].

Debido a lo anterior por entenderse implícita, en el derecho a la intimidad, la dimisión social, es que hoy en día se ha dejado a un lado el criterio de protección de la intimidad fundamentada en la intensidad social de la conducta. En la actualidad su fundamentación se orienta en los valores e intereses, públicos y/o privados que pueden contraponerse a las aspiraciones de la persona concernida de preservar sus datos en un plano de reserva[38].

La idea antes invocada tomó mayor fuerza con el advenimiento de la automatización del almacenamiento de datos, situación que deja al descubierto un área de la intimidad que no preveía su protección, ya que, hasta antes de estos avances tecnológicos que permiten acopiar en cantidades industriales los datos personales de los individuos, las teorías que trataban la tutela de la intimidad resultaban adecuadas frente a cualquier invasión en la órbita del individuo; pero con la aparición de los bancos de datos personales devinieron en insuficientes. Ante esta compleja realidad, se tuvo que buscar un nuevo fundamento jurídico acorde con los nuevos tiempos, por lo que se deja a un lado la visión cerrada y defensiva de la intimidad[39] y se da paso a una nueva corriente de carácter positiva.

Limitar el radio de protección de la intimidad a su aspecto territorial o físico, sin tomar en cuenta el contenido informativo del derecho, significa desconocer que las intromisiones más peligrosas e intensas, las que se originan en un entorno tecnológico, atañen a la vertiente informativa de la intimidad. En efecto la calidad y cantidad de información que permiten procesar las TIC, convierten ciertas injerencias físicas a la intimidad, que en un principio son inofensivas, en verdaderas amenazas que vulneran la vida íntima de las personas. Si estamos sometidos a vigilancia física mediante medios técnicos, la afectación a nuestra intimidad será más o menos penetrante, dependiendo de la duración o tiempo de la medida. De tal suerte que si nos encontrarnos expuestos a periodos largos de vigilancias, significará la obtención de una

[36] PÉREZ LUÑO, E.: *Los derechos humanos en la sociedad tecnológica*, Universitas, Madrid, 2012, p. 92.
[37] *Ídem*.
[38] PÉREZ LUÑO, E.: *Los derechos humanos en la sociedad tecnológica…, op. cit*., p. 94. PEREZ LUÑO, A.: *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*…, *op. cit*., p. 358.
[39] PÉREZ LUÑO, E.: *Los derechos humanos en la sociedad tecnológica…, op. cit*., p. 93.

gran cantidad de nuestra información; por lo que en un periodo corto se podrá conseguir un perfil pormenorizado de los movimientos cotidianos; esto es, lugares que frecuentamos, personas con las que compartimos, hábitos privados; así como aspectos reservados de la personalidad. Actos que por ser ocultos no dejan huellas ni rastros; por ende, no tendremos la posibilidad de controlar dichos datos, todo lo cual lo convierte en invasiones muy penetrantes y con una mayor carga lesiva para el derecho a la intimidad[40].

Es así que la tendencia doctrinal europea ha superado la concepción inicial del derecho a la intimidad entendido como facultad negativa de exclusión de invasiones extrañas a la parte más interior de la persona, para constituirse en un poder o facultad de decisión y elección del interesado para compartir con otro u otros sus aspectos vivenciales, sentimentales o conductuales[41].

Esta nueva vertiente es la que viene adoptando en varias de sus sentencias la jurisprudencia constitucional española al expresar que, el derecho a la intimidad ha conseguido también una perspectiva positiva en relación con el libre desarrollo de la personalidad, encaminada a la plena efectividad de este derecho. De no estimarse a la intimidad desde una visión positiva, su consagración como derecho en el texto constitucional sería algo retórico y formal. En este sentido, se hace ineludible reforzar su protección no sólo en contra de las injerencias de terceros, sino, además, frente a los peligros que puedan emerger en una sociedad tecnológicamente evolucionada[42].

En resumen, los cambios tecnológicos y comunicaciones a los que se enfrenta nuestra actual sociedad han hecho reforzar el ámbito jurídico de protección del derecho de intimidad, en dos sentidos. El clásico de carácter negativo que consiste en abstraer del conocimiento de los demás nuestros asuntos íntimos; y, el moderno que viene a complementar un espacio relacionado al uso de las TIC que se encontraba sin protección, entendido como la facultad de controlar la irracional recolección, registro y retrasmisión de nuestra información personal que se encuentran bajo el resguardo de terceros.

---

[40] LÓPEZ ORTEGA, J.: "El derecho a la intimidad la utilización de medios técnicos de observación y vigilancia en la lecrim (lo 13/2015)", en *El derecho a la intimidad. Nuevos y Viejos debates* (Dir. LÓPEZ ORTEGA, J.) (Coords. SALON PIEDRA, J. y YLIZARBE VALENZUELA, F), Dykinson, Madrid, 2017, p. 16.
[41] HERRAN ORTÍZ, A.: *El derecho a la intimidad en la nueva Ley Orgánica de Protección de Datos personales,* Dykinson, Madrid, 2002, p. 24.
[42] STC 119/2001, de 29 de mayo de 2001.

Haciendo un repaso de lo que hemos expresado sobre el derecho a la intimidad podríamos establecer las siguientes características:

a) Es un derecho fundamental por ser indispensable para el desarrollo de la personalidad del sujeto.

b) Su contenido depende de cada persona, en otras palabras, es un derecho de contenido indeterminado.

c) Su concepto es de carácter material; porque pertenece a lo que por su naturaleza es privado.

d) La expectativa de reserva depende del titular del derecho[43].

Una vez que hemos conocido de manera general el objeto jurídico de protección que abarca el derecho a la intimidad, sin pretender dar una definición al respecto, por ser ajena a nuestra investigación, pensamos que es necesario para nuestro trabajo de tesis, identificar ciertas características que permitan establecer los aspectos íntimos susceptibles de protección jurídica, lo cual nos permitirá conocer cuándo se puede interferir este derecho, sin que conlleve a su ilicitud probatoria.

Siguiendo lo que señala ROJAS GÓMEZ, podemos resumir las características en: 1) ocultabilidad material en el respectivo contexto; 2) voluntad de preservación del conocimiento ajeno, y, 3) idoneidad de las precauciones para asegurar el ocultamiento[44]. Dicho esto, vamos a explicar cada una de estas características.

Con relación al primer elemento, debemos señalar que, al vivir en sociedad, no podemos ocultar aspectos indispensables que, si bien nos pertenece, se requieren para que los demás puedan saber quiénes somos, caso contrario sería difícil interrelacionarnos con otros individuos. En efecto el individuo no es un ser aislado, sino que interactúa en la sociedad con otros sujetos y diversos grupos, de ahí que la intimidad no puede ser un derecho ilimitado y debe estar sometido a ciertos límites basados en diversos principios e intereses que fundamenten ciertas

[43] Existen muchos más caracteres que le son propios por ser parte de los denominados derechos de la personalidad. Al respecto la Ley O 1/82 señala como características de estos derechos: la irrenunciabilidad, inalienabilidad e imprescriptibilidad (art. 1.3). Por su parte Rebollo Delgado le atribuye las siguientes características: a) derecho innato, b) derecho subjetivo, c) derecho individual, d) derecho público, e) derecho absoluto, f) derecho extrapatrimonial y, g) derecho imprescriptible. REBOLLO DELGADO, L.: *El derecho fundamental a la intimidad…, op. cit*., pp. 183-188.

[44] ROJAS GÓMEZ, E.: *Eficacia de la prueba obtenida mediante irrupción en la intimidad,* Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2011, p. 37.

invasiones en el espacio privado de las personas. Adicional a esto, proporcionar ciertos aspectos propios como la imagen de nuestro rostro, el nombre, filiación entre otros, permite el ejercicio de control necesario para el buen funcionamiento del Estado con sus ciudadanos[45]. En consecuencia, por la importancia que representan para una sociedad políticamente organizada, conocer determinados aspectos personales de los sujetos, como los antes señalados, es que éstos quedan al margen de la idea de intimidad como objeto de protección. A su vez, existen otros detalles que sí son protegidos como por ejemplo lo relacionado a su sexualidad, creencias religiosas[46] o sentimientos; aspectos que el sujeto puede guardar del conocimiento de los demás por estar tutelado por el derecho a la intimidad. Por último, dentro de este punto encontramos actividades que conforme a la actividad de la persona, pueden ser al mismo tiempo susceptibles de protección del derecho de intimidad, y a su vez quedar afuera de dicha tutela como sucede con la correspondencia postal[47] que, por un lado, tenemos la obligación de dar a conocer la identidad del destinatario, lo cual queda fuera de la protección legal; pero por otro, el contenido de la correspondencia entra en el ámbito de lo secreto, en tal razón su vulneración lleva implícita una sanción.

La segunda característica tiene que ver con el poder que tiene el sujeto de mantener oculto o no de los demás lo que él considera como íntimo; por lo que su ocultamiento va a depender de si la persona a quien pertenece esa información desea alejarla del conocimiento de terceros. Siendo que la intimidad varía según el sujeto es éste quien va a determinar si aspectos de su vida secreta lo da o no a conocer a otros. Esto significa que el sujeto decide compartir con terceros algo de su intimidad, queda al margen de la protección del derecho dicha información. Por lo tanto, no interesa si se trata de aspectos que pertenece a su esfera interior y que por las costumbres sociales deberían estar al margen de extraños, de ahí que, si su elección es la de exponerlo al público, no puede luego exigir reserva ni tener la expectativa de tutela contra la injerencia de extraños al conocimiento de esa información. Piense en las relaciones sexuales que es algo muy íntimo, que la costumbre por lo general aconseja mantenerlo fuera de la intromisión

[45] *Ibidem*, p. 38.
[46] RAMÍREZ MENDOZA, J.: *Diferencias entre las reglas de exclusión probatoria colombiana e internacional penal. Análisis en tres casos de injerencias en comunicaciones privadas,* Universidad del Rosario, Bogotá, 2015, p. 45.
[47] Otro ejemplo también se lo ve en el trabajo que realiza ciertos servidores público como lo jueces que, si bien sus sentencias son públicas, el razonamiento jurídico que hace previo a elaborar la sentencia es privada. ROJAS GÓMEZ, E.: *Eficacia de la prueba obtenida mediante irrupción en la intimidad…, op. cit.,* p. 37-38.

de extraño; pero si los participantes del acto deciden compartir esa reserva con terceros, sus actos quedaran expuestos a ser conocidos por otros, por lo tanto, su expectativa de privacidad desaparece por no ser razonable[48].

Para finalizar con la tercera característica, debemos tener presente que al ser la intimidad algo que únicamente está en lo más profundo del ser humano, el único que lo puede desvelar a los demás es el titular del derecho. En este sentido, si éste, no quiere que nadie más tenga acceso a su intimidad, debe procurar tomar las preocupaciones necesarias para asegurar el ocultamiento, caso contrario pierde la protección de sus secretos.

No basta el deseo de preservar algún dato personal, lo importante es emplear medios adecuados para protegerlo del conocimiento de extraños, pues de lo contrario el deseo de conservarlo en secreto desaparece y la tutela jurídica se convierte en imposible[49]. Así por ejemplo nuestro cuerpo deja de ser reservado, si nos desnudamos en un lugar público, aunque no deseemos ser observados.

A manera de reflexión entendemos que la intimidad como manifestación de lo más interno del ser humano, al ser una esfera personal de decisión inherente del individuo, será objeto de protección jurídica únicamente en aquellos aspectos materiales que pueden ser realizados o mantenidos en reserva. Es por esto que se requiere que la persona titular del derecho decida ejecutarlos fuera del alcance de los demás y los oculte de una manera adecuada, a efectos de conseguir su resguardo del conocimiento público.

1.2.- El derecho a la intimidad en el ordenamiento internacional

Hemos introducido el derecho a la intimidad desde el ámbito internacional, por la sencilla razón que en la actualidad no se puede realizar un estudio jurídico integral de la intimidad si no conocemos la influencia y la tendencia marcada en relación a este derecho por parte de las principales organizaciones internacionales, las mismas que desde hace varias décadas viene marcando la ruta dentro del contexto de la sociedad. Es debido a la importancia que representa el derecho a la intimidad para el desarrollo de la personalidad del ser humano,

[48] *Ibidem*, p. 38.
[49] *Ibidem*, pp. 38-39.

que ha sido acogido en diversos instrumentos jurídicos internacionales, los cuales pasaremos a revisar.

El primer texto que recoge este derecho fue la Declaración Americana de Derechos Humanos y Deberes del Hombre, de 2 de mayo de 1948, que en su art. 5 señala que: "Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra los ataques abusivos a su honra, a su reputación y a su vida privada y familiar". A partir de aquí se marcó el camino para que en posteriores instrumentos internacionales se continúe tratando el derecho a la intimidad.

Es así que la organización de las Naciones Unidas (en adelante ONU), en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de fecha 10 de diciembre, es decir pocos meses después de la anterior, en su art. 12[50] comienza expresando "nadie será objeto de injerencias…", frase que da un mensaje más imperativo que la señalada en La Declaración Americana de Derechos Humanos y Deberes del Hombre, sin que esto signifique un mayor reconocimiento ni cobertura de protección[51].

Otro instrumento que reconoce el derecho a la intimidad es el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, el cual en su art. 17.1 manifiesta "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".

Y para finalizar nuestro breve recorrido por los instrumentes internacionales tenemos para América, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) de 22 de noviembre de 1969 que en su art. 11.2 nos expresa: "nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, …".

Sin lugar a duda estas convenciones resultaron ser de mucha importancia y efectos socio-jurídicos hacia el futuro por haber sido influyentes en la normativización y consolidación de los derechos y libertades fundamentales en el ámbito interno de los países del mundo; a tal punto que muchos Estados, constitucionalizaron derechos tales como la intimidad, el *habeas data*, la libertad de expresión entre otros.

---

50 Artículo 12. "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". Declaración Universal de los Derechos Humanos.

[51] REBOLLO DELGADO, L.: *El derecho fundamental a la intimidad…, op. cit*., p. 102.

Adicional a lo anterior observamos que, los mencionados tratados, no definen lo que es el derecho a la intimidad, más bien la asimilan a la vida privada, en otras palabras, han tomado directamente el término *privacy* de la doctrina norteamericana. Por otra parte, en todas estas normativas se prohíbe las injerencias ilegales, arbitrarias o abusivas. Sobre este aspecto vale señalar que el Pacto a diferencia de la Declaración Americana de Derechos y Deberes y a la Declaración Universal de 1948, incluye el término ilegales en vez de arbitrario, frases que, si bien parecería ser similares, para FARIÑAS MANTONI[52], entre ellas existe una gran diferencia. Considera el autor en mención que el concepto arbitrario tiene un campo más amplio de contenido que el concepto ilegal, pero éste segundo al ser más concreto, es mejor definidor de las características que las injerencias deben tener para ser consideradas como inadmisibles. Por último, tenemos que estos convenios internacionales, establecen en sus normas la obligación de la ley de proteger la intimidad en sus diversas manifestaciones.

Una vez que hemos revisado la normativa internacional que trata sobre el derecho a la intimidad, se procede a conocer de qué forma se manifiesta este derecho en el concierto europeo y latinoamericana, para luego estudiarlo en la normativa interna española y ecuatoriana.

1.3.- El derecho a la intimidad en Europa continental

Hemos visto como los principales tratados internacionales de derechos humanos han ido incluyendo en sus normativas la idea de la intimidad como derecho, lo cual ha influido para que otros organismos internacionales con menor cobertura territorial repliquen este criterio. Es por esto que este derecho también se acoge en Europa, pero que al igual como sucede en los organismos que hemos mencionado, no existe una diferenciación entre los términos vida privada e intimidad.

Como antecedente remoto de la introducción en la normativa europea de la intimidad como derecho fundamental, encontramos al tratado de Ámsterdam 2 de octubre 1997, tratado que, si bien no cuenta con un catálogo de derechos, en su Preámbulo del Acta Única Europea, hace mención expresa a los derechos fundamentales. Esta ausencia de una clara enumeración de derechos fundamentales dio pie para que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas

[52] FARIÑAS MANTONI, L.: *El derecho a la intimidad*, Trivium, Madrid, 1983, p. 259.

objetara en sus inicios, cualquier pronunciamiento relacionado a la conformidad o disconformidad de las normas comunitarias con los derechos fundamentales. Situación que va variar a finales de los años setenta debido a que los Estados miembros transfirieron muchas competencias a instituciones comunitarias, lo cual dejó en evidencia la necesaria protección a nivel europeo de los derechos fundamentales[53].

Ante este panorama, entra en vigencia el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (en adelante CDEH), celebrado en Roma el 4 de noviembre de 1950, el cual, siguiendo los lineamientos de la Declaración Universal de Derechos Humanos[54], y, teniendo como base la finalidad del Consejo de Europa, la misma que *"es realizar la unión más estrecha entre sus miembros*[55]*"*, establece como uno de los medios para conseguir dicho objetivo el proteger y desarrollar los derechos humanos y de libertades fundamentales[56]. En este instrumento se establece una lista de derechos y libertades catalogados como esenciales; al mismo tiempo que se implementó como órgano de última instancia para hacer cumplir el contenido establecido por el presente Convenio, al Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH). En este sentido encontramos una doble importancia del presente Convenio para el ordenamiento jurídico de los Estados miembros. La primera es que se constituye en un elemento interpretativo en lo atinente a los derechos y libertades fundamentales. Y la segunda es que el cumplimiento e interpretación de sus lineamientos queda encargado a un órgano de naturaleza supranacional, esto es el Tribunal Europeo de Derechos Humanos[57].

Con la implementación de este Convenio surge en Europa un subsistema que debe ser tenido en cuenta dentro de los ordenamientos de los países miembros, el mismo que no excluye al interno, sino que interactúa con éste. En este sentido el primero fija unos contenidos

[53] REBOLLO DELGADO, L.: *El derecho fundamental a la intimidad…, op. cit*., pp. 347-348.
[54] Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948 proclamó como ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse, a fin de que tanto los individuos como las instituciones, inspirándose constantemente en ella, promuevan, mediante la enseñanza y la educación, el respeto a estos derechos y libertades, y aseguren, por medidas progresivas de carácter nacional e internacional, su reconocimiento y aplicación universales y efectivos, tanto entre los pueblos de los Estados Miembros como entre los de los territorios colocados bajo su jurisdicción.
[55] Preámbulo del Convenio Europeo de Derechos Humanos.
[56] *Ídem*.
[57] REBOLLO DELGADO, L.: *El derecho fundamental a la intimidad…, op. cit*., p. 349.

mínimos[58] que deben ser observado por la normativa jurídica de los Estados miembros, al mismo tiempo que realiza interpretaciones de cobertura general para todos los derechos[59].

El CDEH si bien consagra, al igual que los otros tratados que venimos revisando, el derecho a respetar la vida privada social y familiar de las personas[60], se diferencia del resto de Convenios por ser el primer instrumento en establecer ciertos paramentes de obligatorio cumplimiento cuando se presenta una injerencia por parte de la autoridad pública en los derechos antes mencionados[61].

Por otra parte, observamos que en este Convenio se utiliza la palabra "vida privada", concepto que se emplea en un sentido amplio y genérico[62], constituido por un conjunto de derechos del individuo dentro de los que destaca la intimidad[63]. La amplitud conceptual de vida privada en Europa es tan amplia que permite incluir diferentes formas de intromisiones contra la intimidad[64], tal es así que se da cabida para incluir actividades comerciales o profesionales[65].

Otro instrumento europeo en donde se hace referencia al tema que estamos tratando es la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea que en su art. 7 señala que "Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de sus comunicaciones [66]".

---

[58] El fijar un contenido mínimo de los derechos fundamentales tiene una doble función. Una es que si el Estado miembro no ha incluido algún derecho que sí consagra el Convenio, éste debe incluirlo o al menos tenerlo presente en su ordenamiento jurídico. La segunda es que los Estados partes a partir de ese mínimo de contenido, puede luego ampliar su reconocimiento y protección.

[59] REBOLLO DELGADO, L.: *El derecho fundamental a la intimidad…, op. cit.*, p. 350.

[60] El art. 8 señala "toda persona tiene derecho al respeto de su vida social y familiar…", Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.

[61] El art. 8: 1. Expresa: "Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia". A su vez el inciso 2. Señala: "No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho salvo cuando 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 terceros". Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.

[62] Parece ser que la dificultad que representa el delimitar lo que es intimidad debido a sus circunstancias socio-culturales, naturaleza pluridimensional y compleja ha dado lugar a que se emplee la expresión "vida privada" con carácter general para englobar diversos derechos relacionados con el libre desarrollo de la personalidad como es el derecho a la intimidad.

[63] REBOLLO DELGADO, L.: *El derecho fundamental a la intimidad…, op. cit.*, pp. 347-348.

[64] LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J.; *Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida…*, *op. cit.*, p. 32.

[65] REBOLLO DELGADO, L.: *El derecho fundamental a la intimidad…, op. cit.*, p. 352.

[66] Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, disponible en: https://sirdoc.ccyl.es/Biblioteca/Dosieres/DL177Diversidad/pdfs/UE-Res-1989-DeclaracionDerechos.pdf, (última visita 22-06-2020), https://www.boe.es/doue/2010/083/Z00389-00403.pdf, (última visita 22/06/2020).

Como vemos en Europa el derecho a la intimidad no se encuentra estipulado de forma expresa en los textos internacionales, sino que ha sido incluido dentro del derecho a la vida privada, esfera que confiere al individuo una gama extensa de facultades que lo protege tanto contra injerencias de terceros hacia su esfera reservada, así como del uso que puedan darle de su información.

Otro aspecto para resaltar es que, si bien el presente Convenio tiene mucha similitud con otros textos internacionales, se diferencia de ellos por cuanto éste, es un instrumento jurídico con fuerza vinculante entre los Estados miembros de la Unión Europea. Es por esto que se constituyen en una herramienta de observación obligatoria para los Estados de la Unión en relación al respeto de los derechos fundamentales, a tal punto que deben incluir en sus normativas internas, en caso de no tenerlo, ciertos contenidos mínimos establecidos por el Convenio.

1.4.- El derecho a la intimidad en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Una vez que hemos estudiado la incorporación del derecho a la intimidad en los diversos instrumentos internacionales; así como en las legislaciones europea y americana, vamos a revisar lo que ocurre en los dos principales órganos de interpretación de estos dos contenientes.

En primer lugar, comenzaremos por referirnos al Tribunal Europeo de Derechos Humanos cuya sede la encontramos en Estrasburgo, este Tribunal como ya advertimos, es el órgano de última instancia de cumplimiento del contenido e interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Sobre este tema el Tribunal ha emitido muchas sentencias; por lo que hacer mención a todas ellas rebasarían los límites de esta investigación, de ahí que únicamente nos referiremos a las que, según nuestro criterio, son las más relevantes para el presente estudio.

Una de las sentencias dictadas por este órgano judicial que reviste mucha importancia por la interpretación que hace de vida privada es la dictada en el caso Niemitz. En esta sentencia

se expresa que la noción "vida privada", es amplia, por lo que TEDH piensa que no es ni posible ni conveniente definir de forma exhaustiva tal concepto. Esta consideración lo hace por estimar que limitar la vida privada a la esfera íntima, resultaría muy restrictivo, por ser un espacio en el que cada individuo lleva su vida personal a su agrado con exclusión total del mundo exterior de esta esfera. Situación no aceptada por este órgano que por el contrario ha señalado que el respeto a la vida priva debe además abarcar, de cierta forma, el derecho de la persona para establecer y desarrollar relaciones con otros sujetos[67]. Desde esta perspectiva no cabe excluir de la vida privada las actividades comerciales o profesionales[68].

Si tomamos en cuenta esta última aseveración podemos colegir dos hechos. El uno es que el TEDH, no toma como sinónimos los términos intimidad y vida privada; y el otro es que al menos diferencia distintos niveles de intimidad dentro de la vida privada; con lo cual esta última expresión tendría un concepto un poco más amplio y de un alcance mayor del que tendría el concepto de intimidad, circunstancia que puede ser importante de cara al desarrollo expansivo del art. 18.1 CE[69].

Como la sentencia más importante relacionada al tema de la intimidad en España, encontramos el caso López Ostra contra España del 9 de diciembre de 1994, la cual tuvo lugar por la demanda incoada por una señora murciana que reclamó por la puesta en marcha de una industria depuradora construida con una subvención pública sin licencia que debido a un defectuoso funcionamiento, producía emisiones de gases, olores pestilentes y contaminantes[70], próximo a su domicilio, hecho que vulneraban su derecho a la intimidad personal y familiar, a consecuencia de las graves molestias que le estaban causando dentro de su casa, con el consiguiente empeoramiento de su calidad de vida.

El TEDH, ampliando el ámbito de protección de vida privada, estimó que esta situación, encuadraba en el ámbito de tutela cubierto por el art. 8 del Convenio. Precepto que garantiza en primer lugar el disfrute efectivo del derecho *"al respeto de su domicilio y de su vida privada y*

[67] STEDH Niemitz, A 251.B, núm. 29.
[68] STEDH Costello-Roberst, A 247-C, núm. 36.
[69] RUIZ MIGUEL, C.: *El derecho a la protección de la vida privada en la jurisprudencia del TEDH"*, Civitas, Madrid, 1994, p. 35.
[70] MICHINEL ÁLVAREZ, M.: *Desarrollo económico, protección ambiental y bienestar social: el derecho de la sostenibilidad desde la perspectiva hispano-cubana*, Dykinson, Madrid, 2011, p. 96.

familiar[71]*"*. Esta sentencia cambia el criterio que venía manteniendo la sólida doctrina del Tribunal Constitucional que interpretaba de forma restringida el concepto de violación del domicilio al ámbito físico, de ahí que, según su criterio, los humos, olores y ruidos no constituían por sí mismos tal violación al no existir entrada en el domicilio. Con este fallo se amplía el contenido del derecho a la inviolabilidad del domicilio garantizado en el artículo 18 de la Constitución, por lo tanto, se incluyen dentro de este derecho aquellos supuestos de violación provocados por un ataque medioambiental[72].

En resumen, esta sentencia introduce el criterio de que los contenidos medioambientales forman parte de la intimidad; en tal sentido al ser el domicilio el espacio donde mejor se desarrolla la intimidad, cualquier ataque grave al medio ambiente que provoque afectación al bienestar de una persona y prive el goce del domicilio conlleva a la vulneración del contenido del art. 8 de la CEDH. En este caso cobra importancia la obligación positiva del Estado de tomar las medidas adecuadas que permitan garantizar el respeto a los derechos consagrados por el Convenio[73].

Otra sentencia que amplía el contenido de la intimidad es el caso Moreno Gómez contra España del 16 de noviembre de 2004, considerada la piedra angular de la lucha contra la contaminación acústica en el ámbito del CEDH. Esta sentencia tiene a lugar por la denuncia presentada por una ciudadana que habitaba en una zona residencial de Valencia en contra del ayuntamiento de la ciudad, por ver afectada su intimidad domiciliaria, debido al funcionamiento de varios establecimientos nocturnos que alteraba gravemente la paz del vecindario. Por otro lado, a pesar de existir un informe por parte de la policía autonómica en donde hacían conocer a las autoridades sobre que los locales superaban los decibelios permitidos e infringían los

[71] GARRIGA DOMÍNGUEZ, A: "Causes para la defensa del medio ambiente en el ámbito del convenio europeo para la protección de los derechos fundamentales", en *Derechos humanos, protección medioambiental y nuevo retos sociales* (Dirs. DOMÍNGUEZ GARRIGA, A., y SÁNCHEZ BRAVO, A.), Dykinson, Madrid, 2010, p. 63.

[72] *GARCÍA SAN JOSÉ D.: "La dimensión medioambiental del convenio europeo de derechos humanos y sus repercusiones en el ordenamiento jurídico español"*, Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED, núm. 12, 1997, pp. 549-562, disponible en: http://e-spacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned:BFD-1997-12-2995D5F7&dsID=PDF, (última visita 30/6/2020).

[73] CASINO RUBIO, M.: "López Ostra C. España (STEDH de 9 de diciembre de 1994): La contaminación ambiental y el derecho a la vida privada y familiar", en *Conflicto y diálogo con Europa. Las condenas a España del Tribunal Europeo de Derechos Humanos* (Coords. ALCÁCER GUIRAO, R., BELADÍEZ ROJO, M. y SÁNCHEZ TOMÁS, M.), Thomson Reuters, Navarra, 2013, p. 428.

horarios de cierre, las autoridades pertinentes concedieron una licencia para el funcionamiento de una discoteca en el inmueble de la accionante.

El TEDH, en la presenta causa estimó vulnerado el art. 8 CEDH, puesto que el individuo tiene derecho al respeto a su domicilio, espacio físicamente delimitado para desarrollar la vida privada, lugar que no sólo se lo debe entender únicamente como un simple espacio físico, sino también como el derecho a gozar en tranquilidad de dicho espacio. Esto significa que el radio de protección del domicilio traspasa el umbral de lo material o corporal hacia lo inmaterial o incorpóreo. En tal sentido este reducto ya no solo debe ser protegido contra las intromisiones de extraños no autorizadas, sino también contras otras agresiones inmateriales como los ruidos, emisiones, olores entre otras. Perturbaciones que si son graves impiden del disfrute de la intimidad domiciliaria[74].

Para cerrar con esta revisión trataremos una sentencia que tiene mucha importancia para nuestro estudio, nos referimos al caso Valenzuela Contreras contra España del 30 de junio de 1998. En este caso a diferencia de los dos anteriormente tratadas, la injerencia de la autoridad al derecho fundamental es directa, y tiene lugar como consecuencia de unas escuchas telefónicas autorizadas por el Juez de Instrucción núm. 31 de Madrid. Vale tener presente que las ordenes fueran dictadas con anterioridad a la entrada en vigor de la reforma del art. 579 de la LECrm, es decir fueron cursadas sin ley pertinente para el caso, tomando únicamente como fundamento el art. 579 que preveía en ese entonces, exclusivamente la detención, apertura y examen de las comunicaciones escritas. En virtud de aquello el Sr. Valenzuela Contreras denunciaba que la interceptación de sus conversaciones telefónicas fue autorizada sin haber estado prevista por la ley.

El TEDH al conocer esta denuncia, dentro de lo más importante, señaló que la interceptación de las conversaciones telefónicas compone una injerencia de una autoridad pública en el derecho al respeto a la vida y a la correspondencia que vulnera el art. 8.2 excepto cuando está "prevista por la ley", persigue fines legítimos de acuerdo al párrafo 2 y además es "necesaria en una sociedad democrática para alcanzarlos". En esta sentencia se señala que la frase "prevista en la ley" tiene como fin, en primer lugar, conseguir, que la medida tenga una

[74] TEROL BECERRA, M.: "Conservación de la naturaleza vs. derecho al medio ambiente", en *Derecho ambiental y transformaciones de la actividad de las administraciones públicas* (Dirs. PIGRAU SOLE, A y CASADO CASADO L.), (Coord. PALLARÉS SERRANO A.), Atelier, Barcelona, 2010, p. 75.

base en el derecho interno. Pero no basta con la existencia de la ley, sino que además ésta debe ser de calidad, para que ofrezca cierta protección contra atentados arbitrarios del Estado a los derechos garantizados por el Convenio. Además de lo anterior se da una serie de requisitos que deben ser observados por los poderes públicos cuando tienen que tomar ese tipo de medidas. Por todos estos incumplimientos, el Estado español, fue sentenciado. Lo más importante de este fallo fue que las consideraciones emitidas por TEDH, fueron tomadas por el ordenamiento interno de este país al momento de darse la reforma a la LECrim, mediante la Ley Orgánica 13/2015.

Una vez estudiada la situación del derecho a la intimidad en el TEDH, vamos a proceder a revisar lo que acontece en la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Haciendo una breve referencia sobre la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, la Corte o la CIDH), diremos que su creación tuvo lugar gracias al tratado internacional llamado Convención Americana sobre Derechos Humanos conocido también como Pacto de San José de Costa Rica de fecha 1969. De su nombre se desprende que su radio de acción es para los americanos y sólo para aquellos Estados que han aceptado su competencia. Su principal función[75] es la aplicación e interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos además de otros instrumentos americanos. Esta Institución tiene también la facultad de juzgar[76] y condenar a los Estados partes.

El desarrollo jurisprudencial de la CIDH en relación con la vida privada o intimidad ha sido muy escaso si lo comparemos con el tratamiento que han tenido otros derechos. Es así que el desarrollo sistemático del contenido y alcance de este derecho recién empieza a partir del año 2006, con ocasión del caso Masacres de Ituango[77]. Los hechos de este caso tuvieron lugar en el municipio de Ituango Colombia, en donde grupos paramilitares de dicho país cometieron sucesivas incursiones armadas, asesinando a su paso a pobladores indefensos del antes

[75] Artículo 1. Naturaleza y Régimen Jurídico. La Corte Interamericana de Derechos Humanos es una institución judicial autónoma cuyo objetivo es la aplicación e interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. La Corte ejerce sus funciones de conformidad con las disposiciones de la citada Convención y del presente Estatuto. Estatuto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

[76] *Ídem*, artículo 2. Competencia y Funciones. La Corte ejerce función jurisdiccional y consultiva: 1. Su función jurisdiccional se rige por las disposiciones de los artículos 61, 62 y 63 de la Convención.

[77] ZELADA, C., y BERTONI, E.: *"Apuntes sobre la vida privada desde la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos",* Forseti Revista De Derecho, vol. 1, núm. 1, 2013, pp. 123-146. https://doi.org/https://doi.org/10.21678/forseti.v1i1.1195, (última visita 11/07/2021).

mencionado lugar. Además, este grupo paramilitar durante su incursión robó ganado, destruyó e incendió gran parte de las casas.

En el presente caso la CIDH, dentro de lo más relevante, considera vulnerado el derecho a la vida, a la libertad y a la propiedad privada; pero lo que a nosotros nos interesa es el ámbito de protección que le da la Corte al derecho a la privacidad. La línea argumental que se tomó fue la de vincular la vida privada al domicilio familiar[78]. Es por esto que, si una persona pierde o es despojado de forma temporal o permanente del domicilio, no solo se le vulnera el derecho a la propiedad del bien y de todo lo que está en el interior, sino que al ser la privacidad aquel reducto libre e inmune a la interferencias o agresiones abusivas o arbitrarias, por parte de terceros o de la autoridad pública, y, siendo el domicilio el espacio donde se desarrolla libremente la privacidad[79], la invasión injustificada y abusiva a esa esfera, conlleva a la pérdida de una de las condiciones básicas para el desarrollo de las personas; esto es su círculo íntimo. Por lo que, para la Corte, el domicilio no sólo es el ámbito físico de disfrute y goce de la propiedad o reducto que nos protege de extraños, sino que, además, es el ámbito natural para hacer posible el ejercicio del derecho a la intimidad[80].

Como puntos destacables de este estudio encontramos que el radio de protección jurídica del derecho a la privacidad se extiende no sólo a las injerencias arbitrarias del poder público sino también a las provenientes de particulares. Por último notamos que esta sentencia se convierte en el punto de partida para el desarrollo del derecho a la privacidad en la jurisprudencia de la CIDH, puesto que como se desprende de la propia lectura de la sentencia, este alto organismo de justicia ante la ausencia de precedentes, tuvo que sustentar su criterio tomando como base la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que había tratado mucho antes el tema de la propiedad privada de forma conjunta con el derecho al respeto a la vida privada y familia y el domicilio[81].

[78] CIDH. Caso de las Masacres de Ituango, párr. 194.
[79] *Ibidem*.
[80] La Corte para llegar a este razonamiento hizo algunas precisiones sobre la inviolabilidad del domicilio y la vida privada desde la óptica del art. 11. 2 de la Convención. Señala que este artículo protege la vida privada y el domicilio de injerencias arbitrarias o abusivas. Por lo que de conformidad a este artículo tenemos un ámbito personal que debe estar exenta de intromisiones por parte de extraños; en consecuencia, el honor personal y familiar, al igual que el domicilio, deben estar protegidos de dichas interferencias, párr. 193.
[81] CIDH. Caso de las Masacres de Ituango, párr. 195.

Continuando con la evolución de la esfera de protección del derecho a la privacidad, tenemos el caso, Escué Zapata. Los antecedentes de este caso se suscitaron en 1988, en circunstancias que agentes del ejército colombiano ingresaron de forma violenta en busca de armas a la casa del señor German Escué dirigente indígena. Al no encontrar nada los militares lo amarraron y lo sacaron de su casa a golpe; para luego ejecutarlo extrajudicialmente. El Tribunal determinó en la presente causa que había existido violación al art. 11.2 de la Convención, para lo cual tomó como base la jurisprudencia que había dado en el caso de las Masacres de Ituango respecto a la vida privada. En efecto la violenta entrada al domicilio del dirigente indígena y su familia constituyó una vulneración al art. 11.2 de la Convención; puesto que el domicilio es el reducto ideal en donde se puede ejercer libremente la vida privada y familiar[82]. En esta sentencia seguimos observando la importancia que le da la CIDH al domicilio como espacio para el libre ejercicio de la vida privada, y, por ende, de la intimidad.

Otra sentencia que resulta necesario mencionar, por estar relacionada con nuestro tema de investigación, es el denominado caso Tristán Donoso vs. Panamá de 2009, jurisprudencia que ha sido la primera en abordar el tema de la inviolabilidad de las comunicaciones. La Corte avoca conocimiento de este trámite, por la demanda presentada por el señor Tristán Donoso, abogado de profesión que denunció la responsabilidad del Estado por la violación del derecho a la vida privada, al haber interceptado, grabado y divulgado sus conversaciones telefónicas sostenida con uno de sus clientes.

En este caso la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al tratar la vida privada reitera los criterios ya fijados en la jurisprudencia sobre las Masacres de Ituango vs. Colombia[83]; pero amplían la cobertura del art. 11 de la Convención Americana de Derechos Humanos manifestando que si bien el derecho a la vida privada cubre aspectos tales como la vida familiar, el domicilio y la correspondencia, a pesar de que no se hace mención expresa en el Convención a las conversaciones telefónicas, al ser éstas una forma de comunicación similar a la

[82] La Corte en este asunto volvió a pronunciarse sobre la vida privada sosteniendo que: "La protección de la vida privada, la vida familiar y el domicilio de injerencias arbitrarias o abusivas implica el reconocimiento de que existe un ámbito personal que debe estar exento e inmune a las invasiones o agresiones abusivas o arbitrarias por parte de terceros o de la autoridad pública. En este sentido, el domicilio y la vida privada y la familiar se encuentran intrínsecamente ligados, ya que el domicilio se convierte en un espacio en el cual se puede desarrollar libremente la vida privada y la vida familiar". CIDH. Caso Escué Zapata vs. Colombia párr. 95.

[83] Cfr. Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2006. Serie C núm. 148, párrafos, 193 y 194.

correspondencia, también queda comprendida dentro de la ámbito de protección del derecho a la vida privada[84]. Para sustentar este criterio al no existir casos anteriores sobre este asunto, al igual que sucedió anteriormente, este órgano tuvo que recurrir a la jurisprudencia del TEDH[85].

Lo novedoso y relevante para nosotros es que aquí se establecen, al igual que en la Convención Europea de Derechos Humanos, requisitos para que los Estados puedan restringir el derecho a la vida privada sin que sean consideradas injerencias arbitrarias o abusivas. En este sentido se exige que las medidas estén previstas en la ley, que persigan un fin legítimo y que, además, cumplan con los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad, en suma, deben ser necesarias en una sociedad democrática[86]. Otro aspecto importante que se dispone en este caso fue exigir a los Estados miembros adoptar medidas necesarias para elaborar un marco legal adecuado que desaliente las interferencias arbitrarias o abusivas al derecho a la intimidada o la privacidad[87].

Por último, en esta sentencia se consideró que divulgar el contenido de una conversación telefónica que ha sido interceptada y grabada ilegalmente por un agente del Estado, constituye una violación al derecho a la intimidad estipulada en el art. 11.2 de la Convención Americana[88]. A su vez en el párrafo 76 de la sentencia señala que *"la divulgación de la conversación telefónica por parte de un funcionario público implicó una injerencia en la vida privada".* Esto nos lleva a concluir que para la CIDH intimidad y vida privada son sinónimos. En tal sentido para la Corte no interesa si lo que se está trasmitiendo en la conversación telefónica es íntimo, basta que sea algo reservado, es decir que los interlocutores no quieren que terceros ajenos a la conversación conozcan lo que se está hablando, para que entre dentro del objeto de protección de señalado en el art. 11.2 de la Convención Americana.

El último caso que vamos a tratar es el conocido como Escher y Otros, el mismo que tuvo su origen como consecuencia de un conflicto social relacionado con la reforma agraria en varios Estados de Brasil. Miembros de la policía presumiendo que en la sede de la organización social COANA se estarían realizando prácticas delictuales, presentaron a una autoridad judicial una solicitud de interceptación y monitoreo de una línea telefónica, instalada en dicha sede, la

[84] Corte IDH. Caso Tristán Donoso vs. Panamá, *supra* nota 1, párr. 55.
[85] *Ídem*.
[86] *Ibidem*, párr. 56.
[87] *Ibidem* párr. 58.
[88] *Ibidem* párr. 68.

cual fue inmediatamente otorgada. Debido a lo anterior los dirigentes de la organización por considerar ilegal dicha injerencia demandaron al Estado de Brasil ante la CIDH.

En esta sentencia se reafirman los criterios que se veían sosteniendo sobre la prohibición de toda injerencia arbitraria o abusiva en la vida privada de las personas y sus diversos ámbitos. En razón de lo anterior la Corte ha sostenido que el ámbito de la privacidad se caracteriza por permanecer exenta e inmune a las incursiones o ataques ilegales o abusivos por parte de terceros o de la autoridad pública[89].

Señala la CIDH que como lo ha dicho en otras sentencias, si bien las conversaciones telefónicas no se encuentran expresamente previstas en el art. 11 de la Convención, ésta por ser una forma de comunicación, también se las incluye en el ámbito de protección de la vida privada[90]. Dentro de esta protección se encuentran todas las conversaciones telefónicas sin importar su contenido, así como cualquier otro elemento que sea parte del proceso comunicativo. Termina concluyendo la Corte que la protección a la vida privada se cristaliza en el derecho a que personas extrañas a los *"interlocutores no conozcan ilícitamente el contenido de las conversaciones telefónicas o de otros aspectos*[91]*"*. Como podemos notar en esta sentencia se dan algunas precisiones extras que no se tomaron en cuenta en el caso Tristán Donoso respecto a la privacidad del ámbito de las comunicaciones telefónicas. Es así que a más de ratificar que la comunicación telefónica es parte de la vida privada, se especifica que la forma de protegerla es alejando a terceros de su conocimiento ilícito del contenido de las conversaciones, incluso se va más allá incluyendo otros ámbitos inherentes a la comunicación.

Con esta sentencia se extiende el objeto de protección de las comunicaciones telefónicas no sólo a lo privado, sino también siguiendo la línea jurisprudencial del TEDH, a los asuntos de negocios o actividades profesionales que desarrolla. Y por último se insta a los Estados a adecuar la protección del derecho a la vida privada acorde con los tiempos actuales del uso de las nuevas herramientas tecnológicas que ponen este derecho en una situación de mayor riesgo[92].

---

[89] Cfr. Caso de las Masacres de Ituango, supra nota 48, párr. 194; Caso Escué Zapata vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2007. Serie C núm. 165, párr. 95, y Caso Tristán Donoso, *supra* nota 9, párr. 55.
[90] CIDH, Caso Tristán Donoso vs. Panamá, párr. 55.
[91] CIDH, *Ibidem*, párr., 114.
[92] *Ibidem*, párr. 115.

1.5.- El derecho a la intimidad como derecho fundamental

El ser humano necesita de ciertas libertades, facultades y prerrogativas que permiten el ejercicio propio del individuo, autoejercicio que les pertenece cualitativamente a todos los individuos en razón de tal condición; pero que dada la interacción social se delimitan dichas prerrogativas a efectos de que al mismo tiempo faciliten a todos su propio ejercicio sin perturbar, impedir o entrar en conflicto entre sí. El ejercicio de estos valores no puede quedarse como un simple ideal[93] o aspiración del sujeto, de ahí que se requiere de su positivación por parte del Estado a efectos de que sean conocidos y respetados por toda la sociedad. Cuando estas aspiraciones o ideales son incorporados al derecho positivo y elevados a rango constitucional pasan a denominarse derechos fundamentales.

Podemos asegurar que cuando nos referimos a los derechos fundamentales estamos hablando de aquellos derechos humanos[94] que por ser esenciales para que una persona logre desarrollar sin impedimento un plan de vida digna y plena, han sido positivizados en el ordenamiento jurídico de un Estado.

LUIGI FERRAJOLI, al estudiar los derechos fundamentales, propone una definición teórica, puramente formal o estructural, considerando a los derechos fundamentales como: "todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos, en cuanto dotado del estatus de personas, de ciudadanos o de personas con capacidad de obrar[95]".

---

[93] DONATO RAMÍREZ, M.: "Sobre el derecho fundamental a la intimidad. Breves reflexiones jurídicas", en *El derecho a la intimidad. Nuevos y Viejos debates* (Dir. LÓPEZ ORTEGA, J.,), (Coords. SALON PIEDRA, J., y YLIZARBE VALENZUELA, F.), Dykinson, Madrid, 2017, p. 51-52.

[94] En palabras de Pérez Luño, los derechos humanos son: *"conjunto de facultades e instituciones, que en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional"*. Obsérvese que no basta que existan los derechos humanos, sino que éstos necesitan ser reconocidos de manera escrita (es aquí cuando pasan a denominarse derechos fundamentales) por los ordenamientos jurídicos, no sólo en plano nacional sino también en lo internacional. Con esto se logra que los derechos fundamentales sean conocido tanto por los ciudadanos del país que los implanta; como por el resto del mundo, consiguiendo con ello una erradicación generalizada de los derechos. PÉREZ LUÑO, A.: *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución…, op. cit.*, p. 48.

[95] Téngase en cuenta que esta definición al ser de carácter teórico, formal o estructura, no está formulada en relación a las normas de un ordenamiento especifico; por lo que permite su aplicación en cualquier tipo de ordenamiento jurídico sin importar la clase de derechos fundamental que tengan reconocidos. FERRAJOLI, L.: *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Trotta, Madrid, 2009, p. 37-38.

Desde el punto de vista formal, solo son derechos fundamentales aquellos que están declarados en normas constitucionales o, en última instancia, en normas de rango supralegal. Desde esta concepción notamos que lo que en verdad caracteriza a los derechos fundamentales es su supremacía frente a la ley y su fuerza vinculante a todos los poderes públicos[96].

Para DONATO RAMÍREZ, los derechos fundamentales no sólo están conformados por aquellos valores protegidos en la norma por ser considerados como bienes esenciales para el propio ejercicio de la persona, sino que además incluye las facultades y prerrogativas preponderantes para la propia determinación y ejercicio de la persona[97].

En consonancia con lo anterior diríamos que el derecho a la intimidad es un derecho fundamental por ser una aspiración que la norma tutela como bien indispensable para el libre desarrollo integral de la personalidad del ser humano, en razón de que éste reserva un espacio íntimo apartado de toda intromisión de extraño que desea mantener oculto por ser de su exclusiva incumbencia, esfera que le asegura un mínimo de sosiego, en donde tiene la autonomía de acción necesaria para tomar decisiones libremente sin controles que lo exponga a la observancia de terceros, todo lo cual le permite tener el dominio sobre su información.

En conclusión, el derecho a la intimidad es indispensable para que el sujeto pueda alcanzar el desarrollo pleno de la personalidad; puesto que protege nuestra parcela personalísima de interferencias indebidas externas; lo cual nos permite tener tranquilidad para desarrollar una vida digna y plena. De ahí que, al ser un derecho indispensable para la persona, exige su reconocimiento como derecho fundamental.

1.6.- El derecho a la intimidad en la Constitución y la ley española

Antes del año 1978 no se encontraba consagrado como derecho fundamental el derecho a la intimidad, es más dicho término ni tan siquiera aparecía en el Código Civil, a pesar de que esta norma ha sido siempre la encargada de regular el derecho privado[98]. Es a partir de la entrada

[96] DÍEZ PICAZO, L.: *Sistema de derechos fundamentales,* Civitas, Navarra, 2008, pp. 36-37.
[97] DONATO RAMÍREZ, M.: "Sobre el derecho fundamental a la intimidad…, *op. cit.*, p. 55-56.
[98] No obstante, aquello se puede observar que la doctrina reconocía dentro de los derechos de la personalidad la existencia del derecho a la intimidad personal y familiar. Situación que también se reflejó en algunas normas como la Ley 14/1966, de 18 de marzo de Prensa e Imprenta, cuyo artículo establecía "la salvaguardia de la intimidad y del honor personal y familiar". GONZÁLEZ-TREVIJANO SÁNCHEZ, P.: *El derecho al respeto de la vida*

en vigencia de la Constitución de 1978 cuando se eleva a rango de derecho fundamental la intimidad, constituyéndose de esta manera en el segundo país de la Unión en positivizar ese derecho fundamental. Sin lugar a dudas esto significó un hito para el derecho a la intimidad, puesto que desde ese momento pasó a formar parte del conjunto de los derechos fundamentales, con lo cual logró alcanzar un mayor grado de protección dentro del ordenamiento normativo de España. Es así que se recoge este derecho en el art. 18.1 de la Constitución Española (en adelante CE), que al tenor señala: "Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal, y familiar y a la propia imagen". Además, en los apartados posteriores se garantiza también las diversas manifestaciones que comprende el derecho a la intimidad.

Podríamos pensar que la mención que hace el art. 18.1 de la CE sobre el derecho a la intimidad es muy escueto; pero su consagración como derecho fundamental no concluye con la mera referencia que hace dicha norma; puesto que, conforme se desprende del art. 53 CE, el desarrollo normativo de derechos y libertades fundamentales se los debe hacer mediante ley, debiendo siempre respetar su contenido esencial. En consonancia con esto, el art. 81 del mismo cuerpo legal antes citado, señala que las leyes que tiendan al desarrollo de los derechos fundamentales y libertades públicas se lo deben hacer mediante leyes orgánicas.

Debido a lo anterior, frente a las intromisiones que puedan padecer determinados derechos fundamentales, el ordenamiento español se ha preocupado en dictar dos leyes orgánicas que se encauzan hacia la protección de la intimidad; así como el honor y la propia imagen. Por un lado, tenemos a 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 1/1982); y, por otro encontramos la actual Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales que regula el tratamiento automatizado de datos de carácter personal. La primera se ocupa de proteger desde una perspectiva civilista los derechos estipulados en el art. 18.1 de la CE; a su vez la segunda atiende al contenido de lo señalado en el art. 18.4 CE que tiene que ver con la limitación del uso

privada: los retos digitales, una perspectiva de derecho comparado, Servicio de estudios del parlamento europeo, 2018, pp. 1-6, disponible en: http://www.europarl.europa.eu/thinktank, última visita (25/06/2021).

informático como medida para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos[99].

Entrando en materia observamos que la LO 1/1982 garantiza los derechos fundamentales señalados en el art. 18 de la Constitución, a los cuales los protege de forma civil[100] cuando existen una lesión al contenido de dichos derechos, estableciendo como parámetro delimitador para constatar la trasgresión lo que denomina "intromisiones ilegítimas"[101]. Esta denominación nos permite sostener que la demostración del daño, a pesar que estamos en materia civil, no es lo importante para atribuir la responsabilidad, sino que el perjuicio se presumirá siempre que se acredite la intervención ilegítima. Debido a esto es que con mucha razón sostiene REBOLLO DELGADO, que la mecánica de tutela empleada en la presente ley no es propia del derecho civil, sino que está más cercana a las formas y al proceder de la legislación penal.

Conforme se desprende del art. 2.1 de la ley LO 1/1982[102], la tutela civil de la intimidad está delimitada por dos ámbitos. Por un lado, tenemos las leyes y, por otro, los usos sociales teniendo en cuenta al ámbito que, por sus propios actos, conserve cada sujeto reservado para sí misma o su familia. En virtud de lo anterior podemos señalar que el legislador circunscribe el campo de tutela del derecho a la intimidad, honor y propia imagen en razón de tres elementos: a) la ley; b) los usos sociales, teniendo en cuenta el tiempo y el lugar en que se comete la intromisión ilegítima; y c) los actos propios, en cuanto que crean un ámbito de reserva de la persona para sí y para su familia[103].

En relación al primer elemento CLAVERIA GONSALBEZ, considera que debió haber sido la misma LO 1/82, la encargada de delimitar el campo de tutela de los derechos, y no remitirse a otras leyes; puesto que al hacerlo puede darse el caso que algunas de ellas no sean orgánicas, hecho que sería contradictorio con lo dispuesto en el art. 81 de la Constitución. Por

[99] REBOLLO DELGADO, L.: *El derecho fundamental a la intimidad…, op. cit.*, p. 192. Ley que desarrollaremos al momento de estudiar el derecho fundamental a la protección de datos.
[100] Artículo primero. 1. El derecho fundamental al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, garantizado en el artículo dieciocho de la Constitución, será protegido civilmente frente a todo género de intromisiones ilegítimas, de acuerdo con lo establecido en la presente Ley Orgánica. 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.
[101] REBOLLO DELGADO, L.: *"El derecho fundamental a la intimidad…", op. cit.*, p. 192.
[102] Art. 2.1. La protección civil del honor, de la intimidad y de la propia imagen quedará delimitada por las leyes y por los usos sociales atendiendo al ámbito que, por sus propios actos, mantenga cada persona reservada para sí misma o su familia. 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.
[103] REBOLLO DELGADO, L.: *El derecho fundamental a la intimidad…, op. cit.*, p. 196.

otra parte, si éstas lo son, no tiene sentido que una ley orgánica necesite de otras de igual rango[104].

En lo atiente al requisito de los usos sociales, señala ROVIRA SUERIO[105], que este calificativo es grave por ser una delimitación que va a depender de una situación cambiante e imprecisa. A su vez, sostiene CLAVERIA GONZALBEZ que hacer mención a los usos sociales es inapropiado, porque éstos podrían ser desigualitarios entre los ciudadanos, circunstancia que iría en contra de lo que manda la Constitución[106] y, pero aún no se debió dejar al libre criterio de cada persona la delimitación de estos derechos, porque podría producir que aquéllos se convirtieran en renunciables de modo definitivo e indiscriminado[107].

Opinión con la que disentimos porque como hemos dicho el ámbito de la intimidad está determinado por aspectos histórico, culturales o sociales del momento en el que vivimos, de ahí que no puede permanecer estático. Por otra parte, la intimidad es algo subjetivo que varía según su titular, debido a esta circunstancia no se puede objetivizar este derecho por ser de naturaleza esencialmente subjetiva; por lo tanto, no existe un derecho a la intimidad, sino un derecho a tener una intimidad elegida[108]; en otras palabras, la esfera reservada la escoge cada persona.

Tampoco pensamos que aplicar como criterio de protección de la intimidad los usos sociales sea algo discriminatorio y contrario a la Constitución, porque como acertadamente ha declarado el TC, no toda desigualdad constituye necesariamente una discriminación, es más la propia ley concede fundamento suficiente para otorgar un trato diferenciado ante desigualdades,

---

[104] CLAVERÍA GONSÁLBEZ, L.: "*Negocios jurídicos de disposición sobre los derechos al honor, la intimidad y la propia imagen, en Honor, intimidad y propia imagen"*, Anuario de derecho civil, vol. 47, núm. 1, 1994, pp. 32-69.

[105] ROVIRA SUERIO, M.: *La responsabilidad civil derivada de daños ocasionados al Derecho al Honor, a la intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen,* Cedecs, Barcelona 1999, pp. 129 y ss.

[106] Especialmente con lo que manda los artículos 9. 2. Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social. Y 14. Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social. Constitución Española.

[107] CLAVERÍA GONSÁLBEZ, L.: *Negocios jurídicos de disposición…, op. cit.*, p. 348-349.

[108] "…el derecho a la intimidad atribuye a su titular el poder de resguardar ese ámbito reservado, no sólo personal sino también familiar (…) frente a la divulgación del mismo por terceros y una publicidad no querida. No garantiza una intimidad determinada sino el derecho a poseerla, disponiendo a este fin de un poder jurídico sobre la publicidad de la información relativa al círculo reservado de su persona y su familia, con independencia del contenido de aquello que se desea mantener al abrigo del conocimiento público". Sentencia del Tribunal Constitucional STC 134/199, de 15 de julio de 1999.

de esta manera se generan así una desigualdad que se justifica de forma objetiva y razonable, con lo cual se ajusta a los principios constitucionales[109]. Entendemos entonces que el trato diferenciado en el ejercicio de los derechos fundamentales no está prohibido siempre y cuando, la desigualdad se justifique objetiva y razonadamente[110].

Por todo lo antes expresado creemos que esta técnica legislativa al fijar como criterio de protección los usos sociales o los actos propios, como elementos decisivos para establecer el concreto ámbito de defensa de los derechos del art. 18.1 de la CE, permite flexibilizar la ley y acoplarla de conformidad con los cambios sociales que experimenta la colectividad, al igual que a las circunstancias peculiares de cada caso[111], consiguiendo con esto proyectarse hacia el futuro.

Como bien lo señala PÉREZ LUÑO, es muy difícil tratar de fijar reglas previas o abstractas, con carácter definitivo, sobre los imprecisos e inestables límites del contenido de cada uno de estos conceptos. "Nociones sobre las que se proyecta de forma inmediata, las actitudes, ideas y valoraciones personales[112]". Mas bien debemos resaltar que esta categoría delimitadora del derecho a la intimidad muestra la tendencia actual de entender la intimidad no sólo desde plano interno, cerrado y defensivo, sino que además se la debe tutelar desde el componente externo y social, en otras palabras, la delimitación conceptual de este derecho debe ir enfocada a la potestad de control sobre las informaciones que son importantes para cada individuo[113].

En cuanto al último de los criterios es pertinente relacionar "actos propios" con el concepto de "libertad", debido que, al estar en presencia de derechos personalísimos, los primeros no puede existir si no tenemos previamente libertad para realizarlo[114]. Según el criterio

[109] HERRERO TEJEDOR, F.: *Honor, intimidad y propia imagen*, Colex, Madrid, 1990, p. 165.
[110] El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha señalado en relación del art. 14 del Convenio Europeo, que "toda desigualdad no constituye necesariamente una discriminación: la igualdad es violada si la desigualdad está desprovista de una justificación objetiva y razonable". TOLDRA ROCA, D.: *Aproximación a un diagnóstico, sobre la igualdad de oportunidades en el siglo XXI. Un legado para Cloe y Dalia*, Ediciones de la Universidad de Lleida, Lleida, 2015, p. 72.
[111] GRIMALT SERVERA, P.: *La protección civil de los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen,* Iustel, Madrid, 2007, pp. 53-54.
[112] PÉREZ LUÑO, A.: *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución…, op. cit.,* p. 340.
[113] *Ibidem*, pp. 357 y 358.
[114] GARCÍA GARCÍA, C.: *El derecho a la intimidad y dignidad en la doctrina del Tribunal Constitucional,* Colección Estudios de Derecho, Murcia, 2003, p. 141.

de GRIMALT SERVERA[115], al referirse la ley orgánica 1/182 a los "actos propios" lo que busca es proteger la confianza que el titular de los hechos ha generado en otros. Partiendo de esta idea entendemos por acto propio a la conducta del afectado quien crea una confianza en terceros; por lo que dicho comportamiento sin justificación alguna no puede variar por haber generado en otros una expectativa de comportamiento futuro[116].

Trasladando lo anterior directamente al campo del derecho a la intimidad diríamos que, si los actos que realiza una persona permiten a terceros penetrar en su vida privada de forma habitual, haciendo pensar de manera razonable que no le interesa mantener alejada de intromisiones esa esfera reservada, luego no podrá exigir que se guarde tal espacio como si lo fuera. En efecto como lo señala QUIRÓS LOBO: "A nadie es lícito hacer valer un derecho en contradicción con su anterior conducta, cuando tal conducta, interpretada objetivamente según la ley, las buenas costumbres o la buena fe, justifica la conclusión de que no se hará valer el derecho, o cuando su ejercicio posterior choca con la ley, las buenas costumbres o la buena fe[117]".

Por lo tanto, como nos enseña el TS en la práctica, cada individuo es soporte y sujeto jurídico de estos derechos, de ahí que su defensa efectiva depende por un lado del esmero de guarda y custodia que exprese cada individuo, y, por otro de lo que imponga el ordenamiento jurídico. En tal virtud quien dilapide estos derechos o no sea diligente en su resguardo, no será merecedor a la tutela jurídica; puesto se entenderá que no los quiere mantener en reserva, al menos que se demuestre lo contrario[118].

1.7.- Titulares del derecho a la intimidad

1.7.1. Persona física

Si partimos del hecho que la intimidad es un derecho fundamental que tiene estrecha relación con la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad, podemos decir que, en principio,

[115] GRIMALT SERVERA, P.: *La Protección civil de los derechos al honor…, op. cit.,* p. 57.
[116] LÓPEZ MESA, M.: "*La doctrina de los actos propios: esencia y fundamento",* Vniversitas. Bogotá, núm 119, 2009, pp. 189-222, disponible en: http://www.scielo.org.co/pdf/vniv/n119/n119a14.pdf, última visita (30/06/2022).
[117] QUIRÓS LOBO, M.: *Los principios generales del derecho en la doctrina laboral*, Aranzadi, Madrid 1984, p. 47.
[118] GARCÍA GARCÍA C.: *El derecho a la intimidad en la doctrina del tribunal…, op. cit*., Universidad de Murcia, Murcia, 2003, p. 141.

el titular de este derecho es toda persona humana por el simple hecho de existir como tal. En otras palabras, cualquier individuo de la especie humana, sin importar su condición, edad, sexo, creencias políticas o religiosas, etc., tiene derecho a la intimidad[119]. Es importante resaltar que este derecho no sólo le asiste al directamente afectado, sino que además comprende a sus familiares directos[120].

Si bien, como acabamos de decir, el derecho a la intimidad corresponde indefectiblemente a todos los individuos sin exclusión alguna, es importante tener presente que para ciertas personas que ostentan determinadas cualidades como son aquellos que ocupan cargos o funciones públicas relevantes o bien cuando son personas que gozan de popularidad; por el mayor interés que representan las actividades que realizan estos sujetos para el público, su vida privada no son protegidas con la misma intensidad que se lo hace para los sujetos comunes y corrientes.

1.7.2. Persona jurídica

El reconocer como sujeto activo de este derecho a la persona jurídica no es algo unánime, puesto que sus detractores consideran que, al ser éste una entelequia, no puede atribuírsele titularidad de derechos fundamentales[121]. Por el contrario, el Tribunal Constitucional español, haciendo una interpretación plena de efectividad de los derechos fundamental, considera que estos derechos no solo corresponden a la persona física cuando actúa de forma aislada, sino que también se extiende a grupos y organizaciones sobre todo cuando tienen como finalidad defender ciertos ámbitos de libertad o realizar los intereses y los valores que componen la esencia última del derecho fundamental. Es por esto que, de manera general, el Tribunal, ha reconocido que las personas jurídicas pueden ser titulares de derechos fundamentales, pero no de todos, sino únicamente de aquellos que por su propia naturaleza le sean aplicables. En tal sentido no será justiciable, para una persona moral, el derecho a la dignidad personal.

Si bien la persona jurídica no pude ser titular del derecho fundamental a la intimidad personal y familiar estipulada en el art. 18.1 CE, puesto que su constitucionalización tiene como

[119] CASABIANCA ZULETA, P.: *Las intervenciones telefónicas en el sistema penal…, op. cit.*, p. 82.
[120] STC 231/1988, de 2 de diciembre de 1988.
[121] Esta tesis es sustentada por la doctrina clásica constitucional encabezada por Schmitt. REBOLLO DELGADO, L.: *El derecho fundamental a la intimidad…*, *op. cit.*, p. 216.

base la protección de la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad, puede ser sujeto activo de otras manifestaciones del derecho a la intimidad. En este sentido en la sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de octubre se estableció la conexión entre la inviolabilidad del domicilio y el derecho a la intimidad, por lo tanto, al ser el domicilio el reducto donde se desarrolla la vida privada de las personas, se reconoció la titularidad del derecho a la inviolabilidad del domicilio a las personas jurídicas, aclarándose que éstas no poseen intimidad personal y familiar[122].

Así mismo las personas jurídicas tienen derecho, a que sus actividades esenciales necesarias para su buena gestión y funcionamiento permanezcan ocultas de los sujetos extraños a su grupo. Desde este punto de vista creemos, que estos giros, por la importancia que representan para la persona moral, exigen reserva de su conocimiento de terceros; por lo tanto, entendemos que esto pertenece a la esfera de lo privado y si no se lo protege, la persona jurídica, no podrá desenvolverse libremente, situación que la podría llevar incluso a su extinción.

En atención a lo anterior se desprende que la persona jurídica puede ser titular del derecho a la intimidad; pero adaptada a su esencia. Si para la persona natural la intimidad la conforma esa parcela más profunda donde reserva de los demás sus sentimientos, credo, gustos, entre otros, para la persona moral esa intimidad puede estar dirigida a mantener oculto de su conocimiento informaciones de índole patrimonial[123] que de ser conocido por quienes no son miembros de ésta, pueden dificultar la obtención del fin colectivo para el cual nació[124].

En cuanto al titular pasivo de este derecho, en principio, es el Estado quien tiene la obligación negativa de no interferir en las cuestiones íntimas de los ciudadanos, aunque como vimos al tratar el caso López Ostra contra España, en ciertas ocasiones, no basta con abstenerse de realizar acciones perturbadoras, sino que debe adoptar una posición positiva, a fin de tomar las medidas adecuadas que permitan garantizar el respeto a los derechos consagrados por el Convenio. Es importante dejar sentado que, si bien el Estado es el principal responsable de los

[122] GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO, M.: *Criminalidad organizada y medios extraordinarios de investigación,* Constitución y Leyes S.A., Madrid, 2004, pp. 333-334.
[123] *Ibidem,* p.
[124] La mayoría de la doctrina constitucional en la actualidad se decantan por reconocer a la persona colectiva como sujeto titular del derecho fundamental a la intimidad, pero no en su totalidad, sino sólo para algunas manifestaciones de ésta, como puede ser el derecho a la inviolabilidad del domicilio y de la correspondencia. REBOLLO DELGADO, L.: *El derecho fundamental a la intimidad…, op. cit*., p. 218.

atentados contra el derecho a la intimidad, los particulares, como veremos, tampoco están exentos de abstenerse de realizar injerencias contra este derecho so pena de ser sancionados.

1.8. Intimidad como derecho entre particulares

La protección integral de los derechos exige que no sólo sean respetados por el Estado, sino que también debe serlo por los particulares, puesto que éstos también con sus actuaciones pueden constituir una amenaza para los derechos fundamentales. Esta nueva idea de protección de los derechos fundamentales tuvo su origen en Alemania desde los años cincuenta y es conocida como *Drittvirkung* o eficacia *inter privatos* de los derechos fundamentales[125].

La concepción tradicional de los derechos fundamentales nació con la finalidad de defender a las personas frente a los poderes públicos[126], posteriormente este criterio se fue extendiendo al ámbito privado, escenario donde grupos con poder económico o social pueden llegar a lesionar ciertos derechos fundamentales, situación que ha llevado a algunos autores a considerar que los derechos fundamentales no pueden ser vistos como simples derechos de defensa frente al Estado, sino que también deben informar el derecho privado como ocurre con el resto del ordenamiento[127]. Bajo este nuevo enfoque, resulta lógico expandir la eficacia de estos derechos a las relaciones privadas; surge así la teoría *Drittwirkung*[128], la misma que por lo solvente y elocuente en su construcción teórica para entender la defensa de los derechos desde el prisma de lo privado, se ha constituido en una de las grandes transformaciones del constitucionalismo contemporáneo en relación a la defensa de los derechos fundamentales; pues permite la eficacia de éstos tanto en el plano horizontal como vertical.

---

[125] *Ibidem*, p. 223.

[126] Algún sector de la doctrina, principalmente los estudiosos del derecho privado, toman como sustento este criterio de origen histórico para negar la eficacia horizontal de los derechos fundamentales, señalando que apartarse de esta idea y pensar en vincular estos derechos a las relaciones privadas es desconocer por completo su naturaleza jurídica. En este sentido sea pronunciado Alfaro Águila-Real.

[127] FAYOS GARDO, A.: "Redefiniendo los derechos de la personalidad en el siglo XXI", en *Los derechos fundamentales y a la privacidad en el siglo XXI*, (Coord. FAYOS GARDO, A.), Dykinso, Madrid, 2015, p. 29.

[128] Esta doctrina tuvo su origen en Alemania, gracias a la sentencia del Tribunal Constitucional Federal, suscitada en el caso Lüth de fecha 15 de enero de 1958. ARROYO CISNEROS, E.: *"La eficacia horizontal de los derechos fundamentales en España y México: algunas notas para su análisis",* Revista Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña, núm. 19, 2015, pp. 227-228, disponible en: https://ruc.udc.es/dspace/bitstream/handle/2183/16830/AD_2015_19_art_11.pdf?sequence=1&isAllowed=y, (última visita 8/7/2020).

Debido a aquello es que su influencia ha trascendido las fronteras alemanas, llegando tanto a otros a países europeos como Portugal[129] e incluso cruzando el Atlántico como Argentina, Chile, Colombia, entre otros[130]. A pesar de esto, vale enfatizar, que son pocos los países que han reconocido de forma directa en sus constituciones el reconocimiento normativo de la eficacia directa frente a particulares, circunstancia que no ha sido óbice para que algunos de ellos, vía jurisprudencia constitucional lo apliquen al caso particular.

Dentro de esos países encontramos a España quien tiene como inicio jurisprudencia de la eficacia *inter privatos* de los derechos fundamentales la sentencia del Tribunal Constitucional STC 18/1984, emitida como consecuencia de la interposición de un recurso de amparo accionado contra un acto administrativo de una Caja de Ahorros[131]. En este caso si bien el TC desestimó el recurso por considerar que no se cumplía con el art 41.2 LOTC, abrió la posibilidad para incluir en su jurisprudencia la eficacia de los derechos fundamentales y libertades entre privados. Esto se colige cuando en dicha sentencia se dice que no puede aseverarse que "sólo se sea titular de los derechos fundamentales y libertades públicas en relación con los poderes públicos". Con esto se reconoce que existen ciertos derechos fundamentales que únicamente tienen exclusiva eficacia vertical como puede ser el derecho a la tutela efectiva, cuyos destinatarios son los jueces y tribunales; y, otros que tienen eficacia *inter privatos,* dentro de los que podemos citar el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen,

[129] La Constitución portuguesa, en su art. 18.1 expresa que "los preceptos relativos a los derechos y libertades son directamente aplicables a las entidades públicas y privadas, y vinculan a estas". A su vez la Constitución Colombia en el art. 86 dispone: "La ley establecerá los casos en que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o de indefensión". En el primer caso se deja claro que la intención del legislador fue establecer la eficacia de los derechos y libertades en sus direcciones, esto es contra el Estado o contra los privados. A su vez si bien en la Norma Suprema colombiana no es muy explicita en torno a la constitucionalización de la eficacia de los derechos fundamentales entre particulares, si se entienda incluida al permitir que acciones de tutela se dirija no solo contra el Estado, sino también cuando las vulneraciones provengan de particulares, claro está siempre que se cumpla con ciertos requisitos. Aunque se establece un límite a las acciones de tutela contra particulares a los casos establecido en la ley, esta consideración ha sido dejada a un lado por la jurisprudencia colombiana, con lo cual se amplió el alcance de la disposición. VALADÉS RÍOS, D.: *"La protección de los derechos fundamentales frente a particulares",* Anuario de Derechos Humanos, Nueva Época, vol. 12, 2011, pp. 439-470, disponible en: http://dx.doi.org/10.5209/rev_ANDH.2011, v12.38112, (última visita 8/7/2020).

[130] ANZURES GURRÍA, J.: *"La eficacia horizontal de los derechos fundamentales*, *Cuestiones Constitucionales"*, Revista Mexicana de Derecho Constitucional, núm. 22, 2010, p. 29, disponible en: https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/cuestiones-constitucionales/article/view/5904/7849, (última visita 8/7/2020).

[131] DE VERDA Y BEAMONTE, J.: *"Eficacia privada de los derechos fundamentales y recurso de amparo", Iuris Tantum*, Revista Boliviana de Derecho núm. 13, enero 2012, pp. 40-59. disponible en: http://www.scielo.org.bo/pdf/rbd/n13/n13a04.pdf, (última visita 8/7/2020).

a la inviolabilidad del domicilio[132] etc. De esta manera queda claro que existen dos clases de derechos fundamentales, aquellos que tienen eficacia frente a los poderes público y los que pueden ser vulnerado por el Estado y particulares[133]. Esto significa que la eficacia horizontal no opera con todos los derechos reconocidos en la Constitución, debido a que hay derechos fundamentales que por su naturaleza únicamente pueden ir encaminados a exigir el máximo de respeto al poder público[134], en otras palabras, la eficacia *inter privatos* es limitada.

Con relación al derecho de intimidad y la doctrina de la *Drittwirkung*, encontramos que el Tribunal Constitucional se ha referido a ésta, de forma genérica al señalar que los derechos a la imagen y a la intimidad personal y familiar gozan de eficacia *inter privatos*. Como podemos notar aquí no se hace mención directa al derecho a la intimidad, sino que se refiere a varios derechos de la personalidad. Como bien lo señala REBOLLO DELGADO en donde mejor se reconoce el *Drittwirkung* relacionado a la intimidad es en el art. 1.1 de la LO 1/82, en el cual se expresa de forma clara que se protege la intimidad "frente a todo género de intromisiones ilegitimas[135]", es decir, la protección de este derecho se da cuando existe una intromisión sin importar si proviene del poder público o de privados, de esta manera se da cobertura a la eficacia entre particulares.

La aplicación de esta nueva concepción de proteger los derechos fundamentales nos indica que los destinatarios de las normas no son únicamente los poderes públicos, sino además los particulares; puesto que de lo contrario la efectivización de los derechos no serían real, al no poder ser garantizado en ciertos escenarios como el privado; motivo suficiente para pensar que las normas deben regir para todos en igual nivel de efectividad, de esta manera conseguiremos una protección integral de nuestros derechos. En virtud de aquello la titularidad pasiva del derecho a la intimidad aplica para el Estado, así como para los particulares.

1.9. Privacidad, vida privada e intimidad

En líneas anteriores hemos visto cómo se utiliza en las diversas normas los términos privacidad, vida privada e intimidad, es decir, existe una tendencia a unificar estos términos

[132] *Ídem.*
[133] REBOLLO DELGADO, L.: *El derecho fundamental a la intimidad…, op. cit.*, p. 227.
[134] GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO, M.: *Criminalidad organizada…, op. cit.*, p. 163.
[135] REBOLLO DELGADO, L.: *El derecho fundamental a la intimidad…, op. cit.*, p. 229.

como lo opuesto a lo público. Situación que confunde e impide conocer el ámbito donde se desenvuelven cada uno de ellos. Por lo que al ser términos que recorren caminos de actuación del obrar del individuo distinto, necesitan ser diferenciados.

Privacidad según la Real Academia de la Lengua tiene dos acepciones la primera corresponde a cualidad de privado y la segunda al ámbito de la vida privada que se tiene derecho a proteger[136]. En esta aproximación al término encontramos que privacidad corresponde a lo privado o vida privada. Definiendo este mismo diccionario a lo privado, dentro de las varias acepciones que nos trae, como equivalente al adjetivo "que se ejecuta a vista de pocos, familiares y domésticamente…[137]". En razón de esta definición podemos hacer un acercamiento a la palabra privacidad y señalar que corresponde a las cosas que realizamos o damos a conocer en un espacio reducido y únicamente a personas que consideramos cercanas a nosotros.

A su vez encontramos en el TEDH en la sentencia De la Flor Cabrera contra España[138] en donde se refiere a vida privada como algo que no se lo puede definir de forma exhaustiva, que comprende algunos aspectos como la integridad física y moral de la persona, el nombre o la identidad de un individuo. En consecuencia, vida privada, que como vimos equivale a privacidad, es una palabra más amplia que no se circunscribe a un círculo íntimo.

REBOLLO DELGADO, diferencia la vida privada de la intimidad señalando que *"el concepto de vida privada es muy amplio, genérico y engloba a todo aquello que no es, o que no queremos que sea de general conocimiento"*. Mientras que entiende por intimidad el núcleo de la vida que se protege con más eficacia; por ser considerado como indispensable en la configuración de nuestra persona[139]. Con igual criterio encontramos a ZOCO ZABALA[140], quien sostiene que la expresión vida privada tiene una connotación más amplia y genérica que el de intimidad, puesto que dicho concepto comprende todas aquellas actuaciones o informaciones que no es o no queremos que sea de conocimiento general, sin que necesariamente sea íntimo. De los anteriores criterios deducimos que dentro de la vida privada

[136] DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA, ed. Tricentenario, disponible en: https://dle.rae.es/privacidad, (última visita 8/7/2020).
[137] *Ídem*.
[138] STEDH de 27 de mayo de 2014, Caso De la Flor Cabera c. España.
[139] REBOLLO DELGADO, L.: *El derecho fundamental a la intimidad…*, *op. cit*., p. 73.
[140] ZOCO ZABALA, C.: *Nuevas tecnologías y control de las comunicaciones. Lo 13/2015, de 5 de octubre, de modificaciones de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica,* Thomson Reuters, Navarra, 2015, p. 97.

encontramos la intimidad; pero la diferencia entre ellas radica en que, la privacidad, contiene aspectos de nuestra vida que no necesariamente las queremos mantener ocultas de todos, sino únicamente del conocimiento general; es decir, el titular del derecho escoge con quien quiere compartir su privacidad; mientras que la intimidad por ser esencial para libre desarrollo de la personalidad, su concepto es restringido a ciertos aspectos más personales del individuo que permanecen en su interior al menos que él decida compartirlos.

En resumen, privacidad es igual a lo privado o a vida privada, esfera que, por ser más periférica del interior de la persona, se comparte y pueden ser observable únicamente por pocos sujetos; mientras que las actuaciones, sentimientos o pensamientos que hacen relación a la intimidad, son únicamente percibidos si el titular del derecho lo exterioriza. Esto significa que vida privada e intimidad son términos que no son iguales, puesto que responden a dos realidades diferentes. De manera general podemos decir que lo privado es lo opuesto a lo público, por lo tanto, la vida privada busca conservar de forma voluntaria todo lo que la persona no está en la obligación de hacer público y dar conocer a los otros. A su vez la intimidad protege aquella peculiar forma de ser de la persona únicamente conocida por él, lo cual lo convierte en dueño de sus pensamientos y de su personalidad, por lo que está vedado del conocimiento generalizado por parte de los demás.

1.10. Derecho a la intimidad en la era tecnológica

La actual sociedad de la información y comunicación en la que vivimos nos ha expuesto como nunca antes a la observación de los ojos de extraños de todas nuestras actividades cotidianas que realizamos. Las tecnologías y el internet nos han dotado de nuevas formas, fáciles y sofisticadas de comunicarnos, las cuales no podemos desconocer, caso contrario sería darle la espalda al progreso; pero a su vez estas mismas ventajas han brindado la posibilidad técnica de que se produzcan más injerencias en la intimidad; y, por ende, se pongan en riesgo derechos de la personalidad.

A su vez la facilidad que nos brindan los sistemas informáticos para el procesamiento y almacenamiento de datos han convertido nuestros dispositivos electrónicos en verdaderos diarios de nuestra vida, o por decirlo de otra forma, nuestros aparatos electrónicos se han

convertido en extensiones de nuestros derechos personales, de ahí que penetrar en ellos pueden incidir en la afectación de nuestra vida privada.

Sobre este aspecto el TC, en cuanto a los ordenadores ha considerado: 1) que el almacenar datos en estos aparatos, facilita el archivo de datos de su titular, en donde se puede encontrar una serie de carpetas, archivos, documentos vídeos, y demás, que guardan relación con su vida personal, lo que lo hace similar a una agenda electrónica. 2) Que al proporcionar datos al realizar actividades en el espacio virtual como pueden ser navegar en internet, bajar archivos, participar en foros, realizar acciones de tipo comercial, va generando rasgos específicos de su personalidad, que vistas de manera individual no representan información relevante; pero que, analizadas en su conjunto, pueden proporcionar una radiografía de su perfil personal. Y, 3) como medio idóneo para la comunicación escrita a través del correo electrónico, pueden afectar tanto al secreto de la comunicación, mientras el texto del correo no haya sido abierto, o, en su defecto, una vez abierto su contenido, afectar el derecho a la intimidad[141].

Debido a esta nueva concepción que se les ha dado a los equipos electrónicos, toda la información que ellos contengan, sin importar si es íntimo o no, deben ser considerada parte de la privacidad del usuario de ese equipo[142]. Esta posición también ha sido recogida por la Directiva 2002/58/CE, de 12 de julio, que en el párrafo 24 dispone que *"los equipos terminales de los usuarios de redes de comunicaciones electrónicas; así como toda información almacenada en dichos equipos, forman parte de la esfera privada de los usuarios…*[143]*"*.

---

[141] GONZÁLEZ-TREVIJANO SÁNCHEZ, P.: *El derecho al respeto de la vida privada…, op. cit.,* pp. 33-34.

[142] DÍAZ REVORIO, F.: *Los derechos humanos ante los nuevos avances científicos y tecnológico. Genética e internet ante la constitución*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 193.

[143] Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y Del Consejo, de 12 de julio de 2002 relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas (Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas); párrafo 24: *"Los equipos terminales de los usuarios de redes de comunicaciones electrónicas, así como toda información almacenada en dichos equipos, forman parte de la esfera privada de los usuarios que debe ser protegida de conformidad con el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Los denominados «programas espía» (spyware), web bugs, identificadores ocultos y otros dispositivos similares pueden introducirse en el terminal del usuario sin su conocimiento para acceder a información, archivar información oculta o rastrear las actividades del usuario, lo que puede suponer una grave intrusión en la intimidad de dichos usuarios. Sólo debe permitirse la utilización de tales dispositivos con fines legítimos y con el conocimiento de los usuarios afectados"*. Vemos que en lo relacionado a los equipos terminales y a la información que se almacenan en dichos equipos, se pone la expresión forman parte de la esfera privada, es decir le dan una cobertura amplia de protección; pero cuando se refiere a los programas espías y otros dispositivos similares, se habla de que estas acciones pueden suponer una grave intromisión en la intimidad, en otras palabras, la esfera que aquí se protege es restringida a la intimidad. En este último caso se podría pensar que por tratarse de un método muy invasivo al rastrea dentro del dispositivo de la persona cosas que están muy ocultas, la presente Directiva las considera como atentado a la intimidad, o también

De lo dicho hasta aquí notamos que el uso de las nuevas tecnologías ha afectado enormemente a la intimidad a tal punto que se hace imperativo el reconocimiento de una nueva dimensión del radio de protección del derecho a la intimidad, habitualmente no incluida en la preservación de ésta. En efecto la protección de la intimidad no solo ha de ampliarse sino también hacerse más intensa y rigurosa buscando nuevos medios y elementos para impedir que la omnipresencia de las TIC, abuse de su poder de almacenamiento de datos y pongan al descubierto aspectos del ciudadano que desea mantener fuera del conocimiento de terceros. Esto nos revela que estamos en presencia de una intimidad informática o digital, entendida como el derecho a mantener bajo el control y alejado de toda injerencia ilegitima nuestros datos reservados en el ámbito de la interacción con las nuevas tecnologías de la información.

2. El derecho fundamental al secreto de las comunicaciones

2.1. Orígenes históricos

Uno de los primeros aspectos que históricamente ha servido para proteger la intimidad y la vida privada del ciudadano, a más del domicilio, ha sido el secreto de las comunicaciones. A pesar de esto en las primeras cartas o declaraciones como la *Bill of Rights* británica de 1869; la *Bill of Rights* virginiana, ni tampoco en la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, no se menciona a la inviolabilidad de la comunicación como un derecho fundamental, aunque por lo menos en esta última sí fue sometida a debate en la Asamblea Nacional de 1790, quedando proclamado que "el secreto de las cartas es inviolable[144]". Esta omisión podría haber tenido como causa el momento sociopolítico en que surgieron estos textos; por lo que sus redactores se preocuparon más en otros aspectos más relevantes para ellos como

podría ser que se la está utilizando como sinónimo de vida privada. Pienso que en este caso debe ser entendido en sentido amplio ya que como sabemos un dato aislado no podría significar un atentado a la intimidad o lo que se está recopilando con el programa no sea nada íntimo, pero unidos de forma sistemática, toda esa información podría constituir una intromisión a nuestra vida privada y no a nuestra intimidad; por lo tanto, entender de forma literal que sólo es atentatorio a la intimidad produciría una vulneración a los otros derechos de la personalidad. Directiva 2002/58/ce del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de julio de 2002 relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas (Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas). Diario Oficial de las Comunidades Europeas.

[144] RODRÍGUEZ LAINZ, J.: *El secreto de las telecomunicaciones y su interceptación legal. Adaptado a la Ley Orgánica de 13/20015, de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, Sepín, Madrid, 2016, p. 21.

fueron la garantía de la libertad religiosa, el reconocimiento de privilegios para los representantes parlamentarios; determinadas garantías procesales etc.,[145].

No obstante, a que la comunicación en sus inicios no constaba consagrada como un derecho fundamental, no significaba que se encontraba totalmente desprotegido, puesto que éste sí contaba con cierto nivel de protección a través de la promulgación de normas legales que garantizaban al menos un principio de confidencialidad entre el prestador del servicio y el remitente, siendo este otro de los motivos por lo que la correspondencia en sus inicios no concitó mayor atención. De esta manera se tenía la seguridad que un tercero ajeno al proceso comunicativo no iba a conocer de su contenido[146].

Esta breve revisión nos permite afirmar que, la génesis del derecho fundamental al secreto de la comunicación, se encuentra en la Revolución Francesa[147], que, mediante la aprobación de la Asamblea General, en su decreto de 19 de agosto de 1790, estableció como inviolable la correspondencia como medida de reacción frente a las injerencias de las comunicaciones que sistemáticamente realizaban los gobiernos absolutistas[148]; siendo en su inicio el ámbito de aplicación, acorde con la realidad de la época, la correspondencia escrita. De esta manera la inviolabilidad postal pasó a constituirse en uno de los ejes esenciales del pensamiento liberal, que protegía al ciudadano de los posibles abusos frente al Estado[149].

En el plano español su constitucionalización data de 1869, Carta Magna que en su art. 7 prohibía a la autoridad gubernamental retener y abril la correspondencia confiada al correo, extendiéndose esta prohibición a la telegráfica. Norma que fue complementada con la previsión legal que permitía la detención de la correspondencia, así como su apertura cuando mediara el auto de un juez competente[150]. Su protección la encontramos también en las Constituciones de 1876, 1931 hasta llegar a la actual de 1978[151]. Este derecho se encuentra consagrado en el art.

---

[145] *Ídem*.
[146] *Ibidem,* 17.
[147] FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, J.: *Secreto e intervención… op. cit.*, p. 83.
[148] Hasta antes de esta proclamación, durante el reinado absolutista de Luis III, éste y el Cardenal Richelieu, intuyeron los denominados *cabinet noir,* que fueron oficinas encargadas de interferir, controlar e investigar las cartas personales consideradas como sospechosas. REBOLLO DELGADO, L.: *El derecho fundamental a la intimidad…*, *op. cit.*, p. 308. Véase también CASABANCA ZULETA, P.: *Las intervenciones telefónicas en el sistema penal…, op. cit.*, p. 62.
[149] FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, J.: *Secreto e intervención… op. cit.*, p. 83.
[150] *Ídem,* p. 83.
[151] CASABANCA ZULETA, P.: *Las intervenciones telefónicas en el sistema penal…, op. cit.*, p. 61.

18.3 CE, que al respecto expresa: *"Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial."* Conforme su ubicación el secreto de las comunicaciones al encontrarse incluido en la Sección Primera de Capitulo II, del Título Primero, intitulada "de los derechos fundamentales y libertades públicas", permite sostener que el legislador le ha concedido una elevada protección constitucional al igual que el resto de los derechos de esta sección. Su ubicación es correcta; puesto que el secreto de las comunicaciones es un derecho fundamental, que permite a la persona la libertad de ser uno mismo, para comunicarse y relacionarse como manifestación de nuestra propia vida y personalidad; por lo que negar el dominio de su comunicación con los demás, es irse en contra de la esencia del ser humano[152]. A su vez este texto constitucional, para la época en el que se dio, supuso un gran avance con respecto a otras constituciones que únicamente incluían las comunicaciones clásicas como son la postal o la telegráfica[153].

De la revisión del texto constitucional (art. 18.3 CE), podemos colegir que los medios de comunicación objeto de esta garantía no son únicamente los postales, telegráficos y telefónicos, es decir, no estamos frente a un *numerus clausus*, sino que por el contrario la Constitución los enumera a manera de ejemplo, en otras palabras, se trata de un *numerus apertus*[154]; por lo tanto su cobertura protectora permite extenderla a los actuales sistemas de comunicación e incluso los que podrían presentarse en el futuro. Recordemos que para la época en que se aprobó la Constitución de 1978, no existía el desarrollo comunicacional que contamos en la actualidad (correo electrónico, Whatsapp, etc.), de ahí que dicha norma tuvo que hacer mención a lo que en ese momento existía, esto es las postales, telegráficas y telefónicas. Interpretar este artículo de forma literal y restringida es irse en contra del dinamismo que debe tener todo derecho fundamental para poder permanecer vigente en el tiempo y no devenir pronto en obsoleto por no poder adecuarse a los cambios que exige el desarrollo de la sociedad. Así lo ha considerado en su jurisprudencia el Tribunal Constitucional al entender que los avances

[152] ALONSO PÉREZ, F.: *La intervención de las comunicaciones postales, telegráficas y telefónicas*, Dykinson, Madrid, 2001, p. 23.
[153] REBOLLO DELGADO, L.: *El derecho fundamental a la intimidad…*, *op. cit.*, p. 309.
[154] LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, T.: *Las intervenciones telefónicas en el proceso penal*, Colex, Madrid, 1991, p. 49.

tecnológicos en todas las áreas de la sociedad, en especial en la telecomunicación e informática, exigen la redefinición extensiva del concepto y del objeto de protección del art. 18.3[155].

Como podemos notar, el sentido que en sus inicios dio el legislador al secreto de las comunicaciones, en la actualidad ha sido largamente superado debido a la necesidad de adecuar la norma constitucional a los cambios tecnológicos. De tal suerte que a la norma se le debe dar un sentido amplio, extendiendo su protección a cualquier tipo de comunicación o medio empleado[156].

Puntualizado lo anterior resulta necesario revisar su significado al tenor de lo señalado en la Norma Suprema, puesto que su conocimiento nos permitirá tener una mejor visión de su alcance como garantía constitucional.

2.2. Concepto

Para JIMÉNEZ CAMPO el significado del derecho a la comunicación se debe estudiar desde tres delimitaciones. La primera como un proceso de relación significante entre personas que queda protegida por la norma frente a cualquier interceptación. La segunda como proceso de transmisión de mensajes, en el que se hace llegar a otras expresiones sacadas del propio pensamiento. Para culminar señala este autor que únicamente es comunicación aquello que se mantiene mediante un determinado medio técnico; por lo que no todas las conversaciones se encuentran cobijadas bajo la protección constitucional. Desde esta perspectiva quedarían fuera de la norma del art. 18.3 CE, las conversaciones orales directas o en persona[157], las cuales serían protegidas por otros preceptos según el caso. Podríamos sintetizar que, para el autor en mención, el término constitucional de comunicación como objeto material de derecho lo conforman las

---

[155] SSTC 1235/2002/2, de 27 junio de 2002 y 70/2002/9, de abril de 2002.

[156] Sostiene Alonso Pérez, que la constitución garantiza la inviolabilidad de todo tipo de comunicaciones, por lo que, no obstante, a que se menciona las comunicaciones postales, telegráficas o telefónicas, este derecho se debe hace extensivo a otros medios de comunicación personal, como podrían ser el telefax o el módem. ALONSO PÉREZ, F.: *La intervención de las comunicaciones postales, telegráficas y telefónicas*, Dykinson, Madrid, 2001, p. 24. En igual sentido encontramos a TORRES DEL MORAL, A.: *Principios del derecho constitucional español*, T.I., Universidad Complutense, Madrid, 2010, p. 421. LÓPEZ FRAGOSO ÁLVAREZ, T.: *Las intervenciones telefónicas…*, *op. cit.*, p. 50. BALAGUER CALLEJÓN, F.: *Manual de derecho constitucional*, vol. II, Madrid, 2016, pp. 186 ss.

[157] JIMÉNEZ CAMPO, J.: "La *garantía constitucional del secreto de las comunicaciones",* Revista Española de Derecho Constitucional núm. 20 de 1987, pp. 42 ss., disponible en: https://www.cepc.gob.es/sites/default/files/2021-12/24847redc020035.pdf, (última visita 12/12/2022).
REBOLLO DELGADO, L.: *El derecho fundamental a la intimidad…*, *op. cit*., p. 309-310.

personas; el mensaje que desean trasmitir; y, el empleo de un medio técnico para poder sostener la comunicación. Si falta alguno de estos requisitos no estaríamos en presencia de una comunicación tutelada por la Constitución. Como es obvio sin la relación de personas no puede existir un proceso de comunicación porque faltaría una de las partes esenciales para culminar la comunicación (llámese receptor o emisor). Así mismo si no existe un mensaje no hay que trasmitir, y, por ende, nada que interferir o interceptar. El último punto es el rasgo diferencial que nos permite saber si estamos o no protegido por el secreto de la comunicación. Para que estemos dentro de este supuesto, se requiere de la utilización de un medio técnico que viabilice la comunicación; esto resulta obvio, puesto que si se lo hace de forma directa, no existirá la posibilidad que otras personas puedan interferir el proceso de comunicación; puesto que en este caso los comunicantes controlan directamente el medio de circulación del mensaje; lo cual evita que la comunicación sea captada por extraños, y, de suceder, puedan adoptar las medidas adecuadas tendientes a evitar su interferencia. Es por esto que se sostiene que la comunicación directa no se encuentra amparada bajo la norma del art. 18.3 CE[158]. Criterio compartido por RODRÍGUEZ LAINZ, quien considera que la protección constitucional no procede para situación de comunicación directa entre sujetos mediante la palabra, expresión corporal, mímicas o gesticulación. Para que la protección del secreto de las comunicaciones del art. 18.3 CE cobre vigencia, es necesaria la participación de un tercero que facilite la trasmisión del contenido de lo que comunicamos, de no ser ese el caso se debe acudir a exigir la protección a otros preceptos constitucionales[159].

CASABIANCA ZULETA, entiende el secreto de las comunicaciones como un derecho que se refiere, por un lado, a la posibilidad de comunicarse sin interferencia, obstáculos o restricciones; y, por otro, de manera reservada; o, dicho de otra forma, no es más que el derecho de mantener en secreto sus comunicaciones de terceros extraños sin padecer interrupción durante el proceso comunicativo[160]. En consecuencia, siguiendo este criterio, este derecho se

[158] Nos recuerda Diez Picaso, que únicamente la comunicación indirecta, esta es la realizada mediante algún medio técnico es la que protege el art. 18.3 CE, dejando fuera de su amparo a la comunicación directa sea verbal o no verbal, dado que en este último caso el evitar las interferencias depende exclusivamente de los comunicantes, aunque esto no impide su protección por afectación del derecho a la intimidad. DIEZ PICAZO, L.: *Sistema de derechos fundamentales,* Thomson Civitas, 2005, p. 311.

[159] RODRÍGUEZ LAINZ, L.: *Estudio sobre el secreto de las comunicaciones. Perspectiva doctrinal y jurisprudencial,* Wolters Kluwer, España, 2011, p. 206.

[160] CASABANCA ZULETA, P.: *Las intervenciones telefónicas en el sistema penal…, op. cit.*, p. 62.

lesiona de dos maneras; a) cuando el contenido de lo comunicado es conocido de forma ilegítima y, b) si es interceptado o interrumpido[161].

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, define el derecho al secreto de las comunicaciones como un derecho fundamental que facilita a todo sujeto comunicarse libremente manteniendo dicha comunicación, bajo lo condición que lo realice por un canal cerrado, al margen del conocimiento de otras personas diferente al receptor del mensaje[162]. En este concepto encontramos un elemento importante que es la utilización de un canal cerrado, puesto que, si lo realiza por uno abierto como la radio o la televisión, esa comunicación quedaría al margen de la garantía constitucional.

Nosotros entendemos como secreto de las comunicaciones aquel derecho fundamental que tiene toda persona para comunicar libremente sus pensamientos, ideas, sentimientos u otras cuestiones personales a través de cualquier conjunto de sonidos o signos, valiéndose para ello de la ayuda de un medio comunicacional cerrado[163] o instrumento proporcionado por un tercero, sin que le sea permitido a otro u otros, ajenos al mensaje, interferir o interceptar el proceso de comunicación en virtud del secreto de su contenido.

2.3. Elementos que conforman el derecho al secreto de la comunicación

Habiendo conocido lo que es el secreto de las comunicaciones es importante realizar una autopsia de cada uno de los elementos que lo conforman, a fin de conocer el ámbito constitucionalmente protegido por este derecho. De conformidad a los conceptos que hemos dado podemos destacar los siguientes elementos: a) comunicación; b) participantes del proceso comunicativo; c) mensaje o contenido; d) medio de trasmisión; y, e) secreto de lo comunicado.

---

[161] STC 114/1984, 29 de noviembre. En esta sentencia se expresó: "El bien constitucionalmente protegido es así -a través de la Imposición a todos del -secreto- la libertad de las comunicaciones. siendo cierto que el derecho puede conculcarse tanto por la interceptación en sentido estricto (que suponga aprehensión física del soporte del mensaje -.con conocimiento o- no del mismo- o captación. de otra forma, del proceso de comunicación) como por el simple conocimiento antijurídico de lo comunicado (apertura de la correspondencia ajena guardada por su destinatario, por ejemplo).

[162] FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, J.: *Secreto e intervención… op. cit.*, p. 83.

[163] De conformidad a la jurisprudencia del TC, sentencia núm. 170/2013, de 7 de octubre, FJ 4, el art. 18. 3 no cubre todo tipo de comunicación, sino únicamente las que se realiza a través de determinados "medios o canales cerrado".

2.3.1. Comunicación

De conformidad con la Constitución podemos notar que este derecho consiste en proteger la comunicación, término que es definido por el Diccionario de la Real Academia Española como "hacer a otro partícipe de lo que uno tiene" o como lo expresa en su segunda acepción "descubrir, mantener o hacer saber a uno alguna cosa".

La comunicación exige de cinco elementos a saber: emisor, receptor, código, medio mediante el cual se lleva a cabo la comunicación, y, contenido[164]. En razón de aquello, la garantía constitucional de este derecho se extiende a todos sus elementos y no solo con relación a uno de ellos, es decir la Carta Magna protege la comunicación en su conjunto y no únicamente el contenido de éste. Por lo tanto, sus elementos externos como pueden ser la identidad de los interlocutores, momento en que se efectuó, lugares de remisión y destino, son datos que, una vez iniciado el proceso de comunicación, pasan a ser considerados como secretos para todo aquel que no es parte de la comunicación[165].

Con una delimitación más jurídica la define JIMÉNEZ CAMPO, como "todo proceso de trasmisión de mensajes entre personas determinadas a través de cualquier medio técnico[166]". Al señalarse a la comunicación como un proceso significa que debe empezar con una acción, la misma que en un periodo de tiempo debe seguir una ruta hasta alcanzar su fin, que, en este caso, viene a ser el mensaje llegado al receptor. Es decir, la comunicación se desarrolla en un periodo de tiempo específico, el cual nos permite determinar el momento exacto en el que se aplica el derecho al secreto; tutela que comprende desde el inicio de la comunicación, hasta el final de la misma. Esto significa que, si la comunicación está en curso, procede la garantía constitucional, por el contrario, si ya está concluida no estaría protegida por este derecho; quedando a salvo la protección que le confiere los artículos 18.1 y 18.4, según el caso.

Por último, conforme a la jurisprudencia del TC la comunicación es "el proceso de trasmisión de expresiones de sentido a través de cualquier conjunto de señales o signos[167]".

---

[164] CASABANCA ZULETA, P.: *Las intervenciones telefónicas en el sistema penal…, op. cit.*, p. 63. A su vez Rebollo Delgado los simplifica en cuatro: comunicador o emisor, un interlocutor o receptor, un medio a través del cual se realiza la comunicación y el contenido o mensaje, REBOLLO DELGADO, L.: *El derecho fundamental a la intimidad…, op. cit.*, p. 310.

[165] STC, 123/ 2002, de 20 de mayo.

[166] JIMÉNEZ CAMPO, J. "*La garantía constitucional del secreto de las comunicaciones…, op. cit.*, pp. 42 ss.

[167] STC 281/2006, 9 de octubre de 2006.

Sobre este respetable pronunciamiento, a nuestro modesto juicio, el concepto de comunicación no es muy completo porque no nombra quienes son los partícipes del proceso comunicacional, ni deja claro la vía o canal que se debe utilizar para enviar el mensaje.

2.3.2. Participantes del proceso comunicativo

Es lógico que todo proceso de comunicación para que pueda realizarse requiere de al menos de la participación de dos personas, uno es el emisor quien envía el mensaje y el otro es el receptor quien lo recibe. Estos interlocutores deben ser determinados o al menos determinables, ya sea se trate de comunicaciones unidireccionales, bidireccionales o multidireccionales[168]. Cuando nos referimos a sujetos determinables estamos ante la presencia de comunidades de usuarios en redes sociales que comparten información y archivos. Dentro de estas comunidades encontramos unas que son restringidas su acceso a un número cerrado de personas; y, otras que son de acceso público, dentro de ésta última tenemos los blogs, Twitter, secciones de comentarios públicos de periódicos digitales entre otros[169]. La importancia que reviste conocer el tipo de comunidad radica en que para las comunidades cerradas se aplica la tutela del 18.3 CE. De manera que, si se requiere acceder a dicha información dentro de una investigación penal en curso, se deberá contar con autorización judicial. Mientras que para el caso de comunidades de acceso público no se requiere para la obtención de datos de autorización judicial.

La información, de conformidad al secreto de las comunicaciones, tiene que ser trasmitida o intercambiada por personas; así lo entiende el TC, cuando en su sentencia 170/2013, nos habla de *"fenómenos de comunicación entre personas"*. Criterio que también lo encontramos en la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2013, que en relación a la diligencia de intervención de las comunicaciones telefónicas nos señala que *"las comunicaciones comprendidas en ese derecho han de ser aquellas*" que se encuentran ligadas a la naturaleza de la persona o a su propia condición humana[170]. Desde esta perspectiva se sostiene

[168] RODRÍGUEZ LAINZ, J.: *El secreto de las telecomunicaciones y su interceptación legal*, Sepin, Madrid, 2016, p. 27.
[169] DELGADO MARTÍN, J.: *Investigación tecnológica y prueba digital en todas las jurisdicciones*, Wolters kluwer, Madrid, 2016, p. 113.
[170] RODRÍGUEZ LAINZ, J.: *El secreto de las telecomunicaciones y su interceptación legal…, op. cit.*, p. 28.

que, para el diálogo entre máquinas o dispositivos electrónicos, no aplica el derecho al secreto de comunicaciones. Si seguimos los criterios antes mencionados nos llevaría a colegir que la protección constitucional del secreto a la comunicación únicamente opera entre personas; por lo que bajo esta concepción quedarían fuera de esta tutela las comunicaciones máquina hombre o máquina.

Sin embargo, contrario a esta posición encontramos a GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, que piensa que el art. 18.3 CE, tutela "la integridad del medio apto para la transmisión de mensaje", de ahí que no interesa su significado, destino, ni la naturaleza de los interlocutores[171], pudiendo ser estos personas físicas, jurídicas o máquinas. Lo relevante para entrar en el objeto de protección del secreto, es que el mensaje fluya por un cauce propio de la comunicación humana. A pesar de este criterio el autor en mención advierte que en determinadas acciones como las traspasar datos entre máquinas en las que interviene el humano de forma remota enviando, recibiendo, traspasando un archivo de una carpeta a otra en un ordenador personal, o grabando una información de un disco duro de la PC a un USB, no pertenecen al concepto de comunicación, por cuanto son una simple trasmisión de datos[172].

Nosotros nos adherimos a esta última tesis, puesto consideramos que los actuales avances en el campo de la inteligencia artificial, está dando apertura al reconocimiento jurídico de una nueva persona denominada electrónica[173]. Personalidad que se pretende crear a largo plazo para los robots[174]. De suceder lo anterior y al referirse el art. 18.3 CE, a "persona", la comunicación de las máquinas quedaría cubierta por el derecho al secreto de las comunicaciones. Así mismo coincidimos que se debe tomar en consideración al momento de calificar si una comunicación entre máquinas o entre éstas y el hombre tiene cabida como garantía al secreto, es que no se trate de simples vaciados de datos de un ordenador a otro, sino, como bien lo resalta GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, es que la transmisión del mensaje

[171] GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, N.: Garantías constitucionales de la persecución penal, en *Derecho y justicia penal en el siglo XXI*, Liber Amicorum, En homenaje al Profesor Antonio González-Cuellar García, (Coord. DÍAZ.MAROTO, V,), Colex, Madrid, 2006, p. 903.
[172] *Ibidem*, p. 904.
[173] Véase: Resolución del Parlamento Europeo, de 16 de febrero de 2017, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas de Derecho civil sobre robótica (2015/2103INL), disponible en: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2017-0051_ES.pdf, (última visita 26/07/2020).
[174] Según la Real Academia Española dentro de sus varias acepciones tenemos: 1. m. Máquina o ingenio electrónico programable que es capaz de manipular objetos y realizar diversas operaciones. 4. m. Inform. Programa que explora automáticamente la red para encontrar información. Diccionario Real Academia Española online, disponible en: https://dle.rae.es/robot?m=form, (última visita 26/07/2020).

se dé mediante el uso de un instrumento de conexión reconocible como canal de comunicación por el derecho fundamental del 18.3 CE[175].

2.3.3. Mensaje o contenido

Como segundo elemento tenemos el mensaje o contenido que queremos trasmitir al receptor, el mismo que no necesariamente se expresa con palabras, sino que también puede hacérselo mediante otras modalidades de lenguaje como pueden ser el mensaje de voz, imágenes, signos o señales gráficas, entre otros, de ahí que el mensaje puede quedar plasmado en otros tipos de soportes diferentes al papel. De tal suerte que la comunicación en nuestra era tecnológica no puede quedar circunscrita a la escrita entendida ésta en su sentido tradicional[176]. Todo lo anterior forma parte del contenido de la comunicación que es el objeto de la tutela formal del secreto de las comunicaciones[177].

2.3.4. Medio de trasmisión

Otro de los elementos es el medio o soporte a través del cual se lleva a cabo la comunicación, el mismo que necesariamente tiene que ser un canal cerrado proporcionado por un tercero sin importar si es público o privado. Sobre este aspecto el Tribunal Constitucional español ha expresado que "el art. 18.3 CE protege únicamente ciertas comunicaciones: las que se realizan a través de determinados medios o canales cerrados[178]". En efecto la comunicación afecta, en principio[179], únicamente a dos sujetos específicos, de ahí que la protección del derecho al secreto de las comunicaciones no protege las comunicaciones por canales abiertos.

Cuando utilizamos un medio para comunicarnos, estamos en presencia de una comunicación a distancia[180], que es lo que protege este derecho. No interesa si la distancia es

---

[175] GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, N.: *Garantidas constitucionales de la persecución penal…, op. cit.,* p. 904.
[176] STC 281/2006, 9 de octubre de 2006.
[177] RODRÍGUEZ LAINZ, J.: *El secreto de las telecomunicaciones y su interceptación legal…, op. cit.,* p. 27.
[178] STC 170/2013, de 7 de octubre de 2013.
[179] Decimos en principio; porque una intervención de las comunicaciones en determinados casos puede afectar, a más del titular del derecho a otros sujetos que tienen algún interés legítimo; esto es, a aquellos que, si bien no son parte directa de la comunicación, son afectados por la intervención o revelación de su contenido. CASANOVA MARTÍ, R.: *Las intervenciones telefónicas en el proceso penal..., op. cit.,* p. 50.
[180] FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, J.: *Secreto e intervención…, op. cit.,* p. 95.

larga o corta, lo relevante es que ésta no se puede realizar entre los interlocutores de forma directa, puesto que en este supuesto desaparece la vulnerabilidad de la confidencialidad de la comunicación, por ser directa y no requerir de la intermediación técnica de un tercero extraño a la comunicación.

Debemos tener en claro que al referimos a un canal cerrado se lo debe entender no en el sentido del medio o vía empleado para el desarrollo y efectivización de la comunicación, sino referido a la concreción o especificación de las personas comunicantes. Esto significa que no interesa si son dos o más e incluso luego pueden ir uniéndose otros[181], o saliéndose de la comunicación los interlocutores, con independencia de que se realicen en tiempo real como las conversaciones telefónicas, o no, como los mensajes grupales de *WhatsApp*[182]. En tal sentido este elemento excluye toda forma de comunicación abierta, así como todo medio que no permita tener una confidencialidad o al menos una expectativa de ésta.

Lo anterior significa que el carácter privado de una comunicación lo determina la vía de trasmisión. En efecto si utilizamos un canal abierto sabemos que no tendremos reserva en nuestra comunicación, puesto que estaremos expuestos a que terceros ajenos a la comunicación pueden acceder a esta con facilidad. Por el contrario, el empleo de un medio de trasmisión cerrado nos permite trasmitir nuestro mensaje con seguridad, sabiendo que sujetos extraños al proceso de comunicación, no podrán acceder a éste, salvo que utilicen algún artificio para acceder a la conversación. En razón esto el secreto de las comunicaciones no resulta aplicable a las comunicaciones realizadas por medios de difusión masivos como son la prensa, radio o televisión, por ser canales abiertos dirigidos a sujetos indeterminados que impiden al emisor conocer con antelación qué sujetos específicos recibirán el mensaje[183].

A más de la utilización del canal abierto o cerrado para trasmitir la comunicación, existe una tercera forma que es la mixta; esto es, empleando al mismo tiempo un canal cerrado y uno abierto. En este caso, a pesar de que se utiliza una vía cerrada, como puede ser el empleo del

[181] Cuando se trata de conversaciones grupales, es necesarios que quienes participan se encuentren relacionados por algún hecho que los cohesione como grupo privado, caso contrario estaríamos dentro de una comunicación pública de acceso general. CASABIANCA ZULETA, P.: *Las intervenciones telefónicas en el sistema penal…, op. cit.*, p. 64.
[182] RIVERO SÁNCHEZ-COVISA, F.: *Revisión del concepto constitucional del secreto de las comunicaciones,* Dykinson, Madrid, 2017, p. 25.
[183] ELVIRA PERALES, A.: *Derecho al secreto de las comunicaciones,* Iustel, Madrid, 2007, p. 16.

teléfono para llamar a emisoras radiofónicas o televisivas[184], el emisor no puede esperar una expectativa de confidencialidad, puesto que, en este supuesto, el canal abierto, va dirigido a un público indeterminado; por lo tanto, esta comunicación no se convierte en secreta por el mero uso del teléfono[185].

Conocer el canal o medio por donde se envía el mensaje tiene incidencia en lo procesal; puesto que, si la vía de trasmisión utilizada para comunicarse el investigado, es cerrada, necesariamente requiere de autorización judicial por estar amparada por la garantía constitucional, caso contrario será esta fuente de prueba ilícita por vulneración al derecho fundamental al secreto de la comunicación. Por su parte si el mensaje se envía a través de un medio abierto o mixto, esta comunicación queda al margen de esta tutela, puesto que no podemos exigir secreto si nuestra comunicación está siendo enviada de forma general aun grupo indeterminado de sujetos, lo cual la convierte en pública. De tal suerte que se descarta de la protección del art. 18.3, por más que tenga la calidad de comunicación los mensajes en la web colocados en redes sociales que van dirigidos a todos los contactos como por ejemplo el "muro" del Facebook o el "tablón" de Tuenti; porque en este caso el emisor pierde el control de las personas que acceden al contenido. Así mismo quedan fuera del secreto de las comunicaciones, por ser de acceso público, los intercambios de archivos de redes *peer to peer* (P2P). En conclusión, si la policía accede para investigar a un ciudadano a una red pública las fuentes de prueba que logre conseguir mediante este proceso, serán válidas dentro del proceso penal sin necesidad de previa autorización judicial para intervenir dichas comunicaciones.

2.3.5. Secreto de lo comunicado

Por último, nos referiremos al secreto de lo comunicado. El máximo organismo intérprete de la Constitución española, en varias de sus sentencias se ha pronunciado sobre el secreto de las comunicaciones, señalando que la Carta Magna en su art. 18.3 consagra dos derechos, el uno, de forma implícita, que es la libertad de comunicación, y, el otro de forma expresa que es su secreto. En este sentido el secreto, pasa a ser la condición previa para que

[184] CASABANCA ZULETA, P.: *Las intervenciones telefónicas en el sistema penal…, op. cit*., p. 129.
[185] MONTERO AROCA, J.: *La intervención de las comunicaciones telefónicas en el proceso penal (un estudio jurisprudencial)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 36.

pueda existir tal libertad; pudiendo este ser vulnerado, tanto cuando se intercepta o se capta la comunicación; así como cuando se conoce lo comunicado de forma antijuridica[186]. Por otra parte, el TC señala que cuando la norma se refiere al secreto, lo debemos concebir en un sentido formal, esto es que, lo comunicado, se entiende por secreto sin importar si su contenido pertenece o no al ámbito de lo personal lo íntimo o reservado[187]. Esta cualidad formal marca una clara diferencia con el derecho a la intimidad, pues el secreto de lo comunicado no depende del contenido de lo que se comunica sólo basta que exista un mensaje que queremos transmitir sin importar si es personal o de otra índole; mientras que el derecho a la intimidad, por ser de carácter material, abarca su protección únicamente a aquello aspectos específicos de la vida privada o familiar que el titular del derecho desea mantener en reserva u oculto de otros. Por último, el alcance del secreto debe ser aplicado en un sentido amplio; por lo que su cobertura de protección abarca no sólo el contenido de la comunicación, sino también otros ámbitos de esta como pueden ser, la identificación subjetiva de los intervinientes[188].

De la jurisprudencia constitucional extraemos dos importantes consideraciones. La primera es el carácter formal que se le confiere al secreto de las comunicaciones, calificativo que convierte a cualquier tipo de comunicación como secreta sin importar su contenido. De esta manera el proceso comunicativo queda blindado contra toda forma de interceptación, con independencia de que lo comunicado sea íntimo o no, salvo autorización judicial o de uno de los interlocutores. A su vez la calidad formal de esta garantía, lo convierte en un derecho autónomo que lo permite diferenciar de otros que son de naturaleza material. ¿Pero qué implicaciones jurídicas tiene este calificativo formal del secreto?

Como estamos señalando, al no importar el contenido de la comunicación, nos trae como consecuencia jurídica que todas las comunicaciones gozan del derecho al secreto; por lo tanto, no interesa si el mensaje es lícito o ilícito, igual está amparado en la garantía constitucional del 18.3; de tal suerte que, si se intercepta o interfiere una comunicación sin autorización, a pesar

[186] Entre otras, SSTC 70/2002, de 3 de abril de 2001, 114/1984, de 29 de noviembre de 1984.
[187] STC 114/1984, de 29 de noviembre de 1984.
[188] Sobre este punto de vista tenemos varias sentencias del TC, así como del TEDH. Véase como referencia la STC 114/1984, de 29 de noviembre; y, STEDH de 2 de agosto de 1984 Caso Malone.

de que su contenido sea ilícito, esta fuente de prueba será ilegítima y sin ningún valor probatorio[189].

Por esta razón en España no es posible validar interceptaciones de comunicaciones sin orden judicial, no obstante, que su contenido sea de carácter delictivo, ni tampoco se ordena interrumpir su interferencia o interceptación cuando se trata de mensajes íntimos. Lo anterior deja en evidencia que no se requiere conocer previamente los datos externos o internos de lo comunicado para considerarlo secreto. Realizar lo contrario significaría vulnerar este derecho; en virtud de aquello es que el secreto se encuentra garantizado ex ante y no ex post[190].

Por otra parte, piénsese si la reserva no fuera calificada como formal, esto significaría que el investigador a cargo de la interceptación de la comunicación, tendría que interrumpir cuantas veces los interlocutores se refieran a cosas íntimas, intimidad que podría ser utilizada como una cortina, para a través de esta simulación, enviar mensajes cifrados que impidan ser descubiertos, situación que perjudicaría enormemente la investigación penal que al interrumpir o desechar ciertas informaciones con apariencia de íntimo, el investigador, no tendría un conocimiento pleno del ilícito que se investiga.

Lo anterior nos permite razonar que en aquellos países donde no existe el secreto de las comunicaciones como un derecho autónomo, sino que este se protege dentro del derecho fundamental a la intimidad, podría admitirse la idea de que una interceptación de la comunicación, sin orden judicial, sería válida siempre que su contenido no sea de carácter íntimo. Recordemos que el derecho a la intimidad es de carácter material, en consecuencia, si se intercepta una comunicación, a pesar de que esta sea ilegal, pero si su contenido al final de la investigación penal resulta no ser de carácter íntimo, daría la posibilidad que sea admitida como prueba. No obstante, a lo antes expresado, considero que no es adecuado para los derechos del sujeto inmerso en una causa penal; porque esto daría paso a que las personas encargadas de la investigación penal realicen interceptación de manera subrepticias e indiscriminadas con la esperanza de que alguna de ellas sea de carácter no íntimas; y, por ende, no goce de protección constitucional, para luego utilizarla dentro del juicio como prueba para condenar al procesado.

[189] En este sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo en la STS 734/1999, en la cual se dejó sin ningún valor probatorio una escucha telefónica realizada por la policía sin autorización judicial, en donde se acordaba la entrega de droga en la playa.
[190] CASABANCA ZULETA, P.: *Las intervenciones telefónicas en el sistema penal…, op. cit.*, pp. 64-65.

Amén de si la comunicación es o no de carácter íntima, ésta debe gozar de inviolabilidad por parte de terceros no autorizados para participar en ella.

A pesar de este criterio observamos que en Colombia en donde las escuchas telefónicas, están relacionadas con el derecho a la intimidad, es decir, no existe un derecho al secreto de las comunicaciones autónomo, dentro de la sentencia C-594/14, emitido por el Tribunal Superior de Bogotá, se validó las escuchas y la legalidad de las actuaciones de particulares que grabaron sin orden judicial conversaciones de militares realizadas a través de la radio. Para validar estas escuchas el Tribunal consideró que los militares al haber utilizado medios institucionales para la comisión del delito de lesa humanidad, desbordaron como servidores públicos sus funciones constitucionales y legales; por lo tanto, no estaban protegidos por el derecho a la intimidad y con ello tampoco al secreto de las comunicaciones. En tal sentido si sus conversaciones son escuchadas o gravadas por cualquier persona y éste las aporta a un proceso, pueden ser valoradas como prueba dentro de la respectiva causa[191]. Fallo que no hubiese sido posible si la comunicación fuera considerada como un derecho fundamental de carácter formal.

El segundo aspecto que rescatamos de la jurisprudencia constitucional en relación al secreto es que, este alto Tribunal le da un radio de alcance extenso, es decir, que no sólo abarca al contenido de la comunicación, sino además a otros ámbitos de este proceso; pero debido a que no delimita cuales son los otros ámbitos que comprende la protección del secreto de las comunicaciones y sabiendo que su desconocimiento puede traer implicaciones procesales adversas dentro de la investigación penal, resulta enriquecedor para este asunto revisar de manera breve la insigne sentencia del caso Malone; así como cierta jurisprudencia española.

El TEDH, dentro de la conocida sentencia de 2 agosto de 1984, caso Malone contra el Reino Unido, relacionada a la operación llamada *metering o comptage*, que consistió en elaborar un listado de las llamadas realizadas desde un determinado número de teléfono, con indicación, respecto de cada llamada, de la hora en que se hizo y de su duración; este órgano de justicia, señaló que los datos registrados por el sistema *metering* constituían una vulneración a los derechos reconocidos en el apartado primero del art. 8 del CEDH; por lo que su legitimidad dependía de que se ajustara a los parámetros estipulados en el apartado 2 del antes citado artículo.

[191] CASABIANCA ZULETA, P.: *Las intervenciones telefónicas…, op. cit.,* p. 56.

Sobre esta jurisprudencia vale resaltar que, si bien para su época constituyó este pronunciamiento un gran avance para la defensa del derecho al secreto de las comunicaciones, pues amplio el radio de lo que constituye el proceso de comunicación a otros elementos como los números de teléfonos marcados, la hora y al duración de la llamada, en la actualidad, entender dentro de la protección de este derecho únicamente como dato externo del proceso de comunicación los antes mencionados aspectos, resulta limitado para resolver los problemas surgidos con la aparición de la telefonía móvil. Es por esto, que el Tribunal Supremo, estima pertinente dejar atrás el concepto de "datos externos" manejado por TEDH en el caso Malone y en su lugar utilizar un término más adecuado para nuestro tiempo como es el de "datos de tráfico", expresión que es mucho más amplía y permite abarcar elementos de una naturaleza y funcionalidad heterogénea[192].

A pesar de este criterio jurisprudencial amplio que se decanta por el empleo del término "datos de tráfico", encontramos que los llamados códigos IMEI e IMSI de los teléfonos móviles, a pesar de estar dentro de la categoría de datos, la jurisprudencia ha sido variante al momento de incluirlo como parte del derecho al secreto de las comunicaciones. Sobre este aspecto señala LÓPEZ-BARAJAS, que la jurisprudencia se ha movido entre dos posiciones. En un primer momento ha estimado al IMSI como parte integrante del secreto de las comunicaciones. Cambiando posteriormente de postura por considerar que esta técnica no afecta el núcleo protegido por el art. 18.3 de la CE, ya que esta información no permite conocer la identidad del comunicante, la titularidad del teléfono, ni la relación de llamadas realizadas, etc.[193].

Conciliamos con esta última posición debido a que el código IMSI, considerado de manera asilado no significan una vulneración al derecho a la comunicación, puesto que dicho número de identificación sólo es una serie alfanumérica que no permite conocer con su simple lectura aspectos susceptibles de protección por la vía del derecho constitucional del secreto de las comunicaciones[194]. Además, que al poderse acceder a la numeración antes de iniciarse el

[192] STS 249/2008, 20 de mayo de 2008.
[193] LÓPEZ BARJAS PEREA.: "El derecho al secreto de las comunicaciones y las nuevas tecnologías", en *la interceptación de las comunicaciones electrónicas*, (Coords. HERNÁNDEZ CATALÁN, G., ABELLA FERNÁNDEZ, C., FERNÁNDEZ CESTERO, R.), La Ley, Madrid, 2011, pp. 26-57.
[194] STS 481/2016, 2 de julio de 2016.

proceso de comunicación, rompe las ideas de funcionalidad y accesoriedad[195] con el secreto de las comunicaciones.

El IMSI cobra importancia cuando se los pone en relación con otros datos que están en poder del operador, en cuyo caso entra como escudo para proteger la comunicación del ciudadano la garantía del art. 18.3 CE. Lo anterior nos lleva a colegir que los agentes de policía dentro de una investigación criminal pueden conseguir o captar de forma técnica el IMSI sin autorización judicial[196], porque este dato de manera aislada no pertenece al concepto de comunicación, ni tampoco se alinea dentro de los datos especialmente tutelados. Por el contrario, si luego de haber obtenido el IMSI, se necesitan de otros datos para ser tratados con el objetivo de obtener una información singularizada del investigado, el agente investigador, previo a conseguir de la operadora la cesión de información, deberá contar obligatoriamente con la autorización judicial[197].

En el plano de las comunicaciones telemáticas, también existen ciertos datos electrónicos que se producen como resultado de la comunicación, pero que no se encuentran cubiertos por la garantía del 18.3 CE, como ha resuelto el Tribunal Supremo al tratar un caso en donde la policía obtuvo la identidad IP de un usuario sin autorización judicial, prueba que fue considerada válida por considerarse que en este supuesto, no existió interceptación ni vulneración al secreto de la comunicación[198].

---

[195] STS 249/2008… *op. cit.*

[196] Criterio jurisprudencial que ha sido recogido por el art. 588 ter 1, de la LECrim. que sobre la identificación de los terminales mediante captación de códigos de identificación del aparato o de sus componente expresa: 1. Siempre que en el marco de una investigación no hubiera sido posible obtener un determinado número de abonado y este resulte indispensable a los fines de la investigación, los agentes de Policía Judicial podrán valerse de artificios técnicos que permitan acceder al conocimiento de los códigos de identificación o etiquetas técnicas del aparato de telecomunicación o de alguno de sus componentes, tales como la numeración IMSI o IMEI y, en general, de cualquier medio técnico que, de acuerdo con el estado de la tecnología, sea apto para identificar el equipo de comunicación utilizado o la tarjeta utilizada para acceder a la red de telecomunicaciones", Un punto que vale resaltar es que si la policía solicita al juez la intervención de las comunicaciones, tiene la obligación de hacer conocer al órgano jurisdiccional la utilización de los artificios que utilizó para conseguir el IMSI o IMEI; con esto se conseguí verificar si la actividad realizada por la policía no fue vulneradora de los derechos fundamentales del investigado.

[197] Esta exigencia se encuentra en la Ley 25/2007, que provee la cesión de los datos para los fines previstos de investigación de delitos graves, previa autorización judicial. Obsérvese que la cesión de los datos no es para cualquier tipo de delitos, sino únicamente para los considerados como graves. Ley 25/2007, art. 6.1. también encontramos esta exigencia en la Ley de Telecomunicaciones 9/2014.

[198] La STS 2ª de 18 de marzo de 2010 (recurso núm. 121/2009).

Sobre este último punto resulta interesante conocer que en determinados casos la obtención de la dirección IP, sí requiere de autorización judicial; por lo que como veremos tiene igual tratamiento jurisprudencial a los códigos IMEI e IMSI que acabamos de estudiar. Esta exigencia va a depender de si el investigador la consigue mediante el auxilio del prestador de servicios, o si lo hace por sus propios medios técnicos. En el primer caso, por exigencia del art. 588 ter j, al tratarse de un dato ligado al proceso de comunicación, debería solicitar la respectiva autorización judicial. Por su parte si lo hace con sus propios medios técnicos, no necesita solicitar autorización. El fundamento de esta excepción la encontramos en el hecho de que la dirección IP, por sí sola, no identifica a sujeto alguno, pero una vez que ésta se interrelaciona con determinados datos de identidad conservados por las operadoras de comunicaciones, la dirección IP se vuelve operativa para identificar al sujeto; por lo que la identificación final del usuario con el auxilio del cruce de dato con los custodios de éstos, exigen de autorización judicial[199]. Lo anterior nos lleva a sostener que en todos los casos en los que la policía para acceder a una información IP, necesite del auxilio de una operadora[200], deberá previamente conseguir autorización judicial para poder solicitar a la entidad encargada de custodiar dichos datos la dirección IP, so pena de ser considerada una intervención ilegítima.

De lo que hemos expuesto podemos colegir que si bien el art. 18.3 CE protege la comunicación, y, otros aspectos que genera ésta por medio del uso de la telefónica o mediante el uso de internet, no son todos los datos de tráficos que cubre, sino sólo algunos de ellos, lo cual significa que sólo para aquellos supuestos como pueden ser: la confidencialidad de las circunstancias o datos externos de la conexión telefónica, dentro de los que se encuentran el momento, duración, destino, entrega de los listados de las compañías telefónicas a la policía, solicitud a la prestadora de servicios para conseguir los códigos IMEI e IMSI o el IP, por ser consideradas todas estas informaciones desde el punto constitucional y legal verdaderas interceptaciones de las comunicaciones será necesaria la autorización judicial[201] para su validez. Por su parte cuando es la propia policía que mediante artificios técnicos consigue los códigos IMEI e IMSI o el IP; al ser estas acciones informaciones que sin el complemento del cruce de

[199] Circular 2/2019 de la Fiscalía General del Estado.
[200] Ley 25/2007. SSTS 292/2008, de 28 de mayo; 236/2008, de 9 de mayo; 680/2010, de 14 de julio".
[201] STC 123/2002, de 19 de junio de 2002.

datos de las operadoras no permiten una identificación concreta de la persona, no necesitan de autorización judicial.

2.4. Titularidad del derecho

Si revisamos el art. 18.3 de la CE, podremos notar que su enunciación la hace en tercera persona, por ende, de forma general podemos señalar que este derecho les asiste a todas las personas sin importar su edad, sean nacionales o extranjeras[202], físicas o jurídicas. De lo dicho encontramos dos tipos de personas unas que son las físicas y otras las jurídicas. En lo atinente a la persona física, su titularidad es incuestionable, puesto que este derecho le asiste por el mero hecho de ser persona humana, por lo tanto, es irrelevante su edad, capacidad, nacionalidad, condición social, ideológica, política o cultural. Con relación a los menores de edad[203] y la capacidad legal, debemos señalar que, si bien estas personas son titulares de este derecho, su ejercicio está limitado por la intervención de terceras personas que las representan[204].

En relación con la persona jurídica como titular del derecho al secreto de la comunicación, su reconocimiento no ha sido nada pacifico; puesto que, al no existir en la Carta Magna española, como sí existe en otros ordenamientos jurídicos, una norma que les otorgue derechos fundamentales a las personas morales, su titularidad ha sido cuestionada. No obstante, aquello, la mayoría de la doctrina, así como la jurisprudencia nacional[205] y comunitaria[206], consideran que las personas jurídicas sí pueden ser titulares de derechos fundamentales en la

---

[202] Esto ha sido confirmado por el Tribunal Constitucional, quien ha incluido dentro de la protección de este derecho a las personas extranjeras. Este organismo es del criterio de extender ciertos derechos a los extranjeros por estar vinculados a la dignidad de la persona. Véase la STC 236/2007, de 7 de noviembre. En la doctrina encontramos a Díaz Revorido quien sostiene que el derecho al secreto de la comunicación por ser un derecho vinculado a la dignidad humana; por lo tanto, su titularidad corresponde a todas las personas sin excepciones. DÍAZ REVORIO, F.: *"El derecho fundamental al secreto de las comunicaciones"*, Derecho PUCP, Revista de la Facultad de Derecho, núm. 59, 2006, p. 161.

[203] En centramos que la Fiscalía General del Estado también sigue la tesis de que los menores también son titulares del derecho al secreto de las comunicaciones. Circular FGE 1/2013. Así mismo encontramos este reconocimiento en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor que en su art. 4.1 expresa que: "Los menores tienen derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Este derecho comprende también la inviolabilidad del domicilio familiar y de la correspondencia, así como del secreto de las comunicaciones.

[204] CASANOVA MARTÍ, R.: *las intervenciones telefónicas en el proceso penal…, op. cit*., p. 126.

[205] Véase, por ejemplo, SSTS 139/1995 de 26 de septiembre de 1995 y de 23/1989, de 2 de febrero de 1989.

[206] TEDH sentencia caso Koop del 25 de marzo de 1998. Se reconoce este derecho para los despachos de los abogados.

medida en que por su naturaleza le sean aplicables[207]. Así como se le ha reconocido el derecho a la inviolabilidad del domicilio, el derecho al secreto de las comunicaciones es perfectamente aplicable sobre todo porque éste tiene una naturaleza formal, esto es, su contenido no necesariamente es de carácter íntimo, situación que facilite el ejercicio de este derecho, a diferencia del derecho a la intimidad que, por su naturaleza, sólo pueden ser titulares de ciertas manifestaciones de éste.

En resumen, podemos señalar que la titularidad del derecho al secreto de las comunicaciones es muy amplia, en tanto en cuanto protege el secreto de las comunicaciones de todas las personas sin distinción alguna. Consideración que ha sido ratificada por la jurisprudencia nacional y comunitaria. Es así que, vía jurisprudencia del Tribunal Constitucional, tenemos, por una parte, la inclusión de las personas extrajeras como titular de este derecho; y, por el lado del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la incorporación de las personas jurídicas[208].

2.5. La nueva forma de entender el secreto de las comunicaciones

La actual modernización tecnológica ha dado lugar a la aparición de diversas formas de comunicarnos que antes únicamente existían en la ciencia ficción, es por eso que pensar en redimensionar el concepto y las categorías jurídicas involucradas en la formación tradicional del secreto de las comunicaciones, resulta necesaria para enfrentar con certeza y seguridad las nuevas demandas que dimanan de la realidad; puesto como bien lo señala RODRÍGUEZ RUIZ, el actual derecho al secreto de las comunicaciones se encuentra ante el dilema de mantener su identidad y transformarse "a medio plazo en una especie de fósil jurídico o de aventurarse a una redefinición que lo acomode a las nuevas circunstancias[209]". Este evento es normal porque la sociedad es dinámica y como tal el derecho debe adaptarse a los cambios si quiere ser eficaz.

---

[207] En este sentido lo declaró el Tribunal Constitucional en su sentencia STC 23/1989/, de 2 de febrero de 1989.
[208] VILLANUEVA TURNES, A.: *"Posibles problemas en la intervención de las comunicaciones en España"*, Revista Estudios de Deusto, vol. 63. núm. 2, 2015, pp. 263-281. Disponible en: http://revista-estudios.revistas.deusto.es/issue/viewFile/170/28, (última visita 20/07/2020).
[209] RODRÍGUEZ RUÍZ, B.: *El secreto de las comunicaciones: tecnología e intimidad*, McGraw-Hill, Madrid, 1998, p. XVI.

Este sentir lo encontramos representado en la STC 70/2002, cuando señala que las telecomunicaciones han experimentado un gran desarrollo en los últimos tiempos gracias al avance tecnológico y al uso de la informática, situación que hace necesario un nuevo entendimiento del concepto de comunicación[210].

En verdad la invasión de la tecnología e internet ha hecho fácilmente vulnerable el derecho a la vida privada. Antes de la existencia de tecnologías como las cámaras, grabadoras, y de más instrumentos tecnológicos, bastaba a la persona con aislarse de los demás para no ser vulnerado su vida personal; en la actualidad con los equipos informáticos e internet, los cuales, casi todos usamos de manera cotidiana, nosotros mismos no exponemos a que otros sepan sobre nuestros secretos. Por lo tanto, la barrera formal del secreto de las comunicaciones no depende con que conste en el texto constitucional para estar a salvos de invasiones de terceros, sino que este secreto realmente depende de nosotros para que se convierta en una garantía protectora contra terceros.

Normalmente desde el prisma clásico del secreto de las comunicaciones, ésta podía ser vulnerada básicamente por el consentimiento del titular del derecho o por autorización judicial. Criterio que la doctrina jurisprudencial ha ido modificando, basados en los esquemas propios de la configuración del derecho a la intimidad. En tal sentido, así como la intimidad depende del titular de dicho derecho, en la medida que es él quien decide cómo y bajo qué situación desea mantener oculta su intimidad de otros, de igual manera si queremos que se nos respete el normal ejercicio de nuestro derecho a comunicarnos, la tendencia actual es que seamos partícipes del poder de exclusión, convirtiéndose este elemento en el definidor de las comunicaciones garantizadas por el art. 18.3 CE[211].

Siguiendo el criterio de RODRÍGUEZ LAINZ[212], el poder de exclusión viene hacer aquella responsabilidad que pesa sobre nosotros para decidir qué esfera de nuestra comunicación debe estar reservada por la pared protectora de la garantía constitucional del derecho al secreto de las comunicaciones. Entendemos que la tendencia moderna del secreto de la comunicación va encaminada hacia una acción activa del titular del derecho, con lo cual se consigue una doble barrera defensora, por un lado, con el calificativo formal que tiene toda comunicación que sin

[210] STC 70/2002, de 3 abril de 2002.
[211] RODRÍGUEZ LAINZ, J.: *El secreto de las telecomunicaciones…, op. cit*., p. 53.
[212] *Ibidem*, p. 54.

importar su contenido ya está protegido; y, por otro por la cautela que debe tomar el titular del derecho al momento de comunicarse para que su contenido no sea fácilmente vulnerable. En otras palabras, no podemos esperar que la Constitución nos proteja nuestra comunicación si utilizamos vías o canales que no nos van a permitir tener una expectativa razonable de privacidad.

2.6. La doctrina sobre la expectativa razonable de la privacidad

Como hemos dicho la tendencia moderna del secreto de la comunicación exige que los intervinientes del proceso comunicativo tengan una expectativa razonable de privacidad para entrar en el ámbito de la garantía constitucional del art. 18.3. Para entender esta doctrina necesariamente tenemos que remitirnos a la jurisprudencia norteamericana por ser el lugar donde nació esta doctrina. Observamos en este país dos criterios jurisprudenciales sobre este tema. El primero que estuvo vigente hasta los años 60, en donde la protección a la vida privada se sustentaba en el criterio de la propiedad; es así que podemos encontrar como en el caso Olmstead de 1928[213], la Corte Suprema consideró válida la intervención policial de conversaciones telefónicas llevadas a cabo sin autorización judicial, fundamentada en el hecho de que no había existido una invasión física del domicilio del demandante. Durante mucho tiempo se mantuvo en la jurisprudencia de la Corte Suprema estadounidense el criterio de que la Cuarta Enmienda, protegía la propiedad[214]; por lo tanto, se sostenía que las intervenciones de las comunicaciones telefónicas, al no penetrar físicamente el domicilio del ciudadano, imposibilitaba cualquier invocación de protección constitucional. En otras palabras, las injerencias de los poderes públicos para ser considerados como invasivos del derecho a la comunicación debían cumplir con las exigencias del llamado *non tresspassory test*[215].

Fue mediante el caso Katz de 1967, a través de la cual la Corte Suprema de los Estados Unidos de América, dio origen a lo que hoy conocemos como la "expectativa razonable de

[213] ORTÍZ PRADILLO J.: "El impacto de la tecnología en la investigación penal en los derechos fundamentales". en *Problemas actuales de la justicia penal. Secreto profesional, cooperación jurídica internacional, víctimas de delitos, criminalidad organizada, personas jurídicas, eficacia y licitud de la prueba, prueba y derechos fundamentales* (Dir. GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO), (Coords. SANZ HERMIDA, A. y ORTÍZ PRADILLO J.), Constitución y Leyes, S.A., 2013, p. 322.
[214] DELGADO MARTÍN, J.: *Investigación tecnológica y prueba digital…, op. cit.,* p. 102.
[215] RODRÍGUEZ LAINZ, J.: *El secreto de las telecomunicaciones…, op. cit.,* p. 54.

privacidad del individuo". En este caso ante el evidente accionar ilícito de los agentes policiales que habían puesto un micrófono oculto junto a la cabina telefónica pública por donde se comunicaba el Katz, la Corte decidió dejar a un lado la jurisprudencia que se venía aplicando desde el caso Olmstead y decidió extender el contenido de la Cuarta Enmienda más allá de la incautación de cosas tangibles, o intromisiones físicas. De tal suerte que el Tribunal Supremo sostuvo que la Cuarta Enmienda protege personas no lugares, aclarando que su aplicación depende de si la persona puede reclamar la expectativa legítima en base a dos supuestos: el primero es si el sujeto ha mostrado una real expectativa de privacidad; y, el segundo es si los poderes públicos deben reconocer la expectativa como razonable[216].

En lo atinente al primer supuesto entendemos que éste exige por parte del afectado que exteriorice de forma explícita o implícita una expectativa de privacidad, absteniéndose por lo tanto de exponer su conocimiento de forma generalizada a los demás; sólo así su expectativa es reconocida por la sociedad como razonable. En razón de aquello, es palpable que la expectativa razonable la fija la propia persona o cualquiera otra en su lugar, por lo que este criterio pasa a ser determinante a la hora de conocer si ciertas expresiones de la vida privada se encuentran protegidas contra las invasiones ilegítimas[217], y, en consecuencia, posibilitan al sujeto a accionar su reclamo de resguardo ante los órganos de justicia. Dicho de otra forma, si el sujeto de forma intencional o al menos consciente lleva a cabo actuaciones que lo exponen al conocimiento de extraños, no podrá exigir la expectativa razonable de privacidad[218].

De forma resumida podemos señalar que la doctrina de la Corte Suprema estadounidense al momento de aplicar la Cuarta Enmienda, en casos de presuntos abusos al derecho a la privacidad, por parte de agentes policiales dentro de una investigación criminal, sobre todo cuando éstos utilizan instrumentos tecnológicos, se ha venido fundamentando de conformidad a cuatros elementos principales. El primero elemento es el lugar, dado que, dependiendo del sitio donde nos encontramos, tendremos una menor o mayor expectativa de privacidad. No es lo mismo realizar actividades en un local comercial, que realizarlas en nuestro hogar; puesto que este último sitio es el lugar por antonomasia para desarrollar nuestra vida privada. En razón

[216] DELGADO MARTÍN, J.: *Investigación tecnológica y prueba digital…, op. cit.,* p. 103.
[217] *Ibidem,* p. 104.
[218] RODRÍGUEZ LAINZ, J.: "*El principio de la expectativa razonable de confidencialidad en la STC 241/2012, de 17 de diciembre"*, Diario La Ley, n 8122, Sección Doctrina, de 9 de julio de 2013.

de esto si somos vigilados mediante algún artificio tecnológico en el local comercial tendrá una menor protección que si se lo hace en nuestra vivienda. Otro de los elementos hace relación al tipo de información que se obtienen con la investigación tecnológica, por ende, entre más detalles íntimos o privados se obtengan existe una mayor probabilidad de considerar vulnerado los derechos de privacidad protegidos por la Cuarta Enmienda. Como tercer elemento tenemos los medios tecnológicos utilizados en la investigación. Sobre este aspecto la Corte Suprema ha resuelto que, a mayor sofisticación de la tecnología empleada en la investigación del caso, conduce a una mayor expectativa de privacidad por ser instrumentos que son pocos conocidos por la generalidad del público. Si no conocemos de ciertas herramientas investigativas que han alcanzado un alto grado de desarrollo tecnológico, no se nos puede exigir actuar con cautela para proteger nuestra privacidad. A *contrario sensu* si éstos son conocidos podemos tomar los recaudos necesarios a efectos de resguardar nuestra privacidad[219]. Como cuarto elemento tenemos el grado cuantitativo de la injerencia sobre la privacidad de los individuos. En relación a este criterio la Corte ha puesto de manifiesto que el sometimiento de un investigado a una vigilancia electrónica prolongada afecta las expectativas de privacidad[220]; por lo que, en estos casos, es necesario una autorización judicial para avalar dicho seguimiento.

Para finalizar con este análisis creemos pertinente agregar un quinto elemento que si bien aún no ha sido tratado por la Corte Suprema, sí ha sido tenido presente por los tribunales inferiores de los Estados Unidos de Norteamérica, que al momento de resolver sobre los programas P2P instalados en un ordenador, han sostenido que debido a que éstos permiten compartir archivos con cualquier sujeto, no existe impedimento para que la policía mediante el empleo de determinados *software* pueda acceder a las carpetas del equipo informático de cualquier ciudadano y descargar de formas remota los archivos, sin que para ello necesite autorización judicial; puesto que quien utiliza un P2P, no tiene ninguna expectativa razonable de privacidad en los contenidos compartidos de su artefacto; por tal razón no se encuentra protegido por la Cuarta Enmienda[221].

[219] ORTÍZ PRADILLO J.: "El impacto de la tecnología en la investigación…", en *Problemas actuales de la justicia penal…, op. cit.,* p. 323-324.
[220] *Ibidem*, p. 325.
[221] *Ídem*.

2.7. El derecho al secreto de las comunicaciones y el derecho a la intimidad

Si bien ambos derechos se encuadran dentro de la Sección 1, del Capítulo Segundo, del Título Primero, por lo tanto, los dos son derechos de los denominados fundamentales, es decir, inherentes al ser humano, no significan que son iguales. Como hemos expresado el derecho al secreto a las comunicaciones es de carácter formal, mientras que el derecho a la intimidad es de naturaleza material.

Cualidades que tienen mucha importancia en materia penal, puesto que el primero se encuentra protegido desde que inicia el proceso comunicativo hasta que finaliza, sin importar el contenido del mensaje. Mientras que en el caso del derecho a la intimidad únicamente estará protegido si el contenido del mensaje es de carácter íntimo[222]. Esto quiere decir que toda comunicación se encuentra protegida sea cual sea su contenido y pertenezca o no a lo íntimo o reservado de la persona. Por el contrario, el derecho fundamental adquiere relevancia para la norma constitucional únicamente cuando el contenido de lo comunicado tiene el carácter de íntimo o personal. Otro aspecto de resaltar es que mientras la interceptación de las comunicaciones requiere siempre de una orden judicial, el derecho a la intimidad no goza constitucionalmente de la exigen de reserva absoluta de previa resolución judicial[223]. De tal manera que de forma excepcional se admite a la policía judicial realizar ciertas acciones de injerencia leves en la intimidad del investigado[224], claro está, respetándose en todo momento las exigencias que impone el principio de proporcionalidad[225].

La cercanía de estos derechos ha provocado en más de una ocasión que se los confunda e incluso se haga mención de ellos como si se trataran de la misma cosa. Situación que no sólo se observa en el ámbito interno, sino incluso en el plano internacional. Vemos así que en la emblemática sentencia del conocido caso Naseiro, se confunde el derecho a la intimidad con el del secreto de las comunicaciones e incluso se llegó a establecer, al último de los nombrados, como una manifestación del primero. Fallo que, al haber sido tomado como referente por el Tribunal Constitucional español, ha provocado que en varias ocasiones su jurisprudencia caiga en el error, al momento de tratar casos de intervenciones telefónicas, refiriéndose a éstas como

[222] LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J.; *Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida…*, *op. cit.*, p. 154.
[223] STC 281/2006, de 29 de octubre de 2006.
[224] *Ibidem*, FJ 3.
[225] STC 70/2002, de 3 de abril de 2002.

si fuera una afectación al derecho a la intimidad, cuando en realidad estamos en presencia del derecho al secreto a las comunicaciones[226].

Pero la confusión no sólo a encontramos en la jurisprudencia constitucional, sino además en la doctrina. RODRÍGUEZ RUÍZ[227], piensa que la garantía constitucional consagrada en el art. 18.3 CE, debe ser vista como un aspecto del derecho a la intimidad. En el mismo sentido se pronuncia MOTAÑES PARDO[228], cuando califica el derecho al secreto de las comunicaciones como una garantía del derecho a la vida privada.

A su vez encontramos en la otra orilla la doctrina[229] y jurisprudencia[230] que entiende a estos derechos como independientes y autónomos. Criterio que lo sustenta por cuanto el concepto de intimidad es de carácter material, mientras que el secreto de las comunicaciones es un concepto formal. Pensamos que, desde esta perspectiva, efectivamente estos derechos son diferentes, puesto que su objeto de protección no es igual.

El derecho a la intimidad, como ya se explicó, es aquel círculo propio y reservado del conocimiento de terceros, fijado según las pautas del propio titular del derecho o la cultura que le permite desarrollar su personalidad. Por su parte el secreto de las comunicaciones, blinda a la comunicación ajena de toda interceptación, aprehensión física del soporte del mensaje,

---

[226] CASANOVA MARTÍ, R.: *las intervenciones telefónicas en el proceso penal…, op. cit.*, p. 51. En una sentencia reciente encontramos que, de forma equivocada, hacen mención al derecho a la intimidad de las comunicaciones, término que no existe en la legislación española. Véase al respecto la STS 427/2013 de 10 de mayo.

[227] RODRÍGUEZ RUÍZ, B.: *El secreto de las comunicaciones…, op. cit.*, p. 23.

[228] MONTAÑES PARDO, M.: *La intervención de las comunicaciones. Doctrina jurisprudencial,* Aranzadi, Pamplona, 1999, p. 22.

[229] Sobre la doctrina que piensan que el derecho a la intimidad y la del secreto de las comunicaciones son derechos independientes véase a: JIMÉNEZ CAMPO, J. "*La garantía constitucional del secreto de las comunicaciones…, op. cit., pp. 42 ss.*; MORENO CATENA, V.: *"medidas limitativas del derecho al secreto…, op. cit.*, p. 135; RIVES SEVA, A: *La intervención de las comunicaciones en el proceso penal*, Bosch, Barcelona, 2010, p. 29, entre otros.

[230] La primera sentencia del Tribunal Constitucional que estableció la diferencia entre el derecho a la intimidad y el secreto de las comunicaciones, fue la 114/1984, de 29 de noviembre, en donde se establece que el concepto del secreto de las comunicaciones tiene un carácter formal, en el sentido de que se predica de lo comunicado, sin importar su contenido, es decir, no interesa si lo comunicado forma parte de lo personal, intimido o reservado. De este criterio se desprende que el art. 18.3 de la CE protege tanto el contenido íntimo o de cualquier índole, mientras que el art. 18.1 del mismo cuerpo legal, únicamente atiende a lo íntimo o reservado de la persona. Otras sentencias como la STC 241/2012, de 17 de diciembre de 2012; la STC 142/2012, de 2 de julio de 2012; la STC 170/2013, de 7 de octubre de 2013; y la 855/2013, de 11 de noviembre de 2013, han seguido manteniendo la diferencia entre estos derechos, consolidando la tesis de que el derecho al secreto a las comunicaciones es autónomo por proteger un bien jurídico diferente al resto de los derechos consagrado en el art. 18 de la Constitución española.

conocimiento del mismo o la captación del proceso comunicativo, así como por simple conocimiento antijuridico de lo comunicado[231].

Para culminar creemos que, a pesar de ser derechos diferentes y autónomos, no se puede desconocer que el secreto de la comunicación cumple una función instrumental del derecho a la intimidad, constituyéndose en un factor decisivo para tutelar el bien jurídico de la intimidad de la persona[232].

3. El derecho fundamental a la protección de datos

El origen de este derecho tiene como fuente las implicaciones que ha representado para la vida privada de los ciudadanos el avance vertiginoso y el uso de las tecnologías de la información y comunicación. A partir de este desarrollo, los datos personales contenidos principalmente en ficheros electrónicos se volvieron fácilmente vulnerables a la apropiación y arbitrariedades por parte de quienes son los custodios o acceden a la base de datos; por lo que ante estas nuevas exigencias derivadas de los riesgos que significa la informatización de todos los ámbitos de la vida, nace como garantía del ciudadano el derecho a la protección de datos.

Empezamos este tema expresando que a diferencia de los derechos fundamentales que hemos tratado, el derecho a la protección de datos no consta reconocido en ninguno de los tratados internacionales sobre derechos humanos, esto se debe a que la mayoría de dichos Tratados fueron aprobados con antelación a la aparición de la informática que trajo nuevos problemas jurídicos relaciones con el tratamiento automatizados de datos personales.

Si bien sus antecedentes más remotos los podemos encontrar en EE.UU. en el año 1890, no fue sino a partir del desarrollo de las computadoras allá por los años 60 que surge el debate doctrinal sobre la necesidad de crear un nuevo derecho fundamental que proteja de los posibles riesgos provenientes del desarrollo del uso de la informática. En sí no es el uso normal de la informática que produce efectos, sino su empleo en el registro masivo de datos concernientes a nuestra vida privada. Como ya señalamos en líneas posteriores un dato visto de manera individual no significa un peligro para la intimidad o vida privada del ciudadano, pero tratados

[231] CASANOVA MARTÍ, R.: *las intervenciones telefónicas en el proceso penal…, op. cit.*, p. 53.
[232] Así lo ha reconocido el Tribunal Supremo. Véase la STS 227/1999, de 20 de febrero de 1999.

y sistematizados de forma conjunta ayudan a crear perfiles detallados de los gustos, opiniones, ideologías etc., de las personas, lo cual pueden afectar ciertos derechos para el libre desarrollo de la personalidad.

Encontramos que, en Europa, antes de que existiera algún texto jurídico que tratara el derecho a la protección de datos, fue el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea quien vía jurisprudencia empieza a reconocer este derecho[233]. La primera sentencia que trató este tema fue el denominado caso Stauder[234], aunque es importante aclarar que en otros casos posteriores el Tribunal, ha fallado en unas ocasiones a favor de la existencia del derecho a protección de datos, y, en otras no lo ha reconocido.

En el concierto internacional su preocupación se inicia recién en el año de 1968, durante la celebración de la conferencia internacional de derechos humanos de Teherán organizado por Naciones Unidas, en la cual se consideraron los límites que una sociedad democrática debía imponer para proteger los derechos humanos frente al creciente uso de la tecnología.

Conscientes los Estados sobre esta moderna problemática para el derecho, se publica en el año de 1970 en Lander alemán de Hesse, la primera ley limitativa del uso de la informática denominada *Datenschutz,* a la cual siguió la Data Lag de Suecia en 1973. Aunque vale aclarar que fue en Estados Unidos donde nació el texto más completo y mejor estructurado jurídicamente para la época denominado *Privacy Act*, de 1974, el mismo que se constituyó en el precursor para las futuras leyes sobre protección de datos. Por la importancia que tienen en el desarrollo normativo europeo no podemos dejar de mencionar, además, la Ley francesa de 6 de enero de 1978; así como la *Dantenschutz* de 27 de enero de 1977 de la extinta República Federal Alemana[235].

---

[233] Existen doctrinarios que no comparten este criterio, y, sostienen que el derecho a la protección de datos tuvo su origen como derecho mediante vía legislativa que luego fue desarrollado por la jurisprudencia. Sustentan esta tesis en el hecho de que el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, lo que ha reconocido es el derecho a la vida privada, mas no un derecho a la protección de datos. RUÍZ MIGUEL, C.: *El derecho a la protección de datos personales…*, *op. cit*., p. 15.

[234] Este caso tiene como antecedente el reclamo que hace un ciudadano alemán ante el TJCE, por considerar vulnerado el derecho a la dignidad personal, por obligársele a revelar su nombre y condición económica, si es que quería ser beneficiario de un cupón para comprar mantequilla a pecio reducido. Si bien el TJCE, no hace alusión en su sentencia al derecho a la protección de datos, pero como veremos más adelante al ser el nombre un dato personal que tenía que ceder, se colegiría que nos encontraríamos ante un caso de vulneración del derecho a la protección de datos. Sentencia Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, de 12 de noviembre de 1969, Erich departamento Social de la ciudad de Ulm, (Asunto C-29/69).

[235] REBOLLEDO DELGADO, L. y SERRANO PÉREZ, M: *Manual de protección de datos…, op. cit*., pp. 27-31.

Ante las diversas resoluciones jurisprudenciales, así como la disparidad existente de normas reguladoras relacionadas al derecho a la protección de datos entre los Estados miembros, el Consejo de Europea, preocupado por esta situación y con la finalidad de unificar criterios sobre el tratamiento de este tema, publica el Convenio núm. 108, de 28 de enero de 1981, texto internacional que fue el primero en establecer principios básicos en el tratamiento de datos y que se convertiría en un documento jurídico de carácter vinculante para todos los Estados miembros. Este instrumento se trazó como objetivo inmediato garantizar en todo el territorio de la Unión a las personas físicas "el respeto de sus derechos y libertades fundamentales, concretamente su derecho a la vida privada, con respecto al tratamiento automatizado de los datos de carácter personal correspondientes a dicha persona[236]". A pesar de esta aspiración unificadora, este Convenio, no tuvo la acogida que se pensaba por lo que posteriormente se tuvieron que emitir diversas directivas que regulaban el derecho en cuestión[237].

La importancia de este Convenio radicó en haber establecido principios básicos comunes en el tratamiento de datos que debían ser observados por los Estados miembros. De tal suerte que los países que contaban con una ley de protección de datos tenían que reformarla de conformidad al Convenio; y, los que carecían de ley, se vieron en la obligación de crearlas. En este sentido países que no contaban con una ley de protección de datos como Portugal publicaron en 1991 la *Lei de Proteccao de Datos Pessoais a Informatica*; y, un año más tarde sucedió lo mismo con España con la Ley Orgánica de Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter Personal (LORTAD) de 1992[238].

A más del antes citado Convenio, encontramos varias normativas internacionales que han servido de base en los países desarrollados para la implementación interna de normas referentes a la protección de datos. Dentro de los principales podemos citar: las Directrices en relación con el flujo internacional de datos personales y la protección de la intimidad y las libertades fundamentales, aprobadas por recomendación adoptada por el Consejo de la OCDE

[236] Bajo el título de «objeto y fin», el artículo 1 del Convenio se pronuncia en los siguientes términos: «El fin del presente Convenio es garantizar en el territorio de cada parte, a todas las personas físicas, independientemente de su nacionalidad o su residencia, el 'respeto de sus derechos y de sus libertades fundamentales, y en particular de su derecho a Ja vida privada, con respecto al tratamiento automatizado de los datos de carácter personal que la conciernen ("Protección de datos"). Convenio núm. 108 del Consejo de Europa, de 28 de enero de 1981.
[237] TELLEZ AGUILERA, A.: *La protección de datos en la Unión Europea. Divergencias normativas y anhelos unificadores",* Edisofer, Madrid, 2002, pp. 26-58.
[238] REBOLLEDO DELGADO, L. y SERRANO PÉREZ, M: *Manual de protección de datos…, op. cit*., p. 32.

de 23 de Septiembre de 1980 (DOCDE); así como la Directiva 95/46/CEE del Parlamento Europeo y del Consejo de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos[239]. Finalizando esta actividad normativa con el actual Reglamento UE 2016/679 (RGPD), que es la norma básica en la protección de datos de carácter personal para todos los países de la Unión Europea[240]. En sí toda esta legislación supranacional buscó por una parte unificar la disparidad legislativa; y, por otra establecer medios jurídicos actualizados que mejoraran los ya existentes.

Sin embargo, el primer antecedente directo que delimitó el derecho a la protección de datos surge en Alemania, en el año de 1983 mediante jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán, al pronunciarse sobre la constitucionalidad de algunos de los artículos consagrados en la Ley de Censo. Con esta sentencia se reconoce por primera vez el derecho del individuo a disponer sobre el tratamiento automatizado de datos, derecho que fue denominado como autodeterminación informativa[241] *(Informationell Selbstbestimmungsrecht*)[242]. Se desprende de lo anterior que lo relevante no es que el dato sea personal o íntimo, sino lo peligroso viene a ser cuando estos datos son tratados de forma automatizada que, al vinculárselos con otra información relacionada al individuo, puede dejar al descubierto las más diversas facetas de su vida y comportamiento. Por lo tanto, su nacimiento no responde únicamente a la protección de datos sensibles, sino además a aquellos que, sin ser parte de la esfera privada del sujeto, son capaces de causar daño o afectar el goce pleno de sus derechos.

Esta sentencia popularizó el término "derecho a la autodeterminación informativa", que con frecuencia se intercala con el de "protección de dato personales". A su vez esta sentencia amparada en otros derechos fundamentales como el de libre desarrollo de la personalidad y la dignidad del individuo, y, sin ningún apoyo en la Constitución, da vida jurídica a un nuevo derecho fundamental. Por todas estas circunstancias la presencia de esta sentencia se ha hecho sentir en diversos países del ámbito europeo occidental, de manera que su influencia la podemos

[239] PASCUAL HUERTA, P.: *La génesis del derecho fundamental a la protección de datos personales,* tesis doctoral (Dir. RUBIO NUÑEZ, R.), Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2017.
[240] REBOLLEDO DELGADO, L. y SERRANO PÉREZ, M: *Manual de protección de datos…, op. cit.,* pp. 32-33.
[241] Concepto que no es idea propia del Tribunal Constitucional Alemán, sino que fue tomado de la definición de privacidad en términos de autodeterminación, que en inglés se denomina *"self determination"*. MURILLO DE LA CUEVA, L., PIÑAR MAÑAS, L.: *El derecho a la intimidad autodeterminación informativa*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009, p. 84.
[242] DELGADO MARTÍN, J.: *Investigación tecnológica y prueba digital en todas las jurisdicciones…*, *op. cit*., p. 132.

ver, tanto al momento de la creación de normas referente a este derecho, como cuando a sus tribunales les ha tocada resolver casos relacionados con el derecho a la protección de datos personales.

El origen del derecho a la protección de datos está ligado a las nuevas demandas individuales provenientes de la amenaza que representa el empleo de la informática para digitalizar tratar, almacenar y archivar todos los aspectos nuestra vida. Pero a pesar de esta justificación son muy pocos los Estados de la Unión Europea que lo han reconocido en sus constituciones como derecho fundamental; por lo que su implementación ha tenido que darse por vía legal o jurisprudencial.

Dentro de los países miembros de la UE podemos encontrar Estados que expresamente reconocen el derecho a la protección de datos en sus constituciones como un derecho independiente; otros que al no contar con tal declaración lo aplican como una derivación del derecho a la intimidad; y por último tenemos los que no tienen ninguna alusión de este este derecho[243].

Revisando brevemente a los países que sí reconocen el derecho a la protección de datos en sus constituciones como derecho autónomo encontramos Portugal y a Suecia[244]. A su vez encontramos países como Finlandia[245] y Holanda[246] que reconocen el derecho a la protección de datos como un derecho que deriva del derecho a la intimidad. Y por último tenemos aquellos que sus constituciones no reconocen el derecho a la protección de dato, siendo uno de esos Alemania, que, ante este vacío, le tocó a su Tribunal Constitucional, al conocer sobre la demanda

[243] RUÍZ MIGUEL, C.: *El derecho a la protección de datos personales…*, *op. cit*., p. 30.
[244] La Constitución portuguesa de 1978 en su art. 35 señala el derecho de "todo ciudadano a tener conocimiento de lo que conste en forma de registro informáticos acerca de él y de la finalidad a que se destinan esos datos, y podrá exigir su rectificación, así como su actualización". Por su parte la sueca manifiesta "todo ciudadano quedará protegido, en la medida que se disponga en detalle por la ley, contra la violación de su integridad personal resuelta del registro de información sobre él mediante tratamiento electrónico de datos *Ibidem*, p. 30.
[245] La Constitución de este país en su Art. 10.1 expresa: "se garantiza a todos la intimidad, honor y la inviolabilidad del domicilio. La ley establecerá normas de detalle sobre la salvaguarda de los datos de carácter personal". RUÍZ MIGUEL, C.: *El derecho a la protección de datos personales… op. cit.,* p. 30.
[246] Art. 10. 2 de la Constitución señala: "la ley establecerá las normas de protección de la intimidad personal en relación con la indagación y difusión de datos personales. A su vez en su art. 10.3 dice "la ley dictará la norma sobre el derecho de toda persona a que se le dé conocimiento de los datos recogidos sobre ella y del uso que se hiciere de los mismos. RUÍZ MIGUEL, C.: *"El derecho a la protección de datos personales…" op. cit.,* pp. 30-31.

de inconstitucionalidad de ciertos artículos de la Ley de Censo, crear vía jurisprudencia el derecho que ellos llamaron "derecho a la autodeterminación informática[247]".

4. La utilización de los datos personales en la investigación penal y prueba de los delitos

Una de las áreas donde más se presenta tensión a la hora de tratar la protección de datos es el que se deriva de su relación con el tema de la seguridad de la sociedad. Para nadie es extraño que los graves atentados terroristas ocurridos principalmente en los EEUU, Reino Unido y Madrid, cambiaron el estándar de la seguridad mundial, lo cual ha llevado a debilitar las garantías de los derechos fundamentales, como es el derecho a la protección de datos. Situación que se ve reflejada con la aprobación de la *Patriot Act* en USA, en donde se establecen medidas restrictivas que afectan a la protección de datos. Es así que, en función de esta nueva normativa, se pueden ceder los datos de pasajeros a las autoridades aduaneras norteamericanas, o puede el Departamento del tesoro de dicho país, acceder a datos relacionados a transferencias financieras que sedan mediante el sistema Swift[248]. Medidas que a todas luces significan una merma del derecho a la protección de datos del ciudadano.

La actual interconexión mundial en la que vivimos exige de la investigación y el enjuiciamiento penal la obtención y procesamiento de una ingente cantidad de datos por parte de las diferentes autoridades, así como el intercambio de información entre ellas, todo lo cual puede resultar de gran ayuda para el proceso penal, y, por ende, en la lucha contra la criminalidad. La multicitadad del acopio y tratamiento de datos personales puede tener lugar antes o durante el proceso penal y con frecuencia de manera expresa e independiente de la sospecha de la comisión delictuosa[249].

Todo lo anterior lo podemos ver desde el primer inicio que se arranca con la indagación del injusto penal, etapa que empieza con la *notitia criminis,* y a partir de ahí se empieza a recabar una serie datos como nombres del o los presuntos responsables de la infracción, dirección del

[247] *Ibidem*, p. 31.
[248] MURILLO DE LA CUEVA, L., PIÑAR MAÑAS, L.: *El derecho a la intimidad autodeterminación informativa…*, *op. cit*., pp. 148-149.
[249] PEDRAZ PENALVA, E.: "La utilización en el proceso penal de datos personales. Recopilación sin indicios de comisión delictiva", en *La protección de datos y proceso penal* (Coord. PEDRAZ PENALVA, E), Wolters Kluwer, Madrid, 2010, p. 17.

domicilio, información sobre la víctima, testigos etc. Como podemos observar la averiguación de un ilícito comprende un conjunto de actuaciones de donde pueden emerger o extraerse datos de carácter personal. Esta cantidad y variedad de datos que resultan relevantes en la investigación criminal o para la prueba, dentro de los que podemos encontrar datos sanitarios, económicos-patrimoniales, financieros, familiares, biológicos[250] , etc., son los que obligan a que su manejo se haga de forma adecuada, o caso contrario pueden llegar a vulnerar derechos fundamentales no sólo del investigado, sino inclusive de otros terceros, ya sean directos o indirectamente afectados por la averiguación del hecho delictual.

La incorporación al proceso penal de los datos personales se puede dar mediante la recogida, grabación, acceso y cesión. La primera operación es aquella actuación previa al tratamiento que "supone la comunicación o revelación de los datos realizada por el interesado al responsable del fichero o la captura de estos por otros medios"[251]. En este sentido mientras el dato no sea sometido al tratamiento, queda fuera de la tutela del derecho a la protección de datos de carácter personal[252]; pues mientras este no se procese, no contiene ninguna información que pueda afectar el derecho de algún sujeto concreto; puesto que con un solo dato no es posible identificar a una persona. En segundo lugar, tenemos la grabación, que de conformidad al diccionario de la real academia de la lengua se entiende por: "1. f. Acción y efecto de grabar (captar imágenes o sonidos). 2. f. Disco o cinta grabados con imágenes o sonidos"[253]. Trasladada esta definición a nuestro tema, la grabación incluye no solo la captación de los datos, sino además el almacenamiento. Se puede resumir la grabación como una forma de recogida, diferenciada por la incorporación de los datos personales a un fichero. En cuanto al acceso podemos definirlo de manera breve como la toma de conocimiento de los datos personales ya tratados por parte del titular de los mismos, o, por el responsable o encargado del fichero en el marco del tratamiento[254]. Para finalizar tenemos la cesión, la misma que es entendida como la

[250] DELGADO MARTÍN, J.: *Investigación tecnológica y prueba digital…, op. cit.,* p. 134.
[251] VIZCAÍNO CALDERÓN, M.: *Comentarios a la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal*, Civitas, Madrid 2001, pp. 78-102.
[252] GONZÁLEZ LÓPEZ, J. y PÉREZ GIL, J.: "*La incorporación de datos personales automatizados al proceso en la propuesta de Código Procesal Penal"*, Diario la Ley, 2013, núm. 8217, pp. 1-19.
[253] Diccionario de la Lenga Española, Edición del Tricentenario, Actualizado 2019, disponible en: https://dle.rae.es/grabaci%C3%B3n, (última visita 7/09/2020).
[254] GONZÁLEZ LÓPEZ, J. y PÉREZ GIL, J.: *La incorporación de datos personales automatizados al proceso… op. cit.,* pp. 1-19.

puesta en conocimiento, mediante la disponibilidad de la información tratada, a un sujeto diferente de aquel que realizó el tratamiento[255].

Si bien nuestro derecho fundamental a la protección de datos puede ceder para fines legítimamente constitucionales, como es el caso del combate a la delincuencia, en todo momento se debe respetar el principio de proporcionalidad. De manera tal que la remisión o recogida de nuestros datos, para efectos de una investigación penal, no puede ser sin limitación. Por lo tanto, resulta una afectación para los derechos ciudadanos, la remisión en bloque de toda la información que nos concierne, así como aquella que puede afectar a terceros ajenos a la averiguación o sanción del delito[256]. De suceder esto, se coartaría los derechos fundamentales y libertades públicas de las personas o como lo reconoce el Tribunal Constitucional, se estaría legitimando bajo el pretexto de investigar un delito, una suerte de inquisición general, circunstancia que iría en contra con los principios que inspiran el proceso penal en todo Estado de derecho[257]. Es por eso que debe existir una ley clara ateniente a la protección de datos de carácter personal y el debido proceso penal. De conformidad a lo anterior, el tratamiento de datos en materia penal debe estar sujetos a varios principios tales como: estar previsto en una ley, que sea una medida proporcionada y necesaria, y, que se respete los intereses legítimos del interesado.

En el ámbito criminal, notamos que según la naturaleza que se desarrollan en relación con la prevención y represión penal, los datos que se procesan atañen a diversas categorías de interesados. En este orden de ideas, la legitimación para el tratamiento de datos de un sujeto puede deberse según la participación que tenga en la ejecución del ilícito como sospechoso, autor, cómplice o encubridor. Así mismo los datos procesados pueden tratarse de víctimas o de terceros (dentro de estos último se incluyen los testigos), las personas que poseen información entre otros[258]. Debido a esta variedad de titulares, es que resulta necesario tener un tratamiento

[255] *Ibidem*, pp. 1-119.
[256] PEDRAZ PENALVA, E.: "La utilización en el proceso penal de dato…", en *la protección de datos, op. cit*., p. 36.
[257] STC 34/1994, de 31 de enero de 1994.
[258] La Directiva UE 2016/680, nos dice que "es inherente al tratamiento de datos personales en los ámbitos de la cooperación judicial en materia penal y de la cooperación policial que se traten datos personales relativos a diferentes categorías de interesados. Por ello, si procede y siempre que sea posible, se deben diferenciar claramente los datos personales de distintas categorías de interesados, tales como los sospechosos, los condenados por una infracción penal, las víctimas o los terceros, entre los que se incluyen los testigos, las personas que posean información o contactos útiles y los cómplices de sospechosos y delincuentes condenados...". Directiva (UE) 2016/680 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016, *op. cit*.

diferenciado de los datos según la calidad o condición que presente el individuo en relación a una posible investigación de un injusto penal. Actualmente la Directiva ha introducido cuatro categorías diferentes de interesados siendo las siguientes: a) personas respecto de las cuales existan motivos fundados para presumir que han cometido o van a cometer una infracción penal; b) personas condenadas por una infracción penal; c) víctimas de una infracción penal o personas respecto de las cuales determinados hechos den lugar a pensar que puedan ser víctimas de una infracción penal, y, d) terceras partes involucradas en una infracción penal como, por ejemplo, personas que puedan ser citadas a testificar en investigaciones relacionadas con infracciones penales o procesos penales ulteriores, o personas que puedan facilitar información sobre infracciones penales, o personas de contacto o asociados de una de las personas mencionadas en las letras a) y b)[259]. Partiendo de esta clasificación podemos reagrupar a los interesados a saber: en personas relacionadas directamente con la infracción penal, personas indirectamente vinculadas a la comisión del delito; y otros que no se encuentran vinculados a ningunas de las categorías anteriores.

4.1. Personas relacionadas directamente con la infracción penal

Dentro de esta clasificación encontramos dos titulares claramente identificados: el uno es el sujeto activo de la infracción penal y el otro es el sujeto que sufre el injusto penal. En relación a las personas vinculadas directamente con el delito, ya sean que sobre éstas existan motivos fundados que hagan presumir la comisión o el posible cometimiento de un delito, la intervención del procesamiento de sus datos resulta por demás acertada, lo que no sería adecuado es que so pretexto de combatir el delito, se inobserven el irrestricto respecto de las garantías procesales que le asisten. De tal suerte que, si bien la protección de datos no se encuentra incluida dentro de los principios y derechos que rigen el proceso penal, no se lo puede desconocer, puesto que éste, se encuentra como un sistema paralelo de protección que faculta al investigado o procesado, a mantener el poder de disposición de sus datos y el empleo racional de ellos, claro está con ciertas limitaciones que operan específicamente para esta materia.

En cuanto al segundo sujeto que es quien sufre el injusto penal, esto es la víctima, también se verá afectado en su derecho a la protección de datos, puesto que su procesamiento

[259] Véase al respecto el art. 6. *Ibidem*.

resulta indispensable para el proceso penal. Recordemos que en todo delito debe existir una víctima que es quien recibe el injusto penal; por ende, su participación resulta necesaria para el castigo de los culpables. Es por esto que la ley autoriza el tratamiento de los datos personales de la víctima o supuesta víctima[260], pero por su situación especial, sus datos, deberán gozar de una protección reforzada, a efectos de que se le garantice su necesidad de tutela, apoyo y acceso a la justicia[261]. Debido a la situación de vulnerabilidad de la víctima, sus datos personales deben ser manejados con mucha cautela, durante y después de cualquier proceso penal, quedando obligadas las autoridades que estén en contacto con las víctimas a no difundir a terceros la información que éstas le hayan hecho participe o algún dato que les concierna a ellas. Por otra parte, éstas tendrán derecho a saber el tratamiento de sus datos personales. Como se observa los datos personales de las víctimas, dentro de un caso criminal, no puede ser procesado igual que los del individuo inmerso como sospechoso o autor de la infracción penal. Es por esto que la ley debe tener en cuenta todas estas peculiaridades al momento del tratamiento de datos, si no se quiere afectar los derechos de las víctimas.

4.2. Personas relacionadas indirectamente con la infracción penal

Dentro de estas personas tenemos a terceros que, si bien no han intervenido en el injusto penal ni como sujeto activo ni como sujeto pasivo, ciertos datos procesados dentro del proceso penal, pueden proporcionar datos relevantes sobre ellos. Dentro de estos sujetos encontramos a testigos, informantes, familiares, datos de interlocutores que han tenido alguna comunicación con los sujetos envueltos en la investigación penal, entre otros. De tal suerte que la afectación de derechos fundamentales no sólo se produce con relación a los involucrados en el delito, sino además a terceros ajenos a la investigación penal[262].

---

[260] Encontramos que el art. 6 de la Directiva, en su numeral c). permite el tratamiento de los datos de estos sujetos; pero como bien lo señala los Estados miembros deben establecer un trato diferenciado claro, sin el cual se vería seriamente afectada la víctima del delito e incluso sus familiares; es por esto que sus datos personales e intimidad deben ser cuidadosamente manejados para que no corra peligro el sujeto pasivo del delito. Directiva (UE) 2016/680 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016, *op. cit*.

[261] Uno de los objetivos políticos declarados en el Programa de Estocolmo es la protección reforzada de los derechos de las víctimas de la delincuencia.

[262] Situación que se encuentra recogida en la Directiva art. 6. d) que exige un tratamiento diferenciado entre las diversas categorías de interesados, en donde se encuentran las "terceras partes involucradas en una infracción penal como, por ejemplo, personas que puedan ser citadas a testificar en investigaciones relacionadas con infracciones

4.3. Algunos aspectos procesales sobre el tratamiento de datos personales en el ámbito penal

Debemos partir por aclarar que los datos de carácter personal utilizado en la investigación o proceso penal, no se someten al régimen general de datos contenidos en la LO 3/2018, de 5 diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (en adelante LOPDGDD) y el Reglamento 2016/679 UE sobre protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos (RGPD), sino a un régimen especial contenido tanto en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, y en particular el artículo 22, y sus disposiciones de desarrollo[263], como por la Directiva (UE) 2016/680 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, norma relacionada a la protección de datos de la persona física que son tratados por las autoridades competentes para fines, preventivos investigativos, de detección, enjuiciamiento o sanción de ilícitos penales. Es decir que la regulación de la obtención, cesión y tratamiento de los datos personales relacionados al ámbito penal se encuentra en deuda; situación que podría mejor si mediante una reforma legislativa se transpone la Directiva 2016/680.

Por regla general todo tratamiento de datos para que no vulnere el derecho a la protección de datos, debe basarse en el consentimiento del afectado, pero cuando su tratamiento se realiza en materia penal, bajo ciertas circunstancias, no se requiere el consentimiento del titular, esto se debe por obvias razones, puesto que solicitarle el consentimiento al sospechoso del hecho criminal cuando una investigación está en curso, significaría el entorpecimiento y fracaso de todo el trabajo del grupo policial o cuerpo de seguridad. Lo anterior es concordante con la actividad propia que tienen los cuerpos de seguridad y policial del Estado, la misma que por

penales o procesos penales ulteriores, o personas que puedan facilitar información sobre infracciones penales, o personas de contacto o asociados de una de las personas mencionadas en las letras a) y b)".

[263] Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre. Disposición transitoria cuarta. Tratamientos sometidos a la Directiva (UE) 2016/680. Los tratamientos sometidos a la Directiva (UE) 2016/680 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por parte de las autoridades competentes para fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales, y a la libre circulación de dichos datos y por la que se deroga la Decisión Marco 2008/977/JAI del Consejo, continuarán rigiéndose por la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, y en particular el artículo 22, y sus disposiciones de desarrollo, en tanto no entre en vigor la norma que trasponga al Derecho español lo dispuesto en la citada directiva. LO 3/2018, de 5 diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales.

mandato de la Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, artículo 11 d), autoriza a la policía a recabar aquellos datos que resulten necesarios para la investigación y prueba de un delito. En efecto la actuación policial para la investigación y castigo de ciertos delitos, necesitan del tratamiento de datos de carácter personal, sin los cuales las fuerzas y cuerpo de seguridad no podrían cumplir con su mandato, provocándose una colisión de intereses y derechos de difícil ponderación.

Como producto de lo anterior es que el Estado bajo el pretexto de seguridad y represión de los delitos, no puede acceder sin ningún límite a los datos personales de los ciudadanos, puesto que como bien señala la norma, la recogida y tratamiento de datos personales para fines policiales sin el consentimiento del titular quedan autorizadas, siempre que este acceso resulte ser necesario para la prevención de un peligro real para la seguridad pública o para la represión de infracciones penales[264]. Por lo tanto, la cesión de datos de carácter personal, por parte de la administración pública o ente privado, a favor de las fuerzas y cuerpos de seguridad, no debe ser la regla sino la excepción.

En definitiva, para que la recogida de datos personales por parte de la policía sea válida, sin mediar el consentimiento del afectado, debe cumplir con los siguientes requisitos:

a) Que quede debidamente acreditado que la obtención de los datos resulta necesaria para la prevención de un peligro real y grave para la seguridad pública o para la represión de infracciones penales y que, tratándose de datos especialmente protegidos, sean absolutamente necesarios para los fines de una investigación concreta.

b) Que se trate de una petición preferentemente por escrito (salvo en casos excepcionales de urgencia), motivada, concreta, individual y específica, con referencia puntual de los datos peticionarios; y,

c) Que los datos sean suprimidos cuando no sean necesarios para las averiguaciones que motivaron su almacenamiento [265].

---

[264] La norma pertinente señala: "La recogida y tratamiento para fines policiales de datos de carácter personal por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad sin consentimiento de las personas afectadas están limitados a aquellos supuestos y categorías de datos que resulten necesarios para la prevención de un peligro real para la seguridad pública o para la represión de infracciones penales, debiendo ser almacenados en ficheros específicos establecidos al efecto, que deberán clasificarse por categorías en función de su grado de fiabilidad". Ar. 22. 2. De la Ley Orgánica 3/2018, *op. cit.*

[265] Agencia Española de Protección de Datos, Informe Jurídico 0133/2008, disponible en: https://www.aepd.es/es/documento/2008-0133.pdf, (última visita 11-09-20020).

Para terminar, encontramos que fuera de lo antes manifestado, existe otra excepción, la cual fue introducida con la reforma 2015 a la ley Orgánica del Poder Judicial que en su art. 236 *quáter*, la misma que exime de la exigencia de la necesidad del consentimiento del interesado cuando "los Tribunales procedan al tratamiento de los datos en el ejercicio de la potestad jurisdiccional, ya sean éstos facilitados por las partes o recabados a solicitud del propio Tribunal, sin perjuicio de lo dispuesto en las normas procesales para la validez de la prueba"[266]. Vemos que en este caso la norma libera de la exigencia de prestar consentimiento a los titulares de los datos sometidos a tratamiento en el ejercicio de la potestad jurisdiccional, siempre que éstos sean aportados por las partes o solicitados de oficio por el Tribunal. En el primer supuesto se puede presentar dos situaciones. La una que los datos aportados al proceso sean de una de las partes, en cuyo caso no existiría vulneración al derecho a la protección de datos; y, dos que los datos personales corresponden a otra persona que no es sujeto procesal, en este supuesto, se debe contar con el consentimiento del titular de dicho derecho; porque, al tratarse de un derecho fundamental, su obtención ilegal, puede llegar a provocar una prueba ilícita. En cuanto a la obtención de los datos personales por parte del Tribunal, su base jurídica no está en el consentimiento del titular de los datos, sino en otras como la obligación que tenemos todos de colaborar con los órganos judiciales[267], la protección de intereses vitales del interesado o de otra persona física, o, para el cumplimiento de una misión realizada en interés público y el ejercicio de poderes públicos otorgados al responsable del tratamiento.[268]

Como podemos notar del título de este derecho "protección de datos personales" se colige que su concepto no es aplicable para las personas morales. Limitante que debería ser regulada por el ordenamiento jurídico; puesto que en la actualidad las personas jurídicas son sujetos de responsabilidad penal; por lo tanto, pueden verse incursas en una investigación criminal, en donde se pueden ordenarse diligencias como la cesión de datos. Esta situación nos hace pensar que, para estos casos, los encargados de la investigación podrían solicitar, sin necesidad de autorización judicial, la cesión de cualquier información relacionada a las personas

[266] Artículo 236 *quáter* "… no será necesario el consentimiento del interesado para que los Tribunales procedan al tratamiento de los datos en el ejercicio de la potestad jurisdiccional, ya sean éstos facilitados por las partes o recabados a solicitud del propio Tribunal, sin perjuicio de lo dispuesto en las normas procesales para la validez de la prueba". Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.
[267] Artículo 118. "Es obligado cumplir las sentencias y demás resoluciones firmes de los Jueces y Tribunales, así como prestar la colaboración requerida por éstos en el curso del proceso y en la ejecución de lo resuelto". CE.
[268] Art. 6 literales d y e, del Reglamento (UE) 2016/679.

jurídicas, siempre que no se traten de datos de índole personal; porque en este caso se podría afectar el derecho de una persona física que podría ser uno o varios de los miembros que componen el ente moral, en tal eventualidad se encontraría protegido por el régimen de la protección de datos.

Por otra parte, cuando se trata de represión de delitos, el régimen de protección de datos resulta escueto en relación a los criterios a los que deben someterse el procesamiento de datos. Lo más que podemos encontrar es que la restricción, del derecho a la protección de los datos personales, dentro de una investigación criminal, es válida cuando se encuentra amparada en una norma sea esta de la Unión o interna[269]. Esto significa que, mediante una ley, se puede restringir total o parcialmente el derecho a la protección de datos[270].

Debemos tener presente que, el descubrimiento y sanción de los culpables implicados en un hecho ilícito, no puede conducir a un desenfrenado uso de los datos personales, puesto que esto se encuentra limitado por el respeto de los derechos fundamentales y libertades públicas de las que gozan los ciudadanos. No existe duda que el uso de los datos personales en el curso de una investigación o proceso penal implica una afectación de los derechos fundamentales, injerencia que no tiene el mismo nivel de intensidad para todos los casos. Debido a esto es que se debe tener claro si la autorización judicial debe exigirse sin importar el grado de afectación que implique el empleo de los datos o por el contrario si este requisito es exigible únicamente para los datos especialmente protegidos. Pensamos que en consideración a los datos que significan una afectación leve, salvo que dicho dato esté relacionado con el derecho fundamental a las comunicaciones, no se debería exigir una autorización judicial para acceder a ellos.

[269] Así lo dispone el art. 10, 1 de La Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales cuando expresa: "El tratamiento de datos personales relativos a condenas e infracciones penales, así como a procedimientos y medidas cautelares y de seguridad conexas, para fines distintos de los de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales, solo podrá llevarse a cabo cuando se encuentre amparado en una norma de Derecho de la Unión, en esta ley orgánica o en otras normas de rango legal".

[270] Artículo 15 Limitaciones al derecho de acceso 1. Los Estados miembros podrán adoptar medidas legislativas por las que se restrinja, total o parcialmente, el derecho de acceso del interesado siempre y cuando dicha restricción parcial o completa constituya una medida necesaria y proporcional en una sociedad democrática, teniendo debidamente en cuenta los derechos fundamentales y los intereses legítimos de la persona física afectada, para: a) evitar que se obstaculicen indagaciones, investigaciones o procedimientos oficiales o judiciales; b) evitar que se cause perjuicio a la prevención, detección, investigación o enjuiciamiento de infracciones penales o a la ejecución de sanciones penales; c) proteger la seguridad pública…", Directiva EU 2016-680…, *op. cit.*

En cuanto a datos especialmente protegidos, si bien no tenemos una definición expresa en la ley, podemos referirnos a ellos como aquella categoría de datos que, por estar relacionados a la salud, vida sexual, ideología, etnia, raza, opiniones políticas, convicciones religiosas o filosóficas, afiliación sindical, religión, datos genéticos[271], permiten identificar de manera univoca a una persona física; pero al ser datos sensibles que inciden de manera especial en la intimidad, libertades públicas y derechos fundamentales íntimamente ligados a la persona, cuyo develamiento impiden el libre desarrollo del ser humano, exigen una mayor protección que el resto de datos personales. Bajo este prisma, es indudable que su tratamiento en materia penal siempre exigirá de una autorización judicial, caso contrario la fuente o prueba obtenida sería en una causa de prueba ilícita.

[271] Art. 10 de la Directiva (UE) 2016/680…, *op. cit.*
Así mismo encontramos en la Ley ciertos datos que tienen una categoría especial dentro de los que se mencionan a los ideológicos, religión, orientación sexual, creencias u origen racial o étnico. Art. 9.1 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales…, *op. cit.*

CAPÍTULO II. LAS MEDIDAS DE INVESTIGACION TECNOLÓGICAS EN EL DERECHO PROCESAL PENAL ESPAÑOL.

I. APARICIÓN DE LAS MEDIDAS

Las primeras leyes relacionadas con las medidas de investigación tecnológicas tienen su origen a finales de los años setenta y durante los ochenta, las mismas que fueron dictadas con la finalidad de combatir a los grupos terroristas que operaban en España. Es así que mediante el Real Decreto-Ley 21/1978, de 30 de julio, se incorpora a la Ley de Enjuiciamiento Criminal española (en adelante LECrim), un artículo que permitía la "observación postal, telegráfica o telefónica", medida que podía ser adoptada por la autoridad gubernativa, para casos de individuos de los que se sospechara pudieran estar implicados en grupos o bandas terrorista. Luego este artículo fue reemplazado por la Ley 56/1978, de 4 de diciembre, el mismo que mantiene casi todo el contenido de la norma sustituida, cambiando únicamente el término genérico "autoridad gubernativa", por una autoridad en concreto que pasa a ser el "Ministro del Interior". Con el advenimiento del Estado constitucional, mediante Ley Orgánica 11/1980 de 1 de diciembre, se establece como regla general, que, para el caso de la aplicación de la observación postal, telegráfica o telefónica, se debe contar con una resolución judicial motivada; excepto en casos de urgencia en cuyo caso la puede acordar el Ministerio del Interior o en su caso el Director de la Seguridad del Estado. La presente reforma se dio mediante la Ley Orgánica 9/1984, de 26 de diciembre, que derogó a la de 1980 y cuya regulación es similar[272].

Para terminar con esta revisión nos referiremos a la Ley Orgánica 4/1988, de 25 de mayo, que fue la norma que hizo posible la inclusión en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, del control de las comunicaciones telefónicas como medio para la investigación de delitos de terrorismo en el proceso penal. Esto dio lugar a que la disposición del artículo 55.2 de la Constitución que permitía la suspensión del derecho al secreto de las comunicaciones en los casos de terrorismo se articulara con la reforma del artículo 579 LECrim. En otras palabras, la Ley Orgánica 4/1984 al reformar el artículo 579 incluyó una regulación de carácter general sobre el control de las comunicaciones en la instrucción penal[273].

[272] SANTOS MARTÍNEZ, A.: Las medidas de investigación tecnológica, en *Nuevas tecnologías y derechos fundamentales en el proceso* (Coord. CEDEÑO HERNAN), Arazandi, Navarra, 2017, pp. 22-23.
[273] *Ibidem*, p. 22.

La inclusión del control de las comunicaciones como medida especial de investigación penal, tiene su fundamento ante la necesidad de reprimir un grave flagelo que representó la aparición del terrorismo. Su implementación tuvo lugar en dos momentos históricos muy diferentes que los podemos sintetizar en dos. En una primera etapa su aplicación se da sin exigir ningún requisito y de manera muy laxa; a tal punto que la podía realizar cualquier autoridad gubernativa, potestad que con una reforma posterior se dejó en manos del Ministro del Interior. Esto se justificaba porque cuando se dictó por primera el control postal, telegráfico o telefónico, se vivía en una dictadura. Por último, con el advenimiento del constitucionalismo la anterior normativa necesitaba de una reforma que fuera acorde con el respeto de los derechos fundamentales del ciudadano. En tal sentido se dieron tres reformas, siendo en la última de ellas que se incorpora al art. 579 LECrim un nuevo apartado que permitió la posibilidad de las intervenciones de las comunicaciones del imputado que hasta ese momento habían estado ausente de regulación. Si bien se habían establecido como requisito para la procedencia de la interceptación telefónica la resolución judicial motivada, inclusión que buscaba dar una mejor protección al derecho a la privacidad, acorde con los tiempos constitucionales, observamos que esta norma seguía siendo insuficiente para tutelar los derechos fundamentales que son en gran medida afectados por el uso de esas medidas; por lo que fue duramente criticada por ser una ley tan parca en su contenido que no permitía conocer al ciudadano con claridad cuáles eran los fines perseguidos con esa medida y la forma específica en que puede darse la limitación de su derecho.

A pesar del gran avance que significaron en su época estas reformas, al haber legalizado las escuchas telefónicas como instrumento de lucha contra la criminalidad grave que significó la aparición del terrorismo, el alto nivel de intensidad de su injerencia en la esfera de la privacidad del investigado exigía del artículo 579 LECrim un desarrollo amplio en su contenido, situación que no aconteció durante muchos años, provocando con ello inseguridad jurídica. Esta insuficiencia normativa ocasionó que el Tribual Europeo de Derechos Humamos, en la sentencia 18 de febrero de 2003, caso Prado Bugallo contra España, por interceptación telefónica, censure el art. 579 LECrim, por no cumplir con todas las exigencias fijadas por la jurisprudencia del TEDH, especialmente en las sentencias Kruslin c. France y Huvig contra France en relación a

evitar todo abuso en el uso de medidas restrictivas de derechos fundamentales[274]. Este alto Tribunal exigía crear un catálogo de delitos sobre los cuales se podía aplicar la interceptación telefónica, tiempo límite de la medida, las condiciones de la trascripción de las conversaciones interceptadas por el Secretario Judicial y la comunicación de las grabaciones intacta y completas, a efectos de un eventual control por el juez y por la defensa[275].

En el plano nacional el Tribunal Constitucional en su sentencia 184/2003, de 23 de octubre señaló que el contenido del artículo 579 LECrim, era vago e indeterminado en sus aspectos esenciales; por ende, no cumplía con los requisitos necesarios que demanda el art. 18.3 de la Constitución de España, para la tutela del derecho al secreto de las comunicaciones, interpretada a la luz de lo que dispone el art. 10.2 CE, de conformidad con el art. 8.1 y 2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Por otro lado, los avances tecnológicos que venía experimentado la sociedad como consecuencia de la aparición de las TIC, provocó, por una parte, que derechos como la privacidad y la vida familiar que antes estaban circunscritos específicamente al domicilio o a la correspondencia, se desarrolla también en nuevos escenarios como es el espacio virtual; por lo que requerían de una nueva protección. A su vez la complejidad de la nueva delincuencia tecnificada hacía imposible su investigación en el campo virtual que exigía por parte del legislador una nueva norma acorde con los avances tecnológicos. Ante este panorama de inseguridad jurídica provocada por el empleo de la medida de interceptación telefónica y la desprotección a la esfera de la privacidad del ciudadano que representaban las TIC, convertían estos temas en un desafío para el ordenamiento jurídico y en especial para el derecho procesal penal. A tal punto que el TEDH, ya había expresado que a medida que las tecnologías se van haciendo más sofisticadas, exigen instrumentos legales apropiados a dicha evolución, puesto de esta forma se garantiza la vigencia de los derechos y libertades fundamentales del ciudadano[276].

Pero a pesar de toda esta situación, el proceso penal español, seguía estando falto de normas que regularan de forma adecuada tanto las intromisiones a la privacidad del investigado,

---

[274] URIARTE VALIENTE, L., y FARTO PIAY, T.: *El proceso penal español: jurisprudencia sistematizada*, La Ley, Madrid, 2007, p. 224.
[275] *Ibidem*, p. 23.
[276] GÓMEZ SOLER, E.: "Presentación", en *La nueva reforma procesal penal. Derechos fundamentales e innovaciones tecnológicas* (Dirs. DÍAZ MARTÍNEZ, M., LÓPEZ-BARAJAS, I.), Tirant to Blanch, valencia, 2018, p. 15.

o, de terceros que, sin ser parte del proceso, en muchos de los casos, se veían afectados por la interceptación de las comunicaciones; así como por el uso de los modernos medios de investigación criminal nacidos del avance tecnológico, y, por ende, desconocidos por el legislador de 1882. Todo lo cual venía siendo utilizado en la práctica sin una norma adecuada que los regulara, lo cual daba como resultado una serie de problemas procesales. No obstante, a que las carencias sobre este tema fueron en parte, salvadas gracias a la interpretación jurisprudencial del Tribunal Supremo y Constitucional, quienes en ocasiones convalidaban las actuaciones de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, que, ante la laguna legislativa existente, tenían que ser ingeniosos en sus actuaciones, a fin de no caer en una acción ilegitima que perjudicara su labor investigativa. Pero a pesar de todo este esfuerzo, esta situación resultaba insostenible debido a que dichas actuaciones no tenían ningún respaldo legal, como así lo había declarado por varias ocasiones el TEDH[277].

A pesar de esta gravedad el legislador venía haciendo caso omiso de esta realidad, tal es así que se esperó más de veinticinco años para que se diera la tan ansiada reforma de la LECrim, la misma que tuvo lugar mediante la aprobación de la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre. Gracias a esta ley se regula de una forma adecuada la intervención y observación de las comunicaciones telefónicas y, por otra se incorpora por primera vez el uso de los modernos métodos tecnológicos en la investigación penal.

Conforme se desprende del Preámbulo de la LO 13/2015, su carácter orgánico se debe por cuanto sus reformas inciden de manera directa en aspectos procesales y derechos constitucionales consagrados en los artículos 18 y 24 de la CE. Además como se señala en el mismo Preámbulo de la ley, ante la falta de un criterio común que permita conocer con certeza qué contenidos de la LECrim deben estar sujetos a reserva de ley orgánica y cuáles se deben regular mediante ley ordinaria, considero que fue un acierto modificar la LECrim mediante ley orgánica; puesto que este tipo de leyes[278] son las pertinentes para regular materias que afectan derechos fundamentales; y, por cuanto la presente ley se centra principalmente en cuestiones

[277] BUENO DE MATA F.: *Las diligencias de investigación penal en la cuarta revolución industrial. Principios prácticos y problemas prácticos,* Arazandi, Navarra, 2019, p. 18.
[278] Conforme lo señala el art. 81 CE, estas leyes son relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertas públicas, entre otras materias que también se encarga de normar.

que regulan o afectan derechos de rango constitucional[279] de los ciudadanos, no podía darse la reforma a través de una ley ordinaria por ser una norma que no brinda un nivel de garantías igual a la ley orgánica. De esta manera el ciudadano tiene la confianza de que sus derechos están bien protegidos al estar garantizado por una norma que no es fácil de ser reformada.

Desde una perspectiva formal, la Ley Orgánica 13/2015 modificó la estructura de la Ley de Enjuiciamiento Criminal al cambiar la rúbrica del Título VII del Libro II por el siguiente: Título VII "De las medidas de investigación limitativas de los derechos reconocidos en el artículo 18 de la Constitución. De esta manera el legislador intentó amparar bajo un sólo título todas aquellas medidas de investigación penal invasivas de los derechos fundamentales a la inviolabilidad del domicilio, al secreto de las comunicaciones, a la intimidad y al uso de la informática[280].

De forma resumida notamos que la nueva estructura de la reforma[281] trata en el capítulo I sobre las diligencias de entrada y registro en lugar cerrado, en el capítulo II sobre el registro de libros y papeles, en el capítulo III sobre la detención y apertura de la correspondencia escrita y telegráfica[282] y, para finalizar, en el Capítulo IV y siguientes, agrupa las nuevas medidas de investigación tecnológicas que se incluyen por primera vez en la LECrim[283].

[279] Recordemos que esta ley viene a reforzar las garantías procesales que le asiste a todo investigados o encausados incurso en un proceso penal; así como a normar la utilización de medidas investigativas invasivas de derechos fundamentales consagrados en el artículo 18 de la CE. De esta manera se puede encontrar un equilibrio entre la potestad del Estado para perseguir los delitos, castigar a los culpables y el respeto a los derechos fundamentales que deben ser respetado en todo momento.

[280] OTAMENDI ZOZAYA, F.: *Las últimas Reformas de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Una visión práctica tras un año de vigencia*, Dykinson, Madrid, 2017, p. 104.

[281] No hablamos de las otras reformas procesales por ser ajenas al tema de nuestra investigación por eso nos enfocamos a las que se dan a partir del Capítulo I y siguientes que se refieren a las medidas de investigación tecnológicas.

[282] En estos tres primeros capítulos se agrupan las diligencias de investigación que ya existían antes de la reforma y que daban el título de inicio (De la entrada y registro en lugar cerrado; del registro de libros y papeles; y, de la detención y apertura de la correspondencia escrita o telegráfica), con el cual se desarrollaban todas ellas.

[283] Excepto lo referente a la medida de intervención telefónica que ya estaba incluida antes de la reforma; pero como hemos dicho su regulación era insuficiente para garantizar la protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos que en gran medida se afectaban con su aplicación en la investigación penal.

II. DISPOSICIONES COMUNES DE LAS MEDIDAS DE INVESTIGACIÓN TECNOLÓGICA

De conformidad con la actual normativa (arts. 588 *bis*. b a 588 *bis*. k LECrim), encontramos que las medidas de investigación tecnológicas, se encuentran regidas por un marco normativo doble, el cual comprende diversas disposiciones comunes, así como otras de carácter específicas. Dentro de las disposiciones comunes están, por un lado, los principios rectores que la ley los resume en cinco; y, por otro, un conjunto de reglas generales, normativa jurídica que deben ser observada por parte del juez al momento de autorizar las medidas de investigación tecnológicas. Esta ley nos brinda la posibilidad de contar con una regulación novedosa, puesto que se encuentra conformada por un conjunto de principios y reglas que rigen el procedimiento de las medidas de investigación tecnológica, reglas comunes que vienen a ser la columna vertebral de estas medidas. En este orden de ideas vamos a proceder, en primer lugar, por analizar los principios rectores, para luego estudiar las reglas generales y, por último, terminaremos con la revisión del marco jurídico especifico que le corresponde a cada una de las medidas.

1. Principios rectores

Las medidas de investigación tecnológicas, al ser instrumentos de investigación limitativos de los derechos reconocidos en el art. 18 CE, su aplicación significa una alta intromisión en ellos, y, por ende, provocan una vulneración en los derechos fundamentales del investigado. En tal sentido no puede dejarse su aplicación únicamente al criterio del juzgador, sino que se les debe establecer parámetros para su autorización. Es así que el legislador con buen criterio incorporó en la ley varios principios que habían venido creándose a largo de los últimos años por parte de la jurisprudencia constitucional y ordinaria de los tribunales españoles[284]. Estos principios se encuentran desarrollados en el Capítulo IV, del Título VIII, del Libro II, que en su artículo 588 *bis*. a de la LECrim, en lo pertinente expresa que estas medidas pueden ser autorizadas por el juez siempre que éste las dicte con apego a los principios de

[284] GÓMEZ COLOMER, J: "*El proceso penal español a comienzo del siglo XXI",* InDret, revista para el análisis del derecho, núm. 1, 2017, p. 27, disponible en: https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/1278.pdf, (última visita 26/04/ 2020).

especialidad, idoneidad, excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad. Lo anterior nos permite señalar que los principios generales aplicables a las medidas de investigación son: especialidad, idoneidad, excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad. Adicionalmente se debería agregar un sexto principio que es el de legalidad[285]; porque es éste el que permite la posibilidad de restringir un derecho fundamental. En otras palabras, sin principio de legalidad no pueden existir medidas investigativas restrictivas de derechos[286]; es por esta razón que lo hemos incluido en nuestro estudio. Es importante tener presente que estos principios son de concurrencia taxativa, de ahí que si falta uno de ellos la medida resulta inadmisible.

Consideramos que la importancia de estos principios radica principalmente en que la adopción de las medidas no queda al simple criterio del juez que la concede, sino que éste debe observar si su aplicación responde a cada uno de ellos**.** Sin la observación de dichos principios, el órgano jurisdiccional, no podrá autorizarla por ser atentatoria de los derechos fundamentales del investigado. Desde esta perspectiva podríamos decir que los principios cumplen con dos funciones principales, por una parte, establece límites en su aplicación; y, por otra, una vez autorizada sirve para controlar su utilización, con esto se consigue que antes y después de la medida se observe por parte del poder público el respeto de los derechos fundamentales del art. 18 CE.

Explicado lo anterior vamos a estudiar con detenimiento cada uno de los principios expresados *supra*, empezando en primer lugar por el principio de legalidad que hemos agregado, por considerarlo la fuente que da vida a la aplicación de las medidas de investigación tecnológica, para posteriormente tratar los demás en el orden establecido por la ley.

---

[285] Considera Santos Martínez que, si bien este principio no ha sido consignado por el legislador, debe ser observado al momento de establecerse la medida de investigación tecnológica. SANTOS MARTÍNEZ, A.: *Medidas de investigación tecnológicas en la instrucción penal*, Wolters Kluwer, Barcelona, 2017, p. 44. Igual opinión tiene Velasco Núñez, quien sostiene que el primer de los principios a los cuales debe acudir el juez para determinar si es posible o no restringir los derechos del investigado es el de legalidad. VELASCO NÚÑEZ, E.: *Delitos tecnológicos: definición, investigación…*, *op. cit*., p. 68. Criterio que comporta porque si el juez no se ciñe a una ley que le guie el camino a seguir a la hora de autorizar una medida de investigación tecnológica, el respeto de los derechos del investigado quedaría al arbitrio del juez. Es por esto que el principio de legalidad es el primero que debe verificar el juez antes de autorizar una medida de este tipo. Sanchis Crespo, opina que sin bien la ley hace mención a cinco principios, "existe uno previo a todos ellos y plenamente habilitador de la media a adoptar", el mismo que es el principio de legalidad. SANCHIS CRESPO, C., y VELASCO NÚÑEZ, E.: *Delincuencia informática. Tipos delictivos de investigación con jurisprudencia tras la reforma procesal y penal de 2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 270.

[286] VELASCO NÚÑEZ, E., y SANCHIS CRESPO, C.: *El principio de legalidad precede a todos los demás y es el que habilita la adopción de las medidas. Delincuencia informática…, op. cit.,* p. 270.

1.1. Principio de legalidad

De una primera lectura de la ley LECrim podríamos decir que este principio no se encuentra establecido por el legislador como requisito para implementar una medida de investigación restrictiva de derechos. Sin embargo, sin la existencia de una ley previa que autorice tal restricción del derecho fundamental, la acción sería considerada ilícita. En efecto, este principio constituye la primera exigencia necesaria para legitimar la intromisión del poder público en el derecho a la vida privada y familiar[287], así como en los demás derechos fundamentales reconocido en la Constitución española o en el CEDH. En tal sentido, el principio de legalidad se constituye en la principal barrera de protección de los ciudadanos contra las posibles arbitrariedades del Estados y sus gobernantes. Postulado que es fruto de las conquistas del pensamiento liberal[288] y que se encuentra presente en todos los Estados democráticos.

Este principio exige que toda intervención de un derecho fundamental debe estar prevista con antelación en la ley[289]. En consecuencia, toda medida restrictiva de derechos fundamentales únicamente se podrá realizar si se encuentran previamente normada por el legislador[290]. Con esto se consigue por una parte que los derechos consignados a los ciudadanos no se vean afectados por ninguna intervención estatal no autorizada por el legislador; y, por otra se constituye como lo señala la sentencia STC 49/1999, de 5 abril[291] en "el único modelo efectivo de garantizar las exigencias de seguridad jurídica en el ámbito de los derechos fundamentales y libertadas públicas". Esto significa que la reserva de ley es presupuesto para la realización de la seguridad jurídica.

Se podría pensar que con la sola promulgación de la ley es suficiente para restringir un derecho fundamental, pero esto no es así, puesto que, a más de aquello, como lo ha declarado

[287] Véase en este sentido el art. 8.2 del CEDH.
[288] BARBOSA CASTILLO, G.: *"Principio de legalidad y proceso penal"*, Revista electrónica, vol. 26, núm. 78, Universidad Externado de Colombia, 2005, pp. 109-110 disponible en: https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpen/article/view/1016/960, (Última visita 3/5/2020).
[289] Art. 53.1 CE, además debe ser orgánica (art. 81.1 CE). Exigencias que se encuentran también estipuladas en los artículos 5.1 y 8.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.
[290] MARTÍN MORALES, R.: *El régimen constitucional del seguimiento directo de personas. (Adaptado a la reforma de la ley de Enjuiciamiento Criminal introducida por la Ley Orgánica 13/2015),* Comares, S.L., Granada, 2015, p. 22.
[291] Para mayor abundamiento sobre este tema véase también las sentencias: STC 27/1981, STC 169/2001, STC 184/2003 y STC 233/2005.

en su jurisprudencia el TEDH, ésta debe cumplir con los requisitos de accesible y previsible[292]. La accesibilidad la debemos entender como la posibilidad que tienen el sujeto afectado de saber de manera clara las posibles medidas limitativas que pueden ser autorizada en su contra. En cambio, la previsibilidad que es derivación de la accesibilidad permite prever los efectos que resultan de su aplicación o inobservancia[293]. En otras palabras, si conocemos de manera diáfana y concreta los parámetros y los requisitos que habilitan al Estado, el empleo de medidas investigativas invasivas de derechos fundamentales, las autoridades públicas no podrán actuar de forma secreta ni vulnerar de forma arbitraria los derechos de los ciudadanos y, por otra parte, éste sabrá bajo qué circunstancias podría el poder público restringir sus derechos fundamentales.

Aplicado a nuestro tema diríamos que el principio de legalidad es aquel postulado que exige del Estado, la previa existencia de una ley de características orgánicas, amplia, clara en la que se establezcan las circunstancias y condiciones por las cuales las autoridades públicas pueden hacer uso de las medidas de investigación tecnológica en favor de la seguridad de la sociedad**,** y en desmedro de los derechos fundamentales del ciudadano.

No obstante, que el principio de legalidad se puede inferir de la propia norma[294] (art. 588.1 *bis* a. LECrim.) cuando expresa que "durante la instrucción de las causas se podrán acordar alguna de las medidas de investigación reguladas en el presente capítulo". A nuestro modesto criterio sería más adecuado incluir en la norma este principio de forma expresa tal como constan los otros principios rectores.

Con esta breve aclaración, pasaremos a estudiar cada uno de los principios señalados en la actúa ley.

[292] Sentencias del TEDH casos: Sunday Times c. Reino Unido; Huvig y Kruslin c. Francia; Valenzuela Contreras, Caso Prado Bugallo; Malone vs. Reino Unido, entre otras.
[293] LÓPEZ YAGÜES, V.: *a inviolabilidad de las comunicaciones con el abogado defensor,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 76.
[294] Resulta claro y contundente la exigencia de este principio por parte del Tribunal Constitucional, quien en una de sus jurisprudencias ha dejado evidenciado que toda injerencia que incida directamente sobre el desarrollo o límite del ejercicio de un derecho fundamental, requiere de una habilitación legal. STC 145/2014, de 22 de septiembre de 2014.

1.2. Principio de especialidad

Debido a que estas medidas son restrictivas de derechos fundamentales, su uso no puede ser la regla, en tal sentido ni se puede emplear en el descubrimiento de cualquier tipo de delito, ni para realizar investigaciones de carácter general. Sabemos que gracias a la fase investigativa podemos conocer las circunstancias y responsables de la comisión de un hecho ilícito. Adicional a esto permite recabar elementos probatorios tanto para la acusación como para la defensa, a fin de que ambas partes puedan sustentar sus respectivas posiciones dentro del juicio.

Pero, por otra parte, esta fase somete al investigado a graves consecuencias de sufrimiento debido al estigma generalizado de la sociedad que al conocer de la imputación, a *priori*, lo suele etiquetar como socialmente peligroso. Es por esto que con mucha razón señala el profesor MORENO CATENA, que a menudo es más gravoso el reproche derivado de la imputación inicial al sujeto que la pena final impuesta. Continúa expresando, que el inicio de una investigación penal debe darse como consecuencia de una sospecha razonable basados en hechos reales con características delictuales; por lo que debe desecharse las pesquisas preventivas[295].

Por la grave afectación que sufren los derechos y libertades constitucionales de los ciudadanos cuando se aplica una medida de investigación tecnológica, su uso no puede ser autorizado por la sola sospecha[296] de haberse ejecutado por alguien un hecho con apariencia delictual. En tal virtud emergen como medida de protección, ante este tipo de abusos, que se podrían presentar por parte del aparato represivo del Estado, durante la etapa investigativa, el principio de especialidad.

Este principio de conformidad con la ley (art. 588 *bis*. a. 2 LECrim) exige que las medidas de investigación tecnológica únicamente sean autorizadas para casos de investigación de un delito concreto. Por lo tanto, queda proscrito el uso de cualquier medida de investigación con fines de descubrir delitos o despejar sospechas sin fundamento objetivo[297]. Por su parte el Tribunal Supremo (en adelante TS), sobre este principio ha expresado que los poderes públicos

[295] MORENO CATENA, V.: "La garantía de los derechos fundamentales durante la investigación penal", en *Cuadernos penales José María Lidón. Problemas actuales del proceso penal y derechos fundamentales* (Dir. ECHANO SASALDUA, J.), Universidad de Duesto, Bilbao, 2010, p. 15.
[296] RICHARD GONZÁLEZ, M.: *Investigación y prueba mediante medidas de intervención de las comunicaciones,* Wolters Kluwer, Madrid, 2017, p. 85.
[297] DELGADO MARTÍN, J.: *Investigación tecnológica y prueba digital…, op. cit*., p. 343.

no deben interferir en la intimidad de los sospechosos cuando la investigación no va dirigida a un delito concreto al menos en el plano indiciario[298]. En otras palabras, no se puede afectar un derecho fundamental si únicamente el investigador lo hace con la finalidad de despejar dudas sobre la conducta del sospechoso.

De la descripción legal colegimos que el principio de especialidad exige por un lado que exista conexión de la medida con la investigación de un ilícito específico y, por otro, que la medida no tenga como finalidad prevenir delitos, descubrir o despejar sospechas sin base objetiva[299]. De faltar uno de ellos estaríamos utilizando la medida de investigación tecnológica con fines prospectivos. Por lo tanto, para que el órgano jurisdiccional pueda ordenar una medida de investigación tecnológica, debe contar con indicios palpables proporcionados por el peticionario de la medida. Es decir, al juez instructor, se le deben proporcionar elementos objetivos que sustenten el juicio de probabilidad, no meras conjeturas o intuiciones que son parte del instinto que maneja todo investigador. Esto quiere decir que están prohibidas las especulaciones y si existen sospechas estas deben ser fundadas[300].

Como vemos el principio de especialidad prohíbe autorizar al juez medidas de investigación tecnológicas para indagar delitos de forma generalizada, ya que como lo ha dicho el Tribunal Supremo, esto significaría otorgar "autorizaciones en blanco"[301]. En tal sentido la limitación del derecho del investigado únicamente se justifica cuando se investiga un delito en concreto, y, que además sea considerado grave. Cuando se cumple con esta exigencia, entonces, estamos ante un fin constitucionalmente legítimo que justifica el empleo de las medidas intromisivas de derechos fundamentales en favor de la eficaz represión del delito; y, del aseguramiento del éxito de la investigación en el proceso penal[302].

De forma resumida notamos que el principio de especialidad exige tanto una delimitación objetiva como una delimitación subjetiva. La primera hace referencia a la precisión del hecho ilícito que se quiere investigar. Mientras que la segunda tiene que ver con la suficiente identificación del sujeto que va a soportar la afectación del derecho como consecuencia del uso

[298] STS /272/2017, de 18 de abril de 2017.
[299] SANCHÍS CRESPO, C., y VELASCO NÚÑEZ, E.: *Delincuencia informática…*, *op. cit*., p. 272.
[300] BARRIO ANDRÉS, M.: *Delitos 2.0. Aspectos penales, procesales…, op. cit.*, p. 193.
[301] STS 393/2012, de 29 de mayo, 2012.
[302] VEGAS TORRES, J.: "Las medidas de investigación tecnológica", *en Nuevas tecnologías y derechos…, op. cit*., pp. 54-55.

de la medida de investigación[303]. Pero a pesar de estas delimitaciones, no se pide que se suministre una identidad completa o exacta entre los hechos y sujetos investigados y los posteriormente descubiertos[304]. Esto tiene sentido, puesto como lo ha expresado el Tribunal Supremo, "el objeto del proceso no responde a una imagen fija. Antes, al contrario, se trata de un hecho de cristalización progresiva, con una delimitación objetiva y subjetiva que se verifica de forma paulatina, en función del resultado de las diligencias"[305].

Lo anterior nos lleva a sostener, que en el supuesto de haberse ordenado una medida de investigación tecnológica para la indagación de un delito específico, cuyas circunstancias varían con el tiempo, pero no así la naturaleza del delito invocado en la petición de la autorización, dicha circunstancia no afecta el principio de especialidad, porque las investigaciones al no ser estáticas pueden, durante el desarrollo de la misma, ir reafirmando los hechos iniciales o encontrando nuevas circunstancias no previstas por el investigador. Piénsese en un caso de trata de personas con fines de explotación laboral, pero que al finalizar la investigación resulta ser con fines de explotación sexual, o, el medio de transporte por donde inicialmente se dijo se trasladaba a las personas resulta siendo otro. En ninguno de estos supuestos se alteraría la esencia del delito inicial, puesto que el bien jurídico protegido sigue siendo el mismo.

Así mismo puede presentarse el caso que el hecho criminal descubierto durante la investigación, sea diferente al invocado en la autorización que motivó la medida restrictiva, circunstancia que tampoco infringe el principio de especialidad, lo cual resulta adecuado, ya que de lo contrario esto llevaría a la impunidad de las infracciones penales aparecidas durante el curso de la intervención. Señala el Tribunal Supremo que cuando de forma ocasional se llega al conocimiento de un nuevo hecho que no guardan vínculo con los que dieron paso para la medida y aparentan una gravedad penal suficiente para soportar proporcionalmente su adopción, esto se

[303] El tribunal Supremo ha señalado que la delimitación objetiva de la medida se realiza "a través de la precisión del hecho que se trata de investigar" y subjetivamente "mediante la suficiente identificación del sospechoso, vinculando con él las líneas telefónicas que se pretende intervenir". Véase STS 740/2012, 10 de octubre de 2012, y STS 195/2010, de 28 de enero.
[304] Doctrina de la Fiscalía General del Estado. Circular 1/2019, de 6 de marzo de 2019, sobre disposiciones comunes y medidas de aseguramiento de las diligencias de investigación tecnológicas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal.
[305] STS 412/2011, de 11 de mayo, de 2011.

lo considerará como una *"notitia criminis*[306]*"*, es decir se deberá hacer conocer a la autoridad respectiva para que se inicie el respectivo proceso[307].

En efecto de requerirse datos exactos no necesitaríamos investigar nada, sino que, llevaríamos todo lo obtenido hasta ese momento al órgano judicial competente para que se inicie el proceso respectivo. Por el contrario, con el empleo de la medida tecnológica buscamos ratificar o descartar un hecho ilícito[308] sobre el cual tenemos datos específicos y contundentes sobre su tipo y posibles responsables del mismo. En resumen, este principio exige una delimitación objetiva y subjetiva, por lo tanto, se vulnera el principio de especialidad si utilizamos medidas de investigación tecnológica para fines indagatorios generales.

1.3 Principio de idoneidad

Si nos remitimos al texto legal (art. 588 *bis* a. apartado 3 LECrim), observaremos que no existe una definición sobre este principio, sino una descripción de su finalidad que consiste en delimitar "el ámbito objetivo y subjetivo y la duración de la medida en virtud de su utilidad". Del artículo en mención sacamos tres elementos que deben ser observados por parte del juez al momento de otorgar la medida, a saber: el tipo de delito al que va dirigido la medida, el sujeto que va a soportar la misma y el tiempo de duración de su utilización. Según lo mencionado este principio sirve para delimitar el ámbito objetivo, subjetivo y tiempo de duración de la medida en razón de su utilidad[309]; por lo tanto, la resolución del órgano jurisdiccional que autoriza el uso de la medida de investigación tecnológica tiene que valorar si ésta será apta para conseguir resultados importantes desde el punto de vista objetivo, subjetivo y de duración de la medida[310].

Para conocer de mejor manera lo que es el principio de idoneidad vamos a partir en primer lugar por conocer su significado. El término idoneidad según el diccionario

[306] STS 71/2017, de 8 de febrero de 2017.
[307] El Tribunal sostiene que estos casos al tratarse de hallazgos casuales son válidos, pero su continuidad en la investigación del ilícito nuevo exige de una renovada autorización judicial. STS 740/2012, 10 de octubre de 2012.
[308] El Tribual Supremo sobre esto ha dicho que, para adoptar una intervención telefónica, que nuestro caso sería de manera general una medida de investigación tecnológica, no se exige justificaciones fácticas exhaustivas, puesto se trata de una medida adoptada, precisamente, para profundizar en una investigación no finalizada. STS 85/2017, 15 de febrero de 2017. Véase además STS 740/2012, 10 de octubre de 2012 y STS 1240/1998, de 27 de noviembre de 1998.
[309] RIVERO SÁNCHEZ-COVISA, F.: *Revisión del concepto constitucional del secreto de las comunicaciones*, Dykinson, Madrid, 2017, p. 169. GÓMEZ COLOMER, J.: "*El proceso penal español…", op. cit.,* p. 27.
[310] Doctrina de la Fiscalía General del Estado. Circular 1/2019 … *op. cit.*

enciclopédico de derecho usual significa "calidad de idóneo (v.); adecuado o con condiciones para el caso"[311]. Por su parte el TS nos dice que una medida se considera idónea cuando aparezca adecuada a los fines de la instrucción o permita continuar avanzando en la misma[312]. A su vez, el Tribunal Constitucional ha considerado que una medida es idónea cuando es apropiada para conseguir el objetivo propuesto[313]. Debido a esta peculiaridad que exige el principio de idoneidad para autorizar una medida, es que también se lo conoce como "principio de adecuación"[314]. En efecto sólo cuando una medida es adecuada para conseguir un fin constitucionalmente legítimo puede afectar el derecho fundamental del sujeto contra quien se dirige[315]. Siguiendo el criterio de BERNAL PULIDO, debemos entender por fin legítimo todo aquello que no se encuentre prohibido de forma expresa o tácita por la Norma Suprema[316].

Lo anterior nos lleva a sostener que la idoneidad de la medida es la pauta que marca su autorización y vigencia. En tal sentido es esencial la participación activa del juez en su control, quien deberá valorar tanto al momento que le llegue la solicitud, a efecto de determinar si la medida es apta para logar el fin perseguido en la investigación del delito; caso contario no deberá ordenarla. Así como durante su utilización, momento en el cual, el juez debe determinar si la medida de investigación tecnológica está siendo adecuada, ya que, si no lo es, la afectación del derecho del investigado sería ilegítima por no estar cumpliendo con el objetivo propuesto; por lo que, como juez encargado de velar por el respeto de los derechos del ciudadano, debería dejarla sin efecto; no obstante, a que no haya fenecido el tiempo de autorización[317].

En definitiva, para que una medida de investigación sea considerada idónea tiene que ser útil para lograr el fin que se busca alcanzar con la investigación del delito en concreto; es decir debe reunir ciertas condiciones indispensables para alcanzar su objetivo final. Es por esto que

[311] CABANELLAS DE TORRES, G.: *Diccionario enciclopédico de derecho usual, op. cit*., p. 366.
[312] Tribunal Supremo. Sentencias: 85/2017, de 15 de febrero y 938/2016, de 12 de febrero de 2017, 982/2016, de 11 de enero de 2017.
[313] Tribunal Constitucional. Sentencia: 207/1996, de 16 de diciembre de 1996.
[314] CASABIANCA ZULETA, P.: *Las intervenciones telefónicas en el sistema penal…, op. cit.,* p. 238.
[315] Sobre este tema Bernal Pulido sostiene que, de conformidad a este principio, la afectación en los derechos fundamentales tiene que ser adecuada para facilitar la obtención de un fin constitucionalmente legítimo. BERNAL PULIDO C.: *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. EL principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculantes para el legislador,* Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003, p. 693.
[316] *Ibidem*, p. 696.
[317] CASABIANCA ZULETA, P.: *Las intervenciones telefónicas en el sistema penal… op. cit*., p. 239.

como lo señala GONZÁLEZ BEILFUSS[318], toda medida que no sirva para contribuir con "la consecución de la finalidad perseguida" tiene que ser expulsada del curso de la investigación penal.

1.4. Principio de necesidad

Su origen se encuentra en el art. 8.2 de la CEDH, que en resumen dispone que ninguna autoridad pública puede interferir un derecho si la injerencia no está autorizada por una ley y "constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria[319] para la seguridad nacional…" De la lectura del artículo en mención podemos sostener que la autoridad pública puede restringir un derecho siempre que converjan dos requisitos. El primero de ellos es que la injerencia esté permitida por la ley; y la segunda es que dicha medida sea necesaria para cumplir con ciertos fines del Estado. En relación con el segundo requisito, que es el que estamos tratando, diríamos que al ser imprescindible la intervención del derecho por parte de la autoridad pública para el cumplimiento del fin perseguido, el sacrificio, amenaza o vulneración de éste se convierte en inexcusable; pero siempre procurando que el daño sea lo menos gravoso. Esto quiere decir que el principio de necesidad tiene su origen en la finalidad que se traza el Estado para conseguir ciertos objetivos indispensables para la convivencia pacífica de la sociedad.

La LECrim en su actual art. 588 *bis*. a numeral 4, trata de forma conjunta el principio de necesidad con el de excepcionalidad, lo cual lleva a pensar que para el legislador estos principios tienen una relación íntima y complementaria. Esta vinculación plasmada en la norma, no permite conocer de forma clara qué debemos entender por principio de necesidad. Por lo que consideramos pertinente hacer un estudio independiente de dichos principios. Para cumplir con nuestro cometido y llegar a una definición de lo que se debe entender por principio de necesidad, tomaremos como referencia la jurisprudencia y la doctrina.

---

[318] GONZÁLEZ BEILFUSS, M.: *El Principio de Proporcionalidad en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Aranzadi, Navarra, 2015, p. 66.

[319] Vemos que el art. 8.2 establece el principio de necesidad, puesto que señala que la medida sea necesaria en una sociedad democrática del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (en adelante, CEDH); así mismo este principio lo encontramos en el art. 52.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en adelante, CDFUE), que expresa que sólo podrán introducirse limitaciones a estos derechos cuando sean necesarias.

Muchos años antes que estuviera previsto en la ley, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español[320], ya había hecho suyo este principio a la hora de analizar la constitucionalidad de ciertas medidas investigativas utilizadas en la persecución de delitos. Al respecto ha señalado que el principio de idoneidad y necesidad sirven de pauta para la razonabilidad de la medida limitativa del derecho fundamental. En sentencias posteriores fue complementando este principio con nuevas aportaciones. Es así que ha considerado al principio de necesidad como aquél que permite la restricción de un derecho fundamental cuando "no existe una medida menos gravosa o lesiva para la consecución del objetivo propuesto"[321]. En otras de sus sentencias, señaló que la regla de necesidad sirve para evaluar si la medida "es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad")[322]. Por último, por el nuevo matiz que le dio al principio de necesidad, es importante que nos refiramos a la sentencia 60/2010, de 7 de octubre de 2010, en donde se enfatizó: "la necesidad que la medida alternativa tenga un grado de eficacia similar a la medida cuestionada para alcanzar el fin perseguido"[323].

De la revisión de la jurisprudencia que hemos mencionado podemos destacar que el principio de necesidad en sus inicios se estableció como una regla para la razonabilidad de la intervención de un derecho fundamental, pero con el devenir del tiempo se le ha ido agregando ciertos requisitos como son: la falta de una medida alternativa con igual idoneidad para la consecución del fin propuesto; y, que ésta sea lo menos gravosa en la afectación del derecho; por lo tanto sólo en tanto y cuando se cumple con estos presupuestos podemos decir que la medida restrictiva es constitucional.

Refiriéndonos a la doctrina encontramos que a este principio lo ha denominado de diversas maneras tales como: de la alternativa menos gravosa[324], subprincipio de indispensabilidad, de la intervención mínima[325], entre otros; pero el término que se ha impuesto

[320] Véase: STC 49/1999, de 5 de abril de 1999.
[321] STC 123/2002, de 20 de mayo de 2002.
[322] STC 168/2000, de 10 de julio de 2000.
[323] GONZÁLEZ BEILFUSS, M.: *el principio de proporcionalidad en la jurisprudencia… op. cit.*, p. 67.
[324] GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, N. *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, Colex, Madrid, 1990, p. 189.
[325] GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, N.: "*El principio de proporcionalidad en el derecho procesal español"*, Cuadernos de Derecho Público, 1997-2007, núm. 5, 1998, p. 191-215, disponible en: https://revistasonline.inap.es/index.php/CDP/article/view/515, (última visita 17-5-2023).

tanto en la jurisprudencia constitucional española como en la doctrina es el de necesidad[326]. GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, entiende al principio de necesidad como un subprincipio del de prohibición de exceso que tiende "a la optimización del grado de eficacia de los derechos individuales frente a las limitaciones que pudieran imponer en su ejercicio los poderes públicos". Este autor sostiene que este principio obliga al Estado a confrontar las medidas restrictivas que teniendo la misma idoneidad para la consecución del fin perseguido resulte la menos gravosa para los derechos del afectado[327].

Para BERNAL PULIDO el subprincipio de necesidad involucra cotejar "entre la medida adoptada por el legislador y otros medios alternativos", debiendo analizar al comparar dos aspectos: por una parte, si la medida es igual de adecuada que la medida legislativa para conseguir el fin propuesto por ésta; y, por otra si la medida afecta al derecho fundamental negativamente en un nivel menor[328].

De lo manifestado tanto por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional como por la doctrina, resaltamos que el principio de necesidad tiene como función principal exigir al órgano jurisdiccional evaluar la constitucionalidad de una medida restrictiva de derechos fundamentales, tomando en consideración dos parámetros. El primero consiste en seleccionar de las alternativas que existen, la medida más idónea para favorecer el objetivo buscado con su aplicación, o lo que es lo mismo determinar su necesidad teológica. Por último, se debe analizar si la implementación de la medida implica una menor afectación en los derechos fundamentales, esto es, si cumple una necesidad técnica[329].

Por lo tanto únicamente cuando la medida es teleológicamente necesaria, es decir, comparada con todas las alternativas que existen, ninguna resulta igualmente idónea para beneficiar los fines trazados con su aplicación; y, además es técnicamente necesaria por ser la

---

[326] BERNAL PULIDO, C.: *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales… op. cit.,* p. 734.
[327] GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, N.: *"El principio de proporcionalidad en el derecho procesal…", op. cit.*, p. 191-215.
[328] BERNAL PULIDO, C.: "*El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*…", *op. cit.,* pp. 735-736.
[329] DÍAZ GARCÍA, L.: *"La aplicación del principio de proporcionalidad en orden a juzgar sobre la licitud o ilicitud de una restricción a derechos fundamentales",* Revista online de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, vol. XXXVI, núm. 1, Chile, 2011, pp. 167-206, disponible en: https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3711816, (última visita 20/5/2020).

medida que representa el menor impacto en la afectación del disfrute de los derechos fundamentales, si la comparamos con las otras que también podrían conseguir el fin propuesto[330]; el principio de necesidad es constitucionalmente aplicable. En resumen, son estos dos elementos los que marcan las pautas para una correcta aplicación del principio de necesidad.

Aplicado el principio de necesidad al tema procesal penal diríamos que su objetivo es puntualizar que, no obstante, de haberse estudiado todos los indicios relacionados con el caso que se quiere indagar, no se ha encontrado otra medida alternativa que sea igual de idónea para conseguir los fines propuestos en la investigación; y, al mismo tiempo menos lesiva para el derecho fundamental de la persona que va a soportar la medida de investigación tecnológica. En definitiva, este subprincipio no es más que un examen de comparación de medios[331], que analiza la eficacia de la medida autorizada en la investigación penal, para alcanzar el objetivo trazado con la mínima afectación de otros derechos fundamentales en juego[332].

1.5. Principio de excepcionalidad

Si partimos de la propia lectura de su denominación, podemos colegir que este principio impone la obligación de que la utilización de una medida restrictiva de derechos fundamentales dentro de una investigación penal no debe ser la regla, sino la excepción[333].

Como dijimos en líneas anteriores la LECrim en el art. 588 *bis* a. numeral 4 regula de manera conjunta los principios de necesidad y excepcionalidad[334]. De la lectura de esta norma

---

[330] *Ídem*.

[331] Para Clérico la comparación de medios se hace con la finalidad de responder a la pregunta: ¿se puede evitar la restricción del derecho a través de otro medio, o por menos, reducir el grado de limitación? CLÉRICO L.: *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*, Eudeba, Buenos Aires, 2009, p. 101.

[332] LOPERA MESA, G.: *Principio de proporcionalidad y ley penal. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales*, Madrid, 2006, p. 434. En palabras de Robert Alexi "este subprincipio exige que de dos medios igualmente idóneos, sea escogido el más benigno con el derecho fundamental afectado". ALEXY, R.: *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007, p. 525.

[333] La Real Academia de la Lengua Española señala que excepcionalidad es cualidad de excepcional y éste es adjetivo significa que constituye excepción de la regla común. En la segunda acepción nos dice que es adjetivo que significa que se aparta de lo ordinario, o que ocurre rara vez. Diccionario online de La Real Academia de la Lengua Española, disponible en: https://dle.rae.es/excepcionalidad?m=form, última visita (18-5-2020).

[334] Debido a esta regulación conjunta sostiene, SANCHÍS CRESPO, que estos principios "son las dos caras de una misma moneda", lo cual significa que siempre van a ir juntos porque el uno es el sostén del otro y viceversa, situación que en ocasiones dificulta saber la delimitación de cada uno**.** SANCHÍS CRESPO C., y VELASCO NÚÑEZ, E.: *Delincuencia informática. Tipos delictivos de investigación con jurisprudencia tras la reforma procesal y penal de 2015*, *op. cit*., pp. 276-277.

podemos expresar que el principio de excepcionalidad se encuentra consagrado en el literal a., puesto que ahí se expresa: "cuando no estén a disposición de la investigación, en atención a sus características, otras medidas menos gravosas para los derechos fundamentales del investigado o encausado e igualmente útiles para el esclarecimiento del hecho…" Esto significa que únicamente bajo esta circunstancia se puede hacer uso de una medida intromisiva de derecho; por lo tanto, su uso procesal debe ser de carácter excepcional y no lo regular u ordinario. En igual sentido se ha pronunciado la Fiscalía General del Estado en su Circular 1/2013, en donde se observa que una medida únicamente se puede adoptar cuando no exista otro medio de investigación del delito con un nivel bajo de afectación en los derechos fundamentales del sujeto en relación con los otros derechos que se podría ver afectado[335].

Este principio también ha sido tratado por el TS[336], que en una de sus sentencias expresa que de la excepcionalidad se *"deriva que la investigación telefónica no supone un medio normal de investigación, sino excepcional".* Todo esto tiene su fundamento en el hecho de que aquí se está afectando un derecho fundamental de un individuo[337]; en tal razón el juez no puede autorizar este tipo de medida de forma ordinaria dentro de una investigación, sino que únicamente lo puede hacer si el peticionario demuestra que las otras medidas de investigación que ha venido empleando encuentra dificultades para conseguir el fin propuesto en la indagación.

Queda claro que la aplicación del principio de excepcionalidad impide autorizar una medida restrictiva de derecho fundamental de forma rutinaria[338], sino que solo se la puede conceder cuando objetivamente se justifique que, debido a la dificultad y circunstancias del caso, la investigación no puede prosperar sin la utilización de una medida que siendo más gravosa para el derecho del investigado; resulta ser la más adecuada para la indagación del ilícito.

---

[335] Fiscalía General del Estado Circula 1/2013…, *op. cit.*

[336] Sentencia del Tribunal Supremo, 982/2016, de 11 de enero de 2017.

[337] El Tribunal Supremo claramente se ha pronunciado señalando que debido a que estas medidas implican un sacrificio para un derecho fundamental, su uso debe ser "excepcional y no rutinario". STS 104/2011, de 1 de marzo de 2011.

[338] Sobre este aspecto el TC ha manifestado que "este tipo de medidas suponen un sacrificio para un derecho fundamental, lo que determina que el recurso a las mismas debe ser excepcional y no rutinario". STC 194/2011, de 1 de marzo de 2011.

1.6. Principio de proporcionalidad

Sabemos que los derechos fundamentales no son absolutos, pues caso contrario sería imposible el goce de los derechos; es por esto que pueden limitarse[339] en beneficios de otros; y la manera de hacer esto sin causar un grave perjuicio al derecho limitado, es mediante la aplicación del principio de proporcionalidad. Principio que tuvo su origen en la jurisprudencia alemana y luego se fue extendiendo a otros países europeos y a gran parte de América Latina.

En España este principio ha sido utilizado de manera incesante y reiterada por el Tribunal Constitucional, pero empleando diversos criterios. Es así que, en sus primeras interpretaciones al ser un principio foráneo, no se tenía una visión clara y uniforme de este principio, a tal punto que se lo confundía con otros principios interpretativos; por lo que tuvo que empezar por darle un contenido más o menos previsible. Luego en la segunda mitad de los años noventa, la jurisprudencia constitucional introduce el denominado test alemán de proporcionalidad que obligó a utilizar los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto; para finalmente empezar hacer un uso más informal y relajado de este principio, sin que ello haya significado haber abandonado o cambiado los fundamentos materiales que guían la aplicación del principio de proporcionalidad[340].

Pero el principio de proporcionalidad como bien señala PEDRAZ PENALVA, es algo más que una regla o elemento de juicio, es un principio inherente al Estado de Derecho que sirve de garantía a los derechos fundamentales cuando éstos se ven en peligro[341]. El principio de proporcionalidad se erige como un freno ante toda injerencia indebida realizada por el poder

[339] Pero sin bien se los puede limitar esto no significa que se lo puede hacer al antojo del poder público, sino bajo ciertos matices que impone el principio de proporcionalidad. SANTOS MARTÍNEZ, A.: *Medidas de investigación tecnológicas en la instrucción penal*, *op. cit*., p. 49. En igual sentido se expresa CARBONELL MIGUEL, quien señala que no existen derechos absolutos por lo que cada derecho se enfrenta a la posibilidad de ser limitado. CARBONELL, M.: El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales, en *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2008, pp. 9-12.

[340] De forma didáctica GONZÁLEZ BEILFUSS, nos enseña que desde las primeras sentencias del Tribunal Constitucional que fue en el año 1980 hasta el año 2003, se distingue tres grandes fases en la interpretación del principio de proporcionalidad. La primera que fue desde mediados de los años noventa. La segunda fase que fue hasta finales de los noventa. Y la tercera fase que se dio con la sentencia STC 136/1999. Periodos que sirvió para ir afianzando los cimientos para la aplicación del principio de proporcionalidad en España. GONZÁLEZ BEILFUSS, M.: *el principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional…*, *op. cit*., p. 16.

[341] PEDRAZ PENALVA, E.: El principio de proporcionalidad y principio de oportunidad, en *La Reforma del Proceso Penal. II Congreso de Derecho Procesal de Castilla y León*, Ministerio de Justicia. Secretaria General Técnica Centro de Publicaciones, Madrid, 1989, p. 349.

público contra los derechos fundamentales; pasando a constituirse en "límite de los límites"[342]. Por lo tanto, este principio contribuye a potenciar el goce de los derechos fundamentales; puesto que permite la intervención de éstos únicamente cuando la medida conduce a fomentar un derecho fundamental o un bien constitucional, sin que pueda ser reemplazada por otra medida alternativa menos lesiva para los derechos fundamentales o resulta ésta desproporcionada[343].

Debido a que el principio de proporcionalidad, como dijimos, cumple un rol trascendental en el Estado por ser una barrera de protección de los derechos fundamentales contra los posibles excesos en su injerencia por parte del poder público; y, siendo que en el ámbito penal es donde más tensión se da entre los derechos fundamentales del ciudadano y la persecución penal, este principio se ha posicionado, a tal punto de ocupar un sitio preponderante dentro de esta materia[344].

Uno de los fines del Estado es brindar seguridad a los ciudadanos. Para eso tiene que dictar leyes penales que protejan ciertos bienes jurídicos de relevancia social; pero esto no es suficiente si no se cuenta con un instrumento jurídico que permita la aplicación del derecho penal. Es así que aparece el proceso penal como un instrumento necesario para la aplicación del Derecho Penal[345], de tal suerte que, si un bien jurídico se ve a amenazado por alguien, el proceso es la vía imprescindible para perseguir la conducta antijurídica[346].

---

[342] CARBONELL, M. El principio de proporcionalidad… en *El principio de proporcionalidad…*, *op. cit*., p. 9-12.
[343] DÍAZ GARCÍA, L.: *"La aplicación del principio de proporcionalidad…*, *op. cit*., pp. 167-206.
[344] Podríamos decir que el punto de arranque del principio de proporcionalidad se encuentra en el derecho penal, especialmente en lo relacionada a la determinación de la pena. Es así que BECCARIA, según Perello Domenech, decía que la "pena proporcional a la culpabilidad era la única pena útil". Igualmente lo encontramos en la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano que estipulaba que la Ley no debía establecer otras penas que las estrictas y evidentemente necesarias. Todo lo anterior se fue fortaleciendo con la nueva concepción liberal del Estado y de la actividad policial nacida en el siglo XIX; época en donde se empezó a reforzar la tutela de las esferas jurídicas individuales a través del reconocimiento de un conjunto de derechos que fueron limitando la injerencia del Estado en el ejercicio de su potestad policial. Esto hizo que el poder policial ya no fuera una actividad sin límites, sino que ésta será licita siempre y cuando sean necesarias y adecuadas para los fines constitucionalmente legítimos. PERELLÓ DOMENÉCH, I.: "*El principio de proporcionalidad y la jurisprudencia constitucional"*, Jueces para la democracia, núm. 28, 1997, pp. 69-75, disponible en: https://dialnet.unirioja.es., (última visita 20/5/2023).
[345] Señala GONZÁLEZ-CUELLAR que el proceso es considerado un instrumento necesario para la protección de los valores recogidos por el Derecho penal, cuyo fin principal se encuentra en dotar al Estado de ciertos lineamientos previos para la aplicación del ius puniendi. Esto significa que sin proceso penal la potestad punitiva del poder público sólo sería algo simbólico. GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, N.: *El principio de proporcionalidad en el derecho procesal español…*, *op. cit.* 191-215.
[346] MORENO CATENA, V.: La garantía de los derechos fundamentales…, en *Problemas actuales del proceso…, op. cit.*, 2010, pp. 13-54.

El derecho procesal penal, para descubrir a los presuntos responsables del delito necesita utilizar ciertas herramientas investigativas; pero éstas en muchas ocasiones suelen ser atentatorias contra los derechos fundamentales; por lo que a menudo se contraponen, por un lado, los derechos e intereses afectados, y, por otro el interés público y de terceros. Por la tensión que se produce entre estos intereses opuestos, es que, el principio de proporcionalidad debe aplicarse en el Derecho procesal penal como una fórmula que permita alcanzar un punto de equilibrio entre la colisión de derechos en conflicto. Conocida la importancia que tiene este principio general del derecho en el proceso penal vamos a proceder a su estudio enfocándonos a esta área.

El principio de proporcionalidad de conformidad con el art. 588 *bis* a apartado 5, de la Ley Orgánica 13/2015, se encuentra ubicado como el último de los requisitos para la autorización de una medida de investigación tecnológica. Sobre este aspecto considera BUENO DE MATA, que el orden sistemático de ubicación del principio de proporcionalidad no es el adecuado, ya que se debió en primer lugar tratar a este principio y posteriormente continuar con los de idoneidad, excepcionalidad y necesidad, pero a pesar de este error, esta situación no afecta el resultado final que es el obtener la autorización judicial[347]. Respetando la opinión del antes citado jurista, como veremos en breve, pensamos que el legislador sí ha ubicado de manera correcta este postulado; puesto que no se está refiriendo al principio de proporcionalidad en sentido amplio, sino al de sentido restringido, diferenciación que, si bien no la encontramos en la ley, la podemos colegir de la doctrina y jurisprudencia.

Señala la doctrina que el principio de proporcionalidad en sentido amplio se compone de tres elementos: a) el de utilidad o adecuación; b) el de necesidad, y c) el de proporcionalidad *strictu sensu*[348]. Para GONZÁLEZ-CUELLAR[349], el principio de proporcionalidad debe

[347] BUENO DE MATA, F.: *Las diligencias de investigación penal en la cuarta revolución industrial. Principios teóricos y problemas prácticos*, Thomson Reuters, (Arazandi), Navarra, 2019, pp. 36-37.
[348] PERELLO DOMENECH, I.: *El principio de proporcionalidad y la jurisprudencia constitucional…, op. cit*. ROBERT ALEXY, establece dentro del principio proporcionalidad tres subprincipios que son: de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. ROBERT, A.: La fórmula del peso, en *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2008, pp. 13-42. BERNAL PULIDO, expresa que la definición de los tres subprincipios en el Derecho constitucional se debe en gran medida a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Alemán y a la abundante doctrina alemana que se ha dedicado al estudio de este principio. BERNAL PULIDO, C.: *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales…*, *op. cit*., p. 3.
[349] GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, N.: *El principio de proporcionalidad en el derecho procesal español…, op. cit*. 191-215.

cumplir con un primer grupo de requisitos que él denomina extrínsecos y un segundo grupo que son los intrínsecos. Los primeros están conformados por la judicialidad y motivación. Mientras que los segundos se encuentran conformados por los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Siguiendo el criterio de ARMENTA DEU, podemos concluir señalando que el principio de proporcionalidad se encuentra integrado por "un triple aspecto: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en *sensu stricto"*[350].

La jurisprudencia por su parte, sobre este principio ha expresado que, para comprobar si una medida restrictiva de derecho fundamental supera el juicio de proporcionalidad, es necesario verificar si cumple los tres requisitos o condiciones a saber: el juicio de idoneidad, el de necesidad, y, por último, el de proporcionalidad en sentido estricto[351].

Como podemos observar el principio de proporcionalidad tanto en la doctrina como en la jurisprudencia se encuentra integrado por tres subprincipios, siendo uno de ellos el de proporcionalidad que para diferenciarlo del principal se lo denomina proporcionalidad en sentido estricto. Es por esto que podemos sostener que la Ley Orgánica 13/2015, en su art. 588 *bis* a apartado 5, se refiere al principio de proporcionalidad en sentido estricto; por lo que siendo un subprincipio como lo son el de idoneidad y necesidad, su ubicación actual se encuentra justificada. Con esta aclaración pasamos a estudiar el mencionado principio.

El artículo 588 *bis* a apartado 5 (Ley Orgánica 13/2015), nos muestra que una medida de investigación tecnológica será proporcional cuando: a) se toma en consideración todas las circunstancias del caso; y, b) cuando el sacrificio de los derechos e intereses afectados no sea superior al beneficio que de su adopción resulte para el interés público y de terceros. Así mismo se establece algunos parámetros que se deben observar para la ponderación de los intereses en conflicto en relación con la valoración del interés público; por lo que el órgano jurisdiccional deberá analizar: la gravedad del hecho, su trascendencia social o ámbito tecnológico de

[350] ARMENTA DEU, T.: *Lecciones de derecho procesal penal*, Marcial Pons, Barcelona, 2016, p. 142.

[351] A mediados de los años noventa del siglo pasado, fue cuando la jurisprudencia constitucional española, introduce por primera el test alemán de ponderación. Fue a partir de la sentencia 66/1995, donde al ventilarse un caso de impedimento del ejercicio de reunión, el Tribunal que avocó conocimiento procedió a verifica si esta medida superaba o no el juicio de proporcionalidad, para lo cual constató si cumplía con los tres requisitos o condiciones: si la medida era susceptible de conseguir el objetivo propuesto, si era necesaria, y por último si era proporcionada en sentido estricto. GONZÁLEZ BEILFUSS, M.: *el principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional…*, *op. cit.*, p. 41. Pero la sentencia que aplicó por primera vez en el ámbito penal el principio de proporcionalidad fue STC 207/1997, de 16 de diciembre de 1997.

producción, la intensidad de los indicios existentes y la relevancia del resultado perseguido con la restricción del derecho.

Cuando la ley señala que se debe considerar todas las circunstancias del caso entendemos que el juez tiene que analizar las eventualidades y detalles fácticos que encierra cada proceso y los sujetos pasivos que van a sufrir la intervención de la medida que se quiere llevar a cabo. Esto significa que el juez no puede autorizar una intervención a un derecho fundamental, por el sólo hecho de que en procesos similares ya lo ha autorizado, sino que cada vez que le llegue la solicitud de autorización de una medida intromisiva de derechos, debe proceder al análisis del caso, a efecto de poder determinar si se cumple con el requisito de proporcionalidad. Por lo tanto, el examen de proporcionalidad debe ser *ex ante*, esto es, analizar si procede o no la medida de acuerdo a las circunstancias concurrentes que verifica en el momento de su autorización[352]. En contra de este criterio encontramos a LÓPEZ BARJA DE QUIROJA, quien sostiene que el examen *ex ante* no es el adecuado, debido a que éste únicamente proporciona la racionalidad. En razón de aquello si queremos conocer si el derecho fundamental fue afectado se tiene que tomar una postura *ex post*; puesto que, para el doctrinario en mención, lo importante no es lo que se creía, sino si efectivamente la afectación del derecho fundamental observa la proporcionalidad requerida[353].

Nosotros por nuestra parte consideramos que el control de proporcionalidad, en relación a nuestro tema de investigación, para evitar que la medida se convierta en una posible causa de prueba ilícita, se la debe realizar tanto, *ex ante*, esto es cuando se está conociendo la petición de la medida investigación tecnológica, como *ex post*, es decir luego de su autorización. De esta manera conseguimos un control de la medida más amplio, con lo cual se evitará que las fuentes y la prueba obtenida con esta medida no sean declaradas ilícitas, ya sea porque en su autorización no se respetó el principio de proporcionalidad (control *ex ante),* o porque durante su aplicación fue desproporcionada (control *ex post)* por resultar que el perjuicio del derecho afectado rebosaba los beneficios a obtener con el uso de la medida. Por el contrario, si sólo se realiza el control *ex ante,* de forma racional sabremos si la medida de investigación es o no

[352] Este criterio ha sido sostenido por el TC en las sentencias: 126/2000, de 6 de mayo del 2000 y 239/2006, de 17 de julio de 2006.
[353] LÓPEZ BARJA DE QUIROJA, J.: *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Tomo I y II, Aranzadi, Navarra, 2012. p. 1584.

proporcionada; pero si la combinamos con el control *ex post*, conoceremos en la práctica si su utilización cumple con dicha característica, de tal manera que ambos controles se complementan. Si se realiza adicionalmente el control posterior se evitará que una medida siga siendo utilizada por no revestir el caso la gravedad necesaria para este tipo de medida y que al final, toda la afectación padecida al derecho del investigado sea inútil por ser vulneradora del derecho fundamental; y, por ende, sin ningún valor probatorio para el proceso.

El segundo requisito que le hemos asignado con el literal b, exige por parte del órgano judicial analizar si la adopción de la medida genera más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre el derecho afectado. Este es uno de los requisitos que acostumbra a exigir el Tribunal Constitucional, para considerar si una medida es proporcionada o equilibrada[354].

Por la confusión que podría representar este requisito a la hora de realizar la ponderación por parte del juez, el legislador ha establecido varios aspectos a ser tomados en cuenta a la hora de saber si la injerencia del derecho padecido por el investigado, por causa de la medida, es menor al beneficio obtenido para el interés público y terceros. En virtud de aquello el artículo que estamos revisando señala que, a la hora de ponderar el interés público se debe observar: 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.

En torno al primer criterio establecido por la ley, observamos que esta norma se refiere a la gravedad del hecho[355], mas no a la naturaleza grave del delito, términos que al no ser iguales procederemos a realizar una breve aclaración al respecto. Cuando nos referimos a delito grave, debemos atender a los que nos dice en primer lugar el Código Penal español, el mismo que si bien no lo define, nos da ciertas luces afectos de entender su significado. Este cuerpo legal nos enseña que los delitos graves son aquellos que la ley castiga con pena grave (art. 13.1 CP). A su vez en el art. 33. b, del mismo cuerpo legal, nos expresa que son penas graves la prisión superior a cinco años; por lo tanto, toda infracción sancionada con una pena de prisión o con privación de derechos que supere los cinco años será entendido como un delito grave.

[354] Véase al respecto. SSTC 66/1995 de 8 de mayo de 1995, 207/1996, de 16 de diciembre de 1996, 37/1998, de 17 de febrero de 1998 y 186/2000 de 10 de julio de 2000, entre otras.
[355] Art. 588 *bis* a. 5. LECrim.

Sin embargo, el concepto procesal y constitucional que se aplica para la restricción de derechos fundamentales difiere del anterior. Así se desprende de la jurisprudencia emitida por los tribunales españoles quienes, a más de considerar la pena del delito, han establecidos otros parámetros a ser tomados en cuenta cuando de la aplicación de una medida tecnológica se trata. Dentro de los nuevos parámetros para calificar un delito de grave se aplica: el bien jurídico protegido, la trascendencia y repercusión social de los hechos, o el hecho de que sean organizaciones complejas las que delinquen, y, por último, acorde con el avance tecnológico, se ha agregado la incidencia del uso de las tecnologías de la información en el cometimiento de la infracción, así como para la obstrucción a su persecución[356].

Un asunto que ha creado dificultad en la aplicación del actual concepto de delito grave para el caso de autorizaciones de medidas tecnológicas invasivas de derechos fundamentales, es lo dispuesto en la ley 25/2007[357], de 18 de octubre, de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones (en adelante LCDCE), la misma que en su art. 1.1, nos expresa que el deber de cesión de los datos conservados a los agentes lo será si son pedidos mediante "autorización judicial con fines de detención, investigación y enjuiciamiento de delitos graves contemplados en el Código Penal o en las leyes penales especiales". Con esta norma, el criterio jurisprudencial amplio de los tribunales en relación al concepto de delito grave, para los casos de solicitar datos dentro de una medida de intervención de las comunicaciones, se ve restringido a la delimitación de "delitos graves" que predica el Código Penal y las leyes especiales. En consecuencia, las autoridades investigadoras, según esta ley, no podrían acceder a dicha información si el delito que pesquisan no cumple con

[356] ORTÍZ PRADILLO, J.: *Problemas procesales…, op. cit.*, pp. 233-236. Velasco Núñez, señala que el juez no debe tener como único criterio a la hora de aplicar la gravedad del delito, la pena fijada en el art. 33 CP, puesto que de ser así se dejaría sin castigo determinados crímenes que se ejecutan mediante el internet o las nuevas tecnologías, debido a que muchos de ellos no tienen una pena elevada, no obstante, por los medios que utilizan en la ejecución de los delitos, se han convertido en una amenaza no solo de una nación, sino de todo el mundo, de ahí que se insta a los países a utilizar medios de investigación apropiados a la era digital en la que vivimos. VELASCO NÚÑEZ, E.: "*Delitos cometidos a través de internet. Cuestiones procesales"*, La Ley, Madrid, 2010, pp. 75-76.

[357] Esta ley traslado al ordenamiento jurídico español la directiva, actualmente anulada, 2006/24/CE. Dentro lo más destacable encontramos que esta ley impone la obligación a los proveedores de servicios de telecomunicaciones de conservar los datos electrónicos, para que estén disponibles para fines de investigación, detección y enjuiciamiento de delitos graves. Al señalar delitos graves entendemos que su utilidad es para todos los delitos que tengan tal calidad, es decir esta ley no sólo va encaminada a la lucha contra los delitos digitales, sino que además puede ser aplicable para la investigación de infracciones comunes, lo que interesa es que éstos sean graves. Véase el preámbulo de la Ley 25/2007, así como su art. 1.1. Ley 25/2007de 18 de octubre, de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones.

.

la penología que establece el Código Penal como delito grave, no obstante que se hayan cometido con auxilio de las tecnologías de la información.

Sobre esta contradicción entre lo sostenido por la jurisprudencia (criterio amplio de delito grave) y la ley antes mencionada (criterio restringido a delito grave), nosotros creemos que en todo Estado Democrático uno de los principios rectores es el de legalidad, por lo tanto quien debe proporcionar leyes claras y precisas es el legislador, persona que por mandato constitucional, es el encargado de restringir derechos y aplicar las sanciones, siempre teniendo como timón el principio de proporcionalidad. Por tal motivo esto nos lleva a sostener que para el caso de la cesión de determinados datos, la concepción de delito grave que debe primar, es la de carácter restringido establecida en la ley 25/2007, mas no la interpretación jurisprudencial amplia del TC, puesto, si bien en su momento se justificó, ya que ésta tuvo su nacimiento debido a la ausencia de una norma que reglara este asunto, pero al existir una ley con un ámbito restringido de delito grave, se debería dar preferencia a esta última.

Contra esta interpretación la Fiscalía ha sostenido que la mencionada ley no es clara y más bien puede provocar que muchos delitos cometidos por las redes o mediante el uso del teléfono, queden sin castigo. Ante este panorama, la Fiscalía ha insistido en la modificación del art. 1.1 de la ley 24/2007, ya que tal y como está, lejos de ser una ayuda, se constituye en un obstáculo en la lucha contra la ciberdelincuencia. Por otra parte, impide cumplir con los compromisos establecidos por Estado en el Convenio sobre Ciberdelincuencia del Consejo de Europa de 2001, mismo que dentro de sus medidas de investigación establece la conservación de datos electrónicos, a fin de que éstos pueden ser empleados por las autoridades respectivas como fuentes o prueba dentro de la investigación penal de los delitos comunes como de aquellos que se ejecutan mediante el sistema informático[358].

Consideramos que LCDCE no contribuye a esclarecer el concepto de delito grave, pues únicamente se remite a lo establecido por el Código Penal, por lo que, al no existir claridad sobre este aspecto, sobre todo por ser una ley no acorde con los cambios tecnológicos y la influencia de ésta en el derecho penal, se debe atender a los criterios brindados por la doctrina jurisprudencial de los máximos Tribunales de justica españoles, quienes de forma generosa han

[358] ORTÍZ PRADILLO, J.: Comunicaciones, tecnología y proceso penal: Viejos delitos, nuevas necesidades, en *Justicia penal y nuevas formas de delincuencia* (Dir. ASENCIO MELLADO, J.), (Coord. FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 25-26.

ido ampliando el concepto de delito grave más allá de la penología establecida en el Código Penal.

En tal sentido, actualmente para la aplicación de una medida de investigación tecnológica, el criterio que se tenía de la "gravedad" ha variado, ahora ya no depende únicamente de la pena establecida en la ley para que adquiera dicha cualidad, sino que también lo será: cuando amenace o lesione bienes jurídicos considerados relevantes para la sociedad o cuando la acción ilícita por su trascendencia social sea de aquellas que provoquen grave alarma social. En resumen, una medida de investigación tecnológica, por su grave injerencia que produce en el derecho fundamental del investigado, sólo puede encontrar fundamentación, en el proceso penal, cuando lo que se persiga es un delito grave, debiendo tener presente para aquello no sólo la gravedad de la pena, sino también su trascendencia y repercusión social del delito que se busca investigar[359].

Criterio que lo encontramos presente en la L.O. 13/25[360], con lo cual la actual norma se ha armonizado con la jurisprudencia constitucional[361] que ha venido practicando la flexibilización de la utilización de la interceptación telefónica en delitos que, según la penología, no eran considerados como graves; pero que dado el interés colectivo o por su modalidad delictiva más o menos compleja, se ha convalidado su uso. Situación que también es aplicable para el resto de las medidas por tener igual naturaleza y finalidad que es la de luchar en igualdad de armas contra la moderna criminalidad.

Para culminar con este punto debemos aclarar que el delito grave, como hemos visto se caracteriza principalmente, desde el punto de vista legal, por ser sancionado con una pena grave,

[359] STS 740/2012, de 10 de octubre, de 2012. Véase en el mismo sentido la STC 167/2001, de 18 de septiembre, de 2001.

[360] Actualmente para ponderar los intereses en conflicto entre los derechos fundamentales afectados con la medida y la sanción de los delitos, se debe atener no sólo a la pena del ilícito, sino además a la gravedad del hecho, su trascendencia social o el ámbito tecnológico de producción…Art. 588 bis a. 5.

[361] Vemos así que la idea inicial que se tenía de que la utilización de medidas invasivas, como la interceptación telefónica, únicamente podían ser utilizadas para la investigación de delitos graves, ha sido modificado por un criterio de flexibilización por parte de los tribunales, quienes en sus diversas sentencias han tomado variadas fundamentaciones para convalidar intervenciones telefónicas que fueron practicadas en delitos menos graves. Véase STC 104/2006, de 3 de abril de 2006 (delito contra la propiedad intelectual); STC 14/2001, de 29 de enero (delitos de contrabando); STC 184/2003, de 23 de octubre de 2003 (delitos cometidos por funcionarios públicos). DELGADO SANCHO, C.: *La protección de los derechos fundamentales en el proceso penal. Actualización conforme a 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 tecnológicas*, Colex, A Coruña, 2019, pp. 182-183.

de ahí que difiere del término hecho grave que es amplio, puesto que éste no atiende únicamente a la magnitud de la sanción, sino que para su calificación se debe observar otros criterios: "afectación social, repercusión en la convivencia, significado y rango en un estado de derecho de los bienes jurídicos lesionados, morfología de la infracción…"[362].

En cuanto al segundo parámetro utilizado para evaluar la proporcionalidad que se refiere a la trascendencia social del hecho investigado[363] o al ámbito tecnológico de producción, debemos señalar en primer lugar, que la trascendencia social tiene que ver tanto con la alarma social que provoca el acto ilícito, así como con la cantidad de víctimas perjudicadas por la infracción; puesto no es igual que un hecho ilícito afecte a una persona, que perjudique a muchas. En este último caso el hecho alcanza mayor relevancia para la sociedad; por lo tanto, su persecución y castigo será de mayor interés para el poder público. En igual sentido cobra trascendencia cuando el ilícito se ejecuta contra personas que merecen una protección especial por el Estado como pueden ser el menor de edad, personas con capacidad reducida o un adulto mayor[364].

En lo referente al ámbito tecnológico, su inclusión es importante porque armoniza la norma con los avances que hoy en día estamos viviendo. Es por eso que la norma no sólo se enfoca a la trascendencia social del delito en el mundo físico, sino también lo lleva al plano virtual[365]. Recordemos que las tecnologías han ampliado el campo de acción de la delincuencia que ahora se mueve en el mundo físico y el espacio virtual, espacio que le da la oportunidad de expandir sus efectos criminales a una diversidad de personas con un solo clic. En este sentido los delitos tecnológicos por sus peculiaridades y sus efectos graves[366] y masivos que producen, revisten trascendencia social, a la vez que requieren para su persecución de medidas tecnológicas.

---

[362] STS 747/2017, 21 de noviembre de 2017.
[363] Este aspecto también ha sido tema de análisis por parte de la jurisprudencia en sentencias como: STS 1241/2005, de 27 de octubre, STS 1078/2001, de 8 de junio y 900/2000, de 28 de julio, entre otras.
[364] SANTOS MARTÍNEZ, A.: *Medidas de investigación tecnológicas en la instrucción penal*, Wolters Kluwer, Barcelona, 2017, pp. 50-51.
[365] SANCHIS CRESPO C., y VELASCO NÚÑEZ, E.: *Delincuencia informática…*, *op. cit*., p. 287.
[366] Este aspecto ya fue tenido en cuenta por el TC en la sentencia 104/2006, de 3 de abril, en donde se hace alusión al mayor alcance potencial que tiene los delitos ejecutados con la ayudad de tecnologías. Circular 1/2019, de 6 de marzo de 2019.

Para finalizar con este estudio tenemos la relevancia del resultado perseguido, el cual está relacionado con el objetivo inmediato de la investigación, en otras palabras, qué se quiere conseguir con la medida y qué relevante será para restablecer la paz social perturbada por el delito[367]. Este criterio sirve como cláusula de cierre y unión con los otros subprincipios como son los de idoneidad y necesidad[368] que hemos estudiando *supra*.

2. Reglas generales

Las reglas generales tienen que ver con un conjunto de aspectos procedimentales sobre la adopción y ejecución de todas las medidas de investigación tecnológicas, las mismas que abarcan situaciones inherentes a la necesidad de autorización judicial, requisitos de la resolución, secreto de las actuaciones, duración, posibilidades de prórroga, control judicial, posibilidad de afectación de terceras personas, entre otras más.

2.1. Autorización judicial

Haber conferido al órgano judicial y no a otro, la exclusividad de la autorización del uso de una medida de investigación tecnológica, resulta lo más adecuado, dado que se deja en manos de un juez que por sus características de imparcial en la resolución de conflictos entre partes confrontadas y su gran nivel de conocimiento jurídico, nos brinda confianza de saber que los derechos fundamentales del ciudadano no serán fácilmente vulnerados al momento de aplicarse un medida tecnológica, puesto que el juez antes de autorizar una medida, deberá tener presente la ponderación entre la medida restrictiva y los intereses públicos de la persecución penal[369]. De esta manera se concibe al juez como un órgano garante y de control, destinado principalmente a vigilar el cumplimiento de las garantías individuales de los afectados por la medida.

Como regla general toda vulneración de un derecho fundamental, debe ser autorizada por un juez, de esta manera el principio de exclusividad jurisdiccional, pasa a convertirse en una

[367] Se señala en la circular de la Fiscalía General del Estado que, este postulado tiene que ir relacionado con los principios de idoneidad y necesidad que viene siendo lo que se conoce como proporcionalidad en sentido estricto.
[368] BUENO DE MATA, F.: *Las diligencias de investigación penal en la cuarta revolución industrial…, op. cit.*, p. 38.
[369] VELASCO NÚÑEZ, E.: *Delitos cometidos a través de internet… op. cit.*, p. 75.

garantía de los ciudadanos contra los posibles abusos de la autoridad pública. Principio que no es absoluto y puede ceder ante determinadas circunstancias estipuladas en la ley. Es por esto que existen determinadas situaciones como los casos de urgente necesidad, en los cuales se puede interferir un derecho fundamental sin contar previamente con autorización judicial. En estos supuestos la medida puede ser adoptada de forma inmediata por el Ministro de Interior o bien por el Secretario de Estado de Seguridad, actuación que se deberá hacer conocer al juez en el plazo máximo de 24 horas para que la confirme o la revoque[370].

Los argumentos esgrimidos a favor de permitir, en los supuestos de urgencias, la implementación de determinadas medidas de investigación tecnológicas sin contar con la respectiva autorización previa y someter la misma al control posterior judicial se pueden sintetizar principalmente en dos. El primero es que no se afecta el derecho fundamental del intervenido porque el control judicial sigue existiendo en el instante que *a posteriori* se pone en concomimiento al juez la actuación realizada para que éste la autorice. Pero este razonamiento no resulta ser suficiente, porque quien ha sido afectado con una intervención que no contaba con autorización judicial, no se le restituye la lesión sufrida por garantizarle su posterior derecho a recurrir de la mala actuación, si es que el juez no ratifica como legítima el uso de la medida investigativa. Como segundo argumento se dice que, ante la posible gravedad de los hechos, la autorización judicial *a posteriori* resultaría incluso proporcionada. Esto tampoco es aceptable, pues se estaría reduciendo la garantía de reserva judicial al test proporcionalidad sin importar si existe indicios delictivos, bastaría entonces con justificar la gravedad del delito para poder autorizar la medida, lo cual daría lugar a un uso indiscriminado de este tipo de herramientas de investigación tecnológica[371].

Por nuestra parte esta excepción nos plantea una duda acerca de su legalidad, ¿se desquebraja o no el principio de jurisdiccionalidad en los casos de urgencias? En relación a la primera interrogante podríamos decir que el principio de jurisdiccionalidad no se rompe por el hecho que una autoridad no judicial, en los casos y bajo las condiciones señalados en la norma, pueda adoptar determinadas medidas sin necesidad de requerir autorización previa, pues al

[370] Art. 588 ter d. 3 de la LECrim.
[371] MARTÍN MORALES, R.: *El régimen constitucional del seguimiento directo de personas. (Adaptado a la reforma de la ley de Enjuiciamiento Criminal introducida por la Ley Orgánica 13/2015)*, Comares, S.L., Granada, 2015, pp. 20-21.

exigirse la autorización judicial *ex post* de la actuación, se reafirma el principio de jurisdiccionalidad[372]. En efecto si se adopta una medida por caso de urgencia sin autorización, pero luego de ser puesta en conocimiento al juez es convalidada por éste, no existiría un quebrantamiento al principio jurisdiccional, porque ésta ha quedado legalizada por la intervención de la autoridad competente.

Pero a pesar de ser el criterio mayoritario de que no se vulnera el principio de autorización judicial y, por ende, no se afecta el derecho fundamental intervenido, pues la autorización posterior por el juez convalida lo actuado, a nuestro juicio consideramos que no en todos los casos el control posterior será útil para la tutela del derecho. Esto dependerá a veces del éxito logrado con la afectación del derecho o de si el delito investigado con la medida es de aquellos que soportan tal injerencia. Si la injerencia del derecho produjo resultados favorables dentro de la investigación, entonces diremos que el control posterior ha reafirmado el principio de jurisdiccionalidad por no existir vulneración ilegal de la medida. Pero por el contrario si no se consigue ningún resultado o en su defecto al instante de investigar se descubre que el delito no era de aquellos permitido por la ley para una aplicación de medida, entonces el control posterior de nada valdrá, puesto que ya se ha vulnerado el derecho del investigado, en tal razón el principio de jurisdiccionalidad sería violentado.

El peligro que representa para los derechos fundamentales, la utilización de la ley del término "urgencias"[373], como excepción a la regla de la autorización judicial para adoptar una medidas de investigación tecnológicas, lo encontramos principalmente en el hecho de que la autoridad no judicial puede perfectamente utilizar una medida sin dar conocimiento dentro del

---

[372] SANTOS MARTÍNEZ, A.: *Medidas de investigación tecnológica…, op. cit*., pp. 44-45.

[373] Santaló Junquera, considera que si la adopción de la medida, sin autorización judicial, se justifica únicamente por la urgencia, siempre será más sencillo localizar al Juez de Guardia, que al Ministro o Secretario de Estado. Es negativo para los derechos fundamentales que la medida se la aplique sin previa autorización, pues al juez se le presenta una intervención ya adoptada y realizada desde el prisma policial, quedándole únicamente al juzgador valorar sólo su eficacia, sin hacer la necesaria ponderación que, por la experiencia y conocimiento, únicamente puede realizarla el juez. De nada sirve que el juez una vez puesto en su conocimiento, en caso de constar alguna violación a la ley, la revoque, pues el daño ya estará hecho. Todo lo cual podría dar como resultado la contaminación de todas o algunas de las actuaciones, dejando en la impunidad los delitos. A más de estas razones, la indeterminación del término "urgencias", puede dar lugar por parte de la policía, a interpretaciones extensivas, y por ende lesivas para los derechos fundamentales, que desde su óptica puede considerar una situación como urgente cuando en realidad no lo es, pudiendo perfectamente esperar por una autorización judicial. SANTALÓ JUNQUERA, J.: *La intervención de las comunicaciones entre el preso preventivo y su abogado*, Sepin, Madrid, 2015, pp. 93-94.

tiempo legal al juez, ya sea porque la intervención no dio ningún resultado o porque se detecta que son delitos a los cuales no aplica la medida, e inclusive podría utilizar una medida y no dar parte al juez dentro de las 24 horas, sino después. Todo lo cual provocaría falta de un control judicial oportuno. Por todas estas anomalías que podrían suscitarse somos del criterio que, previo a utilizar una medida de investigación tecnológica, se debería obtener la autorización judicial so pena de que todo lo actuado devenga en una causa ilícita de prueba.

Para nosotros no existe impedimento para no obtener la autorización judicial, puesto en la actualidad los medios tecnológicos lo permiten, al menos consideramos que hasta que se envíe la solicitud de autorización, una opción sería, mediante una llamada telefónica poner en conocimiento al juez para que este autorice de forma provisional la intervención por motivos de urgencia. En tal sentido debería crearse una unidad judicial con jueces penales que hagan turnos las 24 horas. De esta manera se sabría de forma cierta el día de implementación de la medida, y, por ende, desde ahí se computará las 24 horas para remitir la respectiva solicitud de autorización al juez a fin de que éste la ratifique o la deje sin efecto. Pensamos que la utilización de una medida de investigación tecnológica, sin previa autorización judicial, podría ser factible ya sea para los casos de delitos flagrantes, pues en estas situaciones no se puede esperar, sino que se debe actuar en el mismo instante si se quiere evitar el cometimiento del delito, o para situaciones de afectaciones leves como por ejemplo un cacheo rutinario, seguimiento en lugares públicos, entre otros, pero menos cuando se trate de afectación grave.

También encontramos que la Fiscalía se encuentra legitimada para tomar ciertas medidas limitativas del derecho a la intimidad. Es así que puede intervenir agendas o dietarios del investigado, esto daría a entender como lo establece la Fiscalía, que en el ordenamiento español, no existe exclusividad jurisdiccional para la adopción de medidas limitativas del derecho a la intimidad[374].

Sobre este criterio en parte estamos de acuerdo, dado que, al no existir reserva judicial para la afectación del derecho fundamental a la intimidad, la Fiscalía como organismo encargado del ejercicio de la acción penal en defensa de los intereses de la colectividad, puede realizar determinadas diligencias de investigación, que si bien afectan el derecho a la intimidad,

[374] Circular 4/2013, Sobre Diligencias de Investigación. Fiscalía General del Estado, disponible en: https://www.fiscal.es/memorias/memoria2014/FISCALIA_SITE/recursos/cir_inst_cons/circular_4_2013.pdf, (última visita 20/05/2020).

por ser consideradas intromisiones leves como por ejemplo gravar personas o cosas en espacios públicos, hacer vigilancias y seguimientos de personas en lugares públicos, acceso a la agenda de un celular, siempre que exista una situación de urgencia, se admite su legitimidad constitucional, bajo la condición de que se respete las exigencias dimanantes del principio de proporcionalidad[375]. Sin embargo, de lo antes mencionado, discrepamos que por existir cierta tolerancia en la afectación del derecho a la intimidad, se sostenga la ausencia de exclusividad jurisdiccional para la adopción de medidas limitativas que afectan este derecho. Una cosa es tolerar ciertas injerencias leves en este derecho, y, otra es que se prescinda totalmente de este requisito. Si prescindimos de la autorización judicial para todos los casos de injerencia en el derecho a la intimidad, se pondría en grave riesgo el respeto de este derecho fundamental, por lo tanto, todo el trabajo investigativo realizado con dicha medida sería causal de ilicitud probatoria.

Este punto de vista lo fundamento en el hecho de que, si las medidas de intervenciones tecnológicas se realizan dentro de un proceso penal, por lo tanto, la dirección del mismo debe estar a cargo de una autoridad judicial, en tal virtud va a ser éste, quien por mandato constitucional tenga la exclusividad de la potestad jurisdiccional[376]. En razón de aquello todo lo tramitado o realizado dentro de la investigación penal, debe ser decretado por el juez competente de la causa; y, con mayor razón cuando se trata de una injerencia a un derecho, en donde la autoridad judicial es la única facultada para autorizar el sacrificio de un derecho fundamental[377].

Para culminar con este aspecto, encontramos que el Tribunal Supremo español, ha considerado que de la nota de judicialidad dimanan ciertas consecuencias siendo una de ellas el de la exclusividad de la autoridad judicial competente para autorizar el sacrificio del derecho fundamental a la intimidad[378]. De esta manera queda claro que la exclusividad jurisdiccional es

[375] STC 115/2013, 9 de mayo de 2013.
[376] De conformidad con la Carta Magna española: "El ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan". Art. 117. 3. Constitución Española.
[377] "El ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan". Art. 117. 3. Constitución Española.
[378] Sentencia Tribunal Supremo 823/2013 de 5 noviembre de 2013. Igual sentido se han pronunciado en las STSS 735/2013 de 10 octubre de 2013, 695/2013 de 22 de julio de 2013, 427/2013 de 10 de mayo de 2013, y 269/2013 de 27 de mayo de 2013.

la regla, y, por ende, solo en determinados casos de injerencia leve, se admite la afectación del derecho a la intimidad sin necesidad de autorización previa.

Por nuestra parte consideramos que la autorización judicial se debería respetar para los casos de urgencias, permitiéndose la intervención del derecho únicamente para afectaciones leves como por ejemplo un cacheo rutinario, seguimiento en lugares públicos, entre otros, menos cuando se trate de afectación grave, pues como dejamos explicado existen determinadas situaciones en las que la autorización posterior no cumple su función garantista para el derecho afectado.

2.1.1. La solicitud. Contenido

El procedimiento de la adopción de una medida empieza con la solicitud de autorización realizada por el Ministerio Fiscal o la Policía Judicial, no obstante, su iniciativa puede ser también de oficio[379]. Es importante señalar que cuando la ley menciona "Policía Judicial" se lo debe entender en un sentido amplio, esto es, se debe incluir en dicho concepto a las policías autonómicas como al Servicio de Vigilancia Aduanera, cada uno de ellos en los casos y según el alcance señalado en las leyes y desarrollado en la jurisprudencia del Tribunal Supremo[380].

En relación a la autorización de la medida de oficio, cabe señalar que esta posibilidad en el sistema jurídico español se justifica, por cuanto el sujeto que instruye y funge como último responsable de la investigación es el juez. BUENO DE MATA, es uno de los defensores de la figura del juez instructor, y, contrario al fiscal instructor, pues la dependencia orgánica y estatutaria, cuya directriz emanan de la Fiscalía General del Estado, quien a su vez tiene como máxima autoridad al Fiscal General, nombrado por el gobierno, pone en evidencia una clara injerencia del ejecutivo dentro de este organismo, lo cual generaría dudas a la hora de aplicar una medida de investigación tecnológica que podría ser utilizada con fines políticos. En tal sentido piensa que más adecuado por su imparcialidad e independencia, es seguir manteniendo para estos casos la actual figura del juez instructor[381].

[379] En efecto, revisando la ley podemos notar que el juez también puede de oficio autorizar la medida sin necesidad de petición de parte. Art. 588 *bis.* b LECrm.
[380] Circula 1/2019, Fiscalía General…, *op. cit.*
[381] BUENO DE MATA, F.: *Las diligencias de investigación penal*…, *op. cit.*, pp. 30-31.

Nosotros por el contrario pensamos que un juez instructor pertenece al viejo sistema inquisidor, hoy en la mayoría de países superado. El moderno proceso penal[382] requiere de sujetos procesales claramente diferenciados en sus funciones, por un lado, el fiscal encargado de dirigir la investigación penal como titular de la acción penal pública; por otro, el investigado o encausado, reconocido ahora como sujeto de derechos y garantías inalienables ubicado en posición de igualdad con su acusador, pudiendo resistir la imputación, ejerciendo el derecho de defensa; y por último, el juez como órgano neutral y decisorio del proceso penal[383]. Si quisiéramos resumir el actual sistema procesal penal diríamos que este se caracteriza por la diferenciación de tres funciones, la función de acusación, la de defensa y la de juzgamiento.

Al tener, el juez, la posibilidad de adoptar la medida de oficio, éste se convierte en juez y parte, en tal sentido pierde su imparcialidad al no brindar unas garantías mínimas para el justiciable. Su actual función resulta contradictoria, por un lado, tiene la obligación de investigar el ilícito para encontrar la verdad procesal; y, por otro debe garantizar el respeto de los derechos del investigado. Para nosotros un juez que autoriza la medida de oficio pierde su objetividad, puesto si lo hace es porque cree que su decisión es acertada; por lo tanto, desde su punto de vista, aun siendo la medida ilegal, para él será legítima. Es por esto que creemos que el juez no debería adoptarla de oficio, sino a instancia de parte[384], pues caso contrario, su figura de juez garantista puede ceder a favor de los resultados de la investigación, con la cual se encuentra comprometido.

---

[382] El actual sistema procesal penal, deja a un lado la figura del juez investigador y se encomienda esta función a la Fiscalía. De tal suerte que en la actualidad se cuenta con un juez imparcial, autónomo e independiente, cuya misión principal es la de tutelar la presunción de inocencia y el derecho a la defensa del imputado, controlando para ello la investigación dirigida por el Ministerio Fiscal como las pesquisas realizadas por la policía, todo esto en resguardo de las garantías constitucionales que le asiste a todo ciudadano incurso en un proceso penal. De esta manera se aparta al juez de toda actividad relacionada a la investigación penal y se la concede de forma exclusiva al Ministerio Fiscal, con lo cual se consigue imparcialidad, ecuanimidad y neutralidad del juzgador al separar las labores investigativa del delito de las jurisdiccionales que son inherentes a la instrucción del proceso penal y su posterior enjuiciamiento. NUÑEZ VÁSQUEZ, J.: *Tratado del proceso penal y del juicio oral, tomo I. Introducción al estudio de proceso penal*, Editorial jurídica de Chile, Santiago, 2003, pp. 22-25.

[383] MARTÍNEZ GARNEL, J.: *"Derecho procesal penal en el sistema acusatorio y su fase procedimental oral. (Mitos, falacias y realidades)"*, Porrúa, México, 2011, p. 88. Véase también MAIER, J.: *Derecho procesal penal. I. Fundamentos*, Editores del Puerto s.r.l., Buenos Aires, 2004, p. 444.

[384] Catena Moreno señala que es necesario ubicar al juez en un diseño más apropiado del proceso penal, esto es que únicamente intervenga como garante de los derechos fundamentales y dejando la iniciativa y la responsabilidad de la investigación de los delitos de acción pública al Ministerio Fiscal y como órgano auxiliar de éste a la policía judicial como acontece en los países de la Unión Europea. MORENO CATENA, V. y CORTÉS DOMÍNGUEZ, V.: *Derecho procesal penal,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 260.

Por otra parte si la potestad de solicitar una medida quedara en manos de la Fiscalía como órgano acusador y director de la investigación penal, no significa que se le daría patente de corso, para según su antojo, utilizar una medida invasiva de derechos fundamentales, puesto que en todo momento sus actuaciones que incidan en un derecho de las partes, deberán ser sometido a conocimiento del juzgador, quien como garante del debido proceso verificará si la solicitud cumple o no con los presupuestos legales para su autorización. Como podemos ver aún teniendo la Fiscalía dependencia del ejecutivo, por ser nombrado por este organismo, sus actuaciones dentro de un sistema procesal penal moderno, siempre están sometidas al juez de garantías penales.

Finalmente, la ley no se refiere a otros sujetos que sean la Fiscalía, Policía Judicial o el propio juez, lo cual haría entrever que esta posibilidad es sólo para sujetos públicos, mas no para las partes privadas. No obstante, hay quienes consideran que, si bien la ley no lo expresa, esto no es óbice para que lo puede solicitar la acusación particular, pasando en este caso a convertirse la actuación en secreta para las partes, excepto para el Ministerio Fiscal[385]. BUENO DE MATA, coincide con esta idea y basado en el art. 24 CE, sostiene que el acusador particular o el acusador popular pueden en los casos de cualquier delito público, solicitar al juez una medida de investigación tecnológica, sin que se lo haga saber a la parte contraria[386]. Para ser viable esta posibilidad, las partes antes mencionadas, deberán proponer al juez la aplicación de algunas de las medidas, quien, de aceptar la propuesta, autorizará su adopción, sin estar obligado a notificar a la parte acusadora hasta que se levante el secreto de la medida. Esto tiene sentido porque como luego veremos el secreto de la ejecución de las medidas de investigación tecnológicas es una exigencia legal para alcanzar los objetivos trazados en la investigación, de ahí que únicamente conocerán de la medida el Ministerio Fiscal y la Policía Judicial, quedando excluidos los otros sujetos procesales quienes recién conocerán de la actuación una vez fenecido el tiempo autorizado para el uso de la medida.

[385] DELGADO SANCHO, C.: *Guía práctica sobre la protección de los derechos fundamentales en el proceso penal*, Colex, A Coruña, 2019, p. 183. Criterio que también lo sostiene Barrio Andrés, quien piensa que inclusive esta posibilidad la podría ejercer otros sujetos legitimados como pude ser el abogado del Estado o el letrado de la Comunidad Autónoma en delitos contra la Hacienda Pública. BARRIO ANDRES, M.: *Delitos 2.0…, op. cit.*, p. 196.

[386] BUENO DE MATA, F.: *Las diligencias de investigación penal…, op. cit.*, p. 40.

En relación a la solicitud resulta muy acertado que el legislador no haya dejado su contenido al libre albedrio del peticionario. En tal sentido se ha establecido algunos aspectos formales que deben ser tenidos en cuenta por el legitimado activo al momento de solicitar una medida, los cuales procederemos analizar[387].

2.1.1.1. La descripción del hecho y la identidad del investigado o de cualquier afectado

Es importante que en la solicitud se describa el ilícito a ser investigado, de esta manera el juez podrá verificar si el delito corresponde a algunos de los calificados por la ley para soportar la medida. La policía deberá revelar al juez de forma exhaustiva toda la información recopilada durante el curso de la investigación previa, sin ocultar nada relevante que impida a la autoridad judicial tomar su decisión[388].

Así mismo la identificación del sujeto afectado tiene relevancia, pues como sabemos el uso de medidas tecnológicas no puede ser dirigidos con carácter general, por eso se debe proporcionar datos que permitan saber a quién se va a afectar con la medida. Por otra parte es adecuado que la ley dé la posibilidad de solicitar la medida aún en los casos que no se sabe la identidad del investigado, de suceder lo contrario se pondría en riesgo la utilidad de estas modernas herramientas tecnológicas; y, por ende la eficiencia de la investigación penal, sobre todo cuando se trata de frenar a cierto tipo de criminalidad como la delincuencia organizada, donde es muy difícil conocer la identidad de los miembros y mucho más de los líderes de la organización, puesto que en el mundo del hampa lo normal es ser identificado por sobrenombres o alias, lo cual complica mucho su identificación. Uno de los fines de la investigación penal es identificar a los presuntos responsables de un ilícito, de ahí que no sería sensato exigir en todos los casos la identificación del sujeto sobre quien va a recaer la medida restrictiva.

Lo anterior es concordante con el criterio del Tribunal Supremo que ha señalado que: "la previa identificación del titular de un número que luego resulta intervenido no es indispensable para la legitimidad de la injerencia (…)[389]. La doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional, también se ha pronunciado sobre la necesidad de identificación de las personas

[387] La regulación de este tema está en el art. 588 *bis* b. Encontramos que aquí se establece un mínimo de ocho requisitos obligatorios, sin perjuicio que se pueda agregar otros.
[388] OTAMENDI ZOZAYA, F.: *Las últimas reformas de la Ley de Enjuiciamiento Criminal…op. cit.*, p. 108.
[389] STS 712/2012 de 26 de septiembre de 2012.

investigadas, considerando que se puede solicitar una medida en contra de una persona inicialmente no identificada para identificarla[390]. Por lo tanto, de darse esta circunstancia no significaría estar en presencia de una indeterminación subjetiva[391], cosa que es proscrita por la ley.

2.1.1.2. Justificación de la necesidad de la medida y de los indicios de criminalidad

Este requisito exige al solicitante tomar en cuenta los principios rectores establecidos en la actual norma, por lo tanto, deberá explicar al juez porqué la medida solicitada es necesaria, adecuada, e imprescindible para la investigación del caso, puesto que las otras medidas, por las características especiales del delito investigado, resultan insuficientes, a tal punto que de no otorgarse la medida, la investigación no podrá conseguir su objetivo o éste será muy difícil de conseguirlo. Como nos podemos dar cuenta el solicitante de la medida debe persuadir al juez detallándole todas las dificultades que representa investigar un delito con los medios tradicionales, y por ende, el empleo de una medida tecnológica, es la solución más efectiva para alcanzar los fines propuestos en la investigación. En todo caso una exposición detallada permitirá al órgano judicial valorar con mayor facilidad si la autorización de la medida solicitada supera o no el juicio de proporcionalidad.

En relación a los indicios de criminalidad recabados durante la investigación previa, la ley exige "indicios", palabra derivada de la voz latina *indicium* y esta a su vez de la derivación de *indicere* cuyo significado es indicar, hacer conocer algo[392]. JAUCHEN EDUARDO lo entiende como un acontecimiento o hecho probado que mediante un razonamiento lógico permite inferir la existencia o inexistencia de otros[393]. De acuerdo a lo expresado comprendemos por indicio a un hecho conocido que mediante una operación lógica-crítica nos permite inducir un hecho desconocido.

Explicado como ha quedado lo que se debe entender como indicio, debemos ahora conocer qué clase de indicios son los requeridos para solicitar una medida de investigación tecnológica. Como la norma no lo expresa, tenemos que recurrir a la jurisprudencia del Tribunal

[390] STC 220/2009 de 21 de diciembre de 2009.
[391] STC 150/2006 de 22 de mayo de 2006.
[392] DEVIS ECHANDÍA, H.: *Teoría de la prueba judicial*, Tomo II, Temis S.A., Bogotá, 2002, p. 587.
[393] JAUCHEN, E: *Tratado de la prueba en materia penal*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2009, p. 30.

Supremo. Para este organismo, estamos en presencia de un indicio cuando se proporcionan datos o elementos que visto de forma objetiva justifican la sospecha. Entonces quien solicita una medida no lo debe hacer basado en la sospecha ni en su convicción de que se ha cometido o se está perpetrando un delito o que tal o cual sujeto es el responsable del mismo. Tal razonamiento nos permite expresar que la ley prohíbe solicitar una medida basada en elucubraciones o suposiciones policiales sobre el delito y sus responsables. Por el contrario, éste debe aportar información objetiva, accesible por terceros, demostrable y seriamente sugestiva tanto de la ejecución de la infracción como de la participación del investigado, y que además se encuentre a disposición del juzgador en el instante previo a tomar la decisión, de tal forma que el juez lo conozca y tenga la posibilidad de valorarlo[394].

Tomando como base esta sentencia podemos señalar que un indicio será válido para solicitar una medida, si cumple con los siguientes requisitos: deben ser datos objetivos que justifiquen la sospecha del hecho y sus participantes; deben ser accesibles a terceros y verificables; y, tienen que estar disponibles al juez en el momento previo a su decisión.

2.1.1.3. Los datos de identificación del investigado o encausado

De la lectura del presente supuesto se desprende una contradicción con el requisito primero establecido en la actual ley, la cual permite solicitar la medida, aunque se desconozca la identidad del investigado, mientras éste exige que la solicitud contenga los datos de identificación del investigado o encausado. Esta circunstancia puede significar un grave obstáculo para la investigación penal, sobre todo cuando se trata de averiguar delitos cometidos por sujetos que utilizan medios electrónicos de comunicación o actúan bajo el anonimato del mundo virtual. En estos casos, difícilmente la policía contará con datos precisos de la identificación de los presuntos responsables; siendo más bien la medida, la herramienta idónea para conseguirlos[395]. Entonces, bajo estos parámetros, no se puede exigir una identificación exacta del investigado, aquí lo que cabría es proporcionar, por parte del solicitante de la medida, los datos que por lo menos se aproximen a la individualización del sujeto. En efecto, existirán

[394] STS 788/2017, 7 de diciembre de 2017.
[395] LÓPEZ CAUSAPÉ E.: *Las medidas de investigación tecnológica en la ley de enjuiciamiento criminal tras la reforma de la lo 13/2015 de 5 de octubre. referencia a las disposiciones comunes,* Boletín Digital, número especial Monográfico Derecho Penal núm. 6, 2016, Ed. AJFV, Zaragoza, p. 6.

muchas ocasiones que se pida la medida porque no se conoce la identidad del presunto responsable del hecho criminoso, por tal motivo, a nuestro juicio, siendo la instrucción preliminar la fase inicial del proceso en donde una de las finalidades es la de comprobar la presunta comisión de un delito e identificar a sus posibles responsables[396], este requisito no debe exigirse para todas las medidas.

2.1.1.4. La extensión de la medida con especificación de su contenido

Con este requisito se obliga al peticionario a señalar de forma puntual, según la medida a ser utilizada, cuáles son los aspectos relacionados al derecho fundamental intervenido que van a ser afectados, para lo cual deberá especificar, por ejemplo, si se refiere a una intervención telefónica deberá consignar los datos referentes al número IMEI o IMSI, el tiempo al que ha de extenderse la medida. De igual forma se hará conocer los tipos de datos a ser solicitados a las operadoras[397], pues si no se especifica este aspecto daría lugar al acceso generalizado de datos, lo cual convertiría a la medida en desproporcionada. Si se trata de una captación y grabación de comunicaciones orales directas, deberá señalarse con precisión el lugar o dependencias donde se vaya a ejecutar la medida, al igual que el número de uno o varios encuentros concretos en donde se piensa emplear la medida.

2.1.1.5. La unidad investigadora de la Policía Judicial que se hará cargo de la intervención

Esto reviste importancia para efectos del control judicial, de tal suerte que el juzgador podrá saber a quienes se les confía el uso de las medidas, por lo tanto, en caso de cualquier abuso o inapropiada utilización de las mismas, estarán sujetos a las responsables de acuerdo a la ley. Con esto también se consigue evitar que el derecho fundamental del afectado con la medida, no se vea expuesto a una intromisión generalizada por todo el cuerpo policial, sino que

[396] La LECrim en su art. 299 expresa: "Constituyen el sumario las actuaciones encaminadas a preparar el juicio y practicadas para averiguar y hacer constar la perpetración de los delitos con todas las circunstancias que puedan influir en su calificación y la culpabilidad de los delincuentes, asegurando sus personas y las responsabilidades pecuniarias de los mismos".
[397] OTAMENDI ZOZAYA, F.: *"Las últimas reformas de la Ley de Enjuiciamiento Criminal…*, *op. cit.*, p. 110.

únicamente quede en manos de una unidad investigadora específica[398]. Nótese que la ley exige la unidad investigadora de la policía judicial, mas no el nombre concreto del agente asignado para tal efecto. En razón de esto, se debe tener claro que la determinación del agente no constituye un requisito para la aplicación de la medida, por lo tanto, su omisión no es causa de ilegalidad[399].

2.1.1.6. La forma de ejecución de la medida

Conforme al título de este apartado se debe señalar todo lo atinente a la forma de ejecución o desarrollo de la medida. Esta no será igual en todos los casos, pues variará según la naturaleza de cada una de ellas[400]. Es así por ejemplo que en el caso de tratarse de una interceptación telefónica su ejecución se llevará mediante el uso del Sistema de escucha telefónicas del Ministerio del Interior (SITEL), por ser el sistema encargado de realizar las escuchas[401].

2.1.1.7. La duración de la medida que se solicita

La medida no puede ser utilizada sin determinación de un periodo de tiempo, puesto se está afectando un derecho fundamental, por lo tanto, la regla básica es la de no exponer la intromisión de éste a una prolongación más allá de lo indispensable[402]. En tal virtud el solicitante no sólo debe señalar la duración de su uso, sino además fundamentarla.

La duración de conformidad a la actual ley difiere según la medida, en esta norma encontramos establecidos periodos máximos con sus respectivas prórrogas, en razón de aquello el solicitante no podrá exceder dichos periodos, pero en cambio sí podrá pedir tiempos más cortos a los previstos en la norma.

---

[398] SANTOS MARTÍNEZ, A.: *Medidas de investigación tecnológica en la instrucción penal, …op. cit.*, p. 91.
[399] VELASCO NÚÑEZ, E., y SANCHIS CRESPO, C.: *Delincuencia informática..., op. cit.*, p. 326.
[400] OTAMENDI ZOZAYA, F.: *Las últimas reformas de la Ley de Enjuiciamiento Criminal…, op. cit.*, p. 110.
[401] VELASCO NÚÑEZ, E., y SANCHIS CRESPO, C.: *Delincuencia informática. Delincuencia informática..., op. cit.*, p. 327.
[402] SANTOS MARTÍNEZ, A.: *Medidas de investigación tecnológica…, op. cit.*, p. 91.

2.1.1.8. El sujeto obligado que llevará a cabo la medida, en caso de conocerse

Cuando la ley se refiere a sujeto se debe entender tanto al público como al privado, cuya participación se necesita para ejecutar la medida de investigación[403]. De manera general el sujeto obligado que llevará a cabo la medida será, según el caso, todos los prestadores de servicios de telecomunicaciones, cualquier persona que auxilie a facilitar comunicaciones; así como los titulares o responsables de sistemas informáticos o bases de datos[404].

Por otra parte, la expresión "en caso de conocerse" da a entender que se podría prescindir del nombre del sujeto que la llevará a cabo, lo cual resulta contradictorio, debido a que si éste es necesario para el cumplimiento de la medida, al desconocerse su identificación, dificultará la investigación, pues el juez no sabrá a quien dirigir los oficios judiciales, ni tampoco, en caso de incumplimiento, podrá establecer las respectivas sanciones a la persona o entidad encargada de colaborar[405]. Para evitar este inconveniente lo lógico sería conseguir previamente la identificación del sujeto obligado a cumplir con la medida y luego remitir la solicitud al juez.

2.1.2. La resolución judicial

Una vez receptada por parte del juez la solicitud de la medida y analizada la misma, mediante auto motivado, autorizará o negará la intervención[406]. Sobre esta parte notamos dos exigencias legales, la una es que la resolución debe ser mediante auto, lo cual es coherente si revisamos el art. 141 LECrim, el mismo que dispone que las resoluciones dictadas por los Juzgados y Tribunales, se denominarán autos en los casos de afectación de derechos fundamentales; por ende, como el uso de las medidas tecnológicas afectan esta clase de derechos, el título habilitante para viabilizar la intervención telefónica tiene que ser mediante auto. La otra exigencia es la motivación, que, si bien en la Constitución española no se exige para los autos, sino únicamente para las sentencias, la ley (arts. 208.2 LEC y 248.2 LOPJ) y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, se han decantado por extender la obligación de motivar a este tipo de resoluciones judiciales[407]. En efecto en un Estado democrático las

[403] OTAMENDI ZOZAYA, F.: *Las últimas reformas de la Ley de Enjuiciamiento Criminal…*, *op. cit*., p. 110.
[404] SANTOS MARTÍNEZ, A.: *Medidas de investigación tecnológica…*, *op. cit*., p. 93.
[405] VELASCO NÚÑEZ, E., y SANCHIS CRESPO, C.: *Delincuencia informática. Tipos delictivos e investigación…, op. cit*., p. 329.
[406] Art. 588 *bis* c. LECrim.
[407] Véase al respecto la STC 14/1991, de 28 de enero de 1991.

autoridades no pueden actuar de forma arbitraria, y en ese sentido la motivación se constituye en una garantía de los derechos fundamentales de los ciudadanos, de manera que, sólo los podrá afectar si justifica de manera razonada, sólida y fundamentada por qué dicho sacrificio se consuma[408]. Desde este prisma, la motivación se convierte en una obligación constitucional para el juez y en un derecho fundamental para el afectado[409].

La motivación constituye un requisito constitucional[410]y legal imprescindible, tanto para el control *ex post* de la medida, que puede ser vía recurso directo[411], así como para justificar la indispensabilidad de la medida utilizada por el Estado en favor del *ius puniendi*. De esta forma la motivación judicial se constituye en la vía para conocer las circunstancias que facilitaron la admisión del sacrificio del derecho fundamental. Por otra parte, permite al encartado impugnar la sentencia condenatoria cuando ésta se ha basado en una medida de investigación ilegal cuya prueba carece de eficacia jurídica. Podríamos decir que principalmente la motivación permite ejercer el derecho de defensa del afectado[412], puesto al ser medidas adoptadas a espaldas del sospechoso, el control posterior le permitirá recién verificar si su adopción fue realizada en estricto apego del respeto de las garantías procesales que le asiste como ciudadano.

Como dijimos *supra* la motivación tiene que darse tanto para la admisión de la medida como cuando se la niega[413]. Esta circunstancia permite, por un lado, a los perjudicados con la medida, conocer sus fundamentos para poder impugnarla, si consideran que no cumplió los requisitos legales; y por otro, facilita al solicitante a conocer las razones de la negativa y poder subsanarla, a efectos de volverla a presentar. Esto último aspecto lo hemos agregado porque la LO 13/2015, no establece nada sobre el trámite a seguir en caso de denegación de la medida, por lo que procederemos a dar ciertas soluciones.

---

[408] El título habilitante de toda medida invasiva de derechos fundamentales, se base en la suficiente explicación que permite al afectado por la intromisión del derecho, tener compresión y conocimiento de las razones por las que tuvo lugar la vulneración. Í*dem*.
[409] STC 36/2006 de 13 de febrero 2006.
[410] La Carta Magna de España señala: "Las sentencias serán siempre motivadas y se pronunciarán en audiencia pública". Art. 120.3. C.E.
[411] CEDEÑO HERNÁN, M.: "Las medidas de investigación tecnológica. Especial consideración de la captación y grabación de conversaciones orales mediante dispositivos electrónicos", en *Nuevas tecnologías y derechos fundamentales en el proceso penal*, (Coord. CEDEÑO HERNÁN, M.), Arazandi, Navarra, 2017, p. 60.
[412] Tribunal Constitucional STC 167/2002, de 18 de septiembre.
[413] SANTOS MARTÍNEZ, A.: *Medidas de investigación tecnológica en la instrucción penal…*, *op. cit*., p. 84.

En virtud de dicha omisión toca remitirse a las reglas generales del régimen de los recursos para conocer cuál es la salida al respecto. Encontramos que cuando se quiere recurrir un auto, la regla general es mediante el recurso de reforma, y, frente a la resolución que se dé de la reforma, cabe interponer el recurso de apelación. Sin embargo, al tratarse de un auto relacionado sobre una solicitud de diligencias de instrucción, el artículo pertinente a ser aplicado es el 311 LECrim. De lo dispuesto en este último artículo podemos colegir que si el auto niega la autorización de la aplicación de una medida tecnológica de investigación, el solicitante podrá interponer el recurso de apelación de forma directa sin agotar previamente la vía de la reforma[414].

Al respecto debemos expresar que no es correcto permitir al solicitante recurrir la negativa del auto, pues a nuestro juicio estas medidas deben ser implementadas de manera rápida y secreta para el éxito de la investigación. Recordemos que con estas modernas herramientas se busca neutralizar a una modalidad delictiva que actúa con gran rapidez, tanto en la ejecución del delito, como en la eliminación de los elementos de pruebas. En razón de esto la ley reformatoria le otorga sólo 24 horas al juez para resolver sobre la medida; por lo que recurrir del auto, implicaría una demora en su aplicación e incluso pondría en riesgo la principal estrategia de estas medidas que es el secreto. Por otra, a nuestro entender, siendo el juez instructor un ilustrado técnico en derecho a quien se le ha entregado la facultad de garantizar los derechos fundamentales de todo sujeto sometido a un proceso judicial, es él y nadie más que él quien en base a un análisis profundo del principio de proporcionalidad, puede determinar si la solicitud pasa la prueba de este principio. En tal razón, como lo señalamos en líneas anteriores, si la solicitud es inadmitida por falta de una adecuada fundamentación, el peticionario puede volver a presentarla una vez satisfecho los requerimientos del juez. Por el contrario, si el juez ha considerado que existen otros medios aplicables menos gravosos para el derecho fundamental del investigado, pero igualmente idóneos para la investigación, no podrá insistir en la autorización de la medida por ser desproporcionada.

Conocida por parte del juez la petición de autorización, de acuerdo con la ley[415] deberá oír en audiencia al Ministerio Fiscal, claro está si la medida ha sido solicitada por la policía; caso contrario si es la misma entidad la solicitante, no tendría razón de llamar audiencia, puesto

[414] *Ibidem*, p. 80.
[415] Art. 588 *bis* c LECrim.

que en la misma solicitud se expone sus fundamentos del porqué considera necesario pedir la autorización de la medida. La resolución deberá ser dictada en el plazo de 24 horas, pero de estimar necesario el juzgador alguna ampliación o aclaración de la solicitud podrá interrumpir dicho plazo.

Debido a la importancia que cumple la motivación en la autorización de la medida, el legislador ha estimado pertinente evitar que ésta quede a criterio del juzgador, motivo por el cual ha trazado ciertos lineamientos de observancia obligatoria a ser tenidos en cuenta al momento de emitir el auto de la medida. De manera resumida la resolución judicial autorizante de la medida especificará al menos los siguientes requisitos: 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 necesaria; 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; y, 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[416].

En relación a los requisitos podemos señalar, por una parte, que si bien la actual ley establece ocho supuestos, estos no son de consignación obligatoria para todos los casos, como por ejemplo cuando se tratan de medidas de ejecución inmediata[417]. Por otra estos tampoco son los únicos, porque de la expresión "al menos" se desprende que el juez, según lo estime conveniente, podría agregar adicional a los anteriores, otros requisitos para reforzar la fundamentación del auto.

En definitiva, creemos que esta inclusión de requisitos para motivar el auto del juez vino a colmar los vacíos existentes en el anterior art. 579 que si bien en sus apartados segundo y tercero, establecía el requisito de la motivación judicial para el caso de las intervenciones de las comunicaciones, sin embargo, no señalaba cual debía ser su contenido. Hasta antes de la

[416] *Ibidem*, art. 588 *bis* c 3.
[417] OTAMENDI ZOZAYA, F.: *Las últimas reformas de la Ley de Enjuiciamiento Criminal…*, *op. cit.*, p. 113.

presente reforma estas lagunas fueron suplidas por la jurisprudencia, con lo cual se logró consolidar determinados criterios relacionados a las condiciones generales que debían observarse en toda resolución judicial para la legitimidad constitucional de las medidas restrictivas que afecten los derechos fundamentales[418] y que finalmente fueron recogidas por el legislador e incluidas en la actual LO 13/2015.

2.2. Secreto

Este es otro de los requisitos señalados en las reglas generales para este tipo de medidas, elemento que resulta necesario para el éxito de este tipo de investigación tecnológica enfocada principalmente a combatir una delincuencia sofisticada. En razón de esto, el legislador, ha optado por una declaratoria automática y tácita de secreto. En tal virtud, la solicitud de una medida tecnológica, así como sus actuaciones posteriores, necesariamente deberán se realizadas en una pieza separada y secreta[419]. Nótese que el secreto automático y tácito opera únicamente para la medida de investigación tecnológica, pero no para el resto de actuaciones procesales que podrán ser conocidas, excepto que se establezca lo contrario, en cuyo caso todo el proceso será completamente secreto[420]. De no suceder esto, se deberá notificar al investigado la parte del proceso no declarada como secreta, circunstancia que pondría en peligro la investigación. Ante tal eventualidad la Fiscalía General recomienda a los Fiscales considerar la necesidad de solicitar la declaratoria de secreto para todo el procedimiento sobre todo cuando su conocimiento por parte del investigado pudiera provocar el fracaso de las medidas[421].

La actual ley reformatoria 13/2015 no señala el tiempo que puede permanecer en secreto la medida de investigación tecnológica, en donde sí encontramos una referencia al respecto es

[418] Es así que podemos observar como el TS en el trascurso del tiempo implementó de una forma más completa los requisitos que debían contener la resolución judicial para autorizar una medida restrictiva: los elementos indispensables para realizar el juicio de proporcionalidad; los datos objetivos que constituyan indicios de la posible ejecución de un delictivo grave; los datos objetivos o inicios de la conexión entre la persona afectada por la intervención con los hechos investigados; los datos concretos de la actuación delictiva que permitan descartar que se trata de una investigación meramente prospectiva; la fuente de conocimiento del presunto delito; el número o números de teléfono que va a ser intervenido; el periodo de duración de la intervención; persona quién ha de llevar a cabo la medida; y por último, los períodos en los que deba darse cuenta al Juez de sus resultados a los efectos de que éste controle sus resultados según se vayan produciendo. STS 855/2013, de 11 de noviembre de 2013.
[419] Art. 588 *bis* d. LECrim.
[420] Esto sucede cuando se tratan de delitos públicos, en cuyo caso el juez instructor de oficio o a petición del Ministerio Fiscal o cualquiera de las partes, puede ordenar el secreto total o parcial del proceso. Art. 302 LECrim.
[421] Circular 1/2019, Fiscalía General…, *op. cit.*

en el artículo 302 LECrim, norma que establece como tiempo máximo un mes[422]. Sin embargo, esta norma no resulta aplicable a todas las medidas de investigación tecnológica. Recordemos que algunas de las medidas tienen estipulado una duración superior al mes sin contar las eventuales prórrogas[423]. La solución a este problema lo encontramos en la LO 13/2015, cuando establece que las actuaciones de las medidas de investigación se llevarán en pieza separada sin necesidad de acordarse de forma expresa el secreto. De tal suerte que la declaratoria de secreto puede ser por todo el tiempo de su duración, sin que esto incida en el periodo máximo establecido para los casos generales especificados en el Art. 302 LECrim que se justifica para: evitar un riesgo grave para la vida, libertad o integridad física de otra persona; o en su defecto para prevenir una situación que pueda comprometer de forma grave el resultado de la investigación o del proceso[424].

A diferencia de los casos generales, el secreto para las medidas de investigación tecnológicas, se sustancian en pieza secreta de forma automática, en otras palabras, no se necesita que el juez fundamente las razones del secreto. Aunque el secreto de las medidas de investigación tecnológica se rige a la LO 13/2015, un aspecto a tener en cuenta es que en relación a la culminación de la medida se debe estar a lo señalado en el art. 302 LECrim, el cual dispone que la conclusión de la medida deberá ser por lo menos diez días antes de la conclusión del sumario[425]. Esta disposición tiene mucha importancia para efectos del ejercicio del derecho a la defensa, si no se estableciera fecha límite para culminar el secreto, podría suceder, ya sea de forma intencional o inconsciente, que se espere hasta el cierre de la instrucción, para recién terminar con el secreto de la medida, situación que dejaría al investigado en indefensión por no tener acceso a los resultados obtenidos en su contra como consecuencia del uso de la medida de investigación tecnológica.

Como la ley no especifica si el secreto debe ser total o parcial, debemos entender que es para ambos casos. Por lo tanto, como la declaración del secreto de las medidas de investigación tecnológicas es automático, siempre producirá la interrupción de la instrucción. Circunstancia

---

[422] Artículo 302 de la LECrim. expresa: "… No obstante, si el delito fuere público, podrá el Juez de Instrucción, a propuesta del Ministerio Fiscal, de cualquiera de las partes personadas o de oficio, declararlo, mediante auto, total o parcialmente secreto para todas las partes personadas, por tiempo no superior a un mes…"

[423] CEDEÑO HERNÁN, M.: *"Las medidas de investigación tecnológica…, op. cit.*, p. 61.

[424] Art. 302 LECrim.

[425] *Ídem*: "…El secreto del sumario deberá alzarse necesariamente con al menos diez días de antelación a la conclusión del sumario…".

beneficiosa para los fines de estas modernas herramientas investigativa, que podrían verse frustradas si superaran los términos señalados para la práctica de la instrucción. De esta forma se acoplan los plazos de ciertas medidas tecnológicas que pueden superar los tiempos de práctica de la instrucción, minimizando los peligros que puede provocar la expiración de los tiempos de esta fase investigativa[426].

2.3. Duración, prórroga y control de la medida

2.3.1. Duración

La duración la fijará el juez, para lo cual deberá tomar en cuenta los límites generales y los específicos de cada medida. El límite general se encuentra determinado por el tiempo imprescindible para la consecución de los objetivos propuestos en la investigación penal[427]. A su vez los límites específicos son los determinados por la ley según la naturaleza de cada medida; por lo tanto, en ciertos casos, aunque el tiempo de autorización no alcance para la consecución de los objetivos investigativos, no podrán sobrepasar el límite de duración fijado por la ley. Es así que podemos encontrar medidas cuyo plazo máximo inicial será de tres meses, con posibilidad de prórrogas por periodos simultáneos de tres meses hasta un máximo de 18 meses[428]; en cambio encontramos otras como los registros remotos sobre equipos informáticos, que el tiempo es mucho menor, pudiendo prorrogarse únicamente hasta un tope máximo de tres meses[429]. Por lo que el uso de una medida, según su naturaleza, no podrá exceder dicho plazo por mas que no se haya conseguido el esclarecimiento del hecho, evitando de esta manera el uso desproporcionado de estas modernas medidas de investigación penal.

Es importante resaltar que en algunos casos la duración de ciertas medidas tiene una mayor incidencia en la afectación del derecho, piénsese en la interceptación del teléfono o en la utilización de dispositivos de seguimiento y localización y en el registro remoto sobre equipos informáticos; instrumentos tecnológicos de investigación que cada día van accediendo a nuevo contenido íntimo del intervenido; por lo tanto, fijar su duración exacta impide padecer al titular del derecho afectado un mal desproporcionado. En cambio, para otras medidas, como es el caso

[426] SANTOS MARTÍNEZ, A.: *Medidas de investigación tecnológica…, op. cit*., p. 98.
[427] Art. 588 *bis* e, 1. LECrim.
[428] *Ibidem*, art. 588 *ter* g.
[429] Art. 588 *septies* c. LECrim.

de la captación de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos, el trascurso del tiempo no produce una afectación intensa al derecho fundamental, dado que se utiliza la medida únicamente para gravar determinados encuentros que pudiera tener el investigado con terceros. De forma tal que el derecho se ve afectado cuando se dan los acontecimientos, previamente precisados por el juez, más no por el trascurso del tiempo[430].

2.3.2. Prórroga

En lo relacionado a las prórrogas siguiendo lo señalado en el art. 588 *bis* f. LO 13/2015, ésta deberá ser dirigida ante el juez competente por la Policía Judicial o el Ministerio Fiscal con la debida antelación a la fecha de expiración del plazo previamente concedido, en la cual consignará los informes detallados del resultado conseguido con la medida y dar las suficientes razones que justifiquen la prórroga de la medida. La importancia de enviar con antelación la solicitud radica en que se va a tener el tiempo suficiente para la tramitación del pedido sin temor a que alguna demora provoque la expiración del plazo y con ello el cese de todos los efectos de la medida[431].

No solamente la petición de prórroga de una medida corresponde a la Policía Judicial o al Ministerio Fiscal, ésta también puede ser autorizada de oficio[432], lo cual resulta lógico sostener, pues si puede inicialmente autorizar una medida por sí sólo, igualmente, según la evolución y lo resultados obtenidos de la investigación, podrá autorizar su continuación. En consecuencia, podríamos decir que el juez siempre podrá autorizar una prórroga, no obstante, la petición inicial la haya hecho el Ministerio Fiscal o la Policía Judicial. Es importante resaltar que la solicitud de prórroga no es exclusiva de la parte que pidió inicialmente la medida, pues la norma menciona la palabra "solicitante"; por ende, este sujeto puede ser el Ministerio Fiscal o la Policía Judicial. En otras palabras, no interesa quien fue el primero que solicitó la autorización de la medida[433], por lo tanto, la prórroga puede ser requerida por cualquiera de las dos entidades antes citadas.

---

[430] Circular 1/2019, Fiscalía General…, *op. cit.*
[431] Art. 588 *bis* e. 3. LECrim.
[432] *Ibidem*, art. 588 *bis* e.
[433] SANTOS MARTÍNEZ, A.: *Medidas de investigación tecnológica…, op. cit*. pp. 98-99.

Conocida la solicitud de prórroga, en donde se incluirá tanto un informe detallado del resultado de la medida, así como el fundamento justificativo de la continuidad de ésta[434], el juez, deberá resolver sobre el fin de la medida o su prórroga mediante auto motivado dentro del plazo de dos días, pudiendo solicitar aclaraciones o ampliaciones[435].

Para la prórroga, el juez debe cumplir con la misma rigurosidad de motivación realizada para la autorización de la medida, para ello deberá valorar los datos investigativos obtenidos hasta ese momento, y, explicar las razones que legitiman su continuidad. No es necesario nuevas razones para autorizar la prórroga, pueden ser las mismas, lo importante es motivar, aunque sean señalando que persisten las mismas razones anteriores; por lo tanto, no será suficiente con remitirse de forma tácita o presunta a la autorización inicial[436].

Sobre los requisitos del auto motivado de prórroga no dice nada la ley, por lo que siguiendo a SANTOS MARTÍNEZ [437], este auto debería contener por lo menos lo siguiente: 1) la utilidad de la medida y de su mantenimiento, siendo a nuestro juicio el principal requisito a tener en cuenta, porque como bien sabemos si una medida no está siendo útil o la misma es escasa en los objetivos de la investigación, deja de ser proporcionada con relación al derecho fundamental afectado con la medida, en consecuencia su prórroga no sería justificada. Habiendo superado esto pasaríamos al siguiente paso; 2) la persistencia de los elementos que justificaron su autorización inicial, permiten al juez conocer que los indicios objetivos sobre el delito y sus responsables no han variado, y, por ende, puede, el investigado, seguir soportando la afectación de su derecho con la prórroga; y, 3) los plazos de duración de la medida, tienen mucha importancia tenerlos presente a la hora de otorgar la prórroga, puesto que estos no pueden exceder del tiempo señalado por la ley, y de hacerlo todo lo obtenido con la medida no tendría ningún valor dentro del proceso por ser ilegal.

Por último, de conformidad con el art. 588 *bis* f.3 LECrim el tiempo de la prórroga no se inicia con su autorización, sino que para este efecto se debe esperar el vencimiento del plazo inicial acordado para la aplicación de la medida.

---

[434] Circular 1/2019, Fiscalía General …, *op. cit.*
[435] Art. 588 bis f. 2. LECrim.
[436] STC 145/2014 de 22 de septiembre de 2014.
[437] SANTOS MARTÍNEZ, A.: *Medidas de investigación tecnológica…, op. cit.*, p. 102.

2.3.3. Control

La función del juez dentro de un proceso penal en donde se ordenan medidas de investigación tecnológicas no se colma con la simpe formalidad de la autorización judicial, sino que, debido al desconocimiento de la aplicación de la medida, y con ello la imposibilidad de impugnarla por parte de quien la padece, exige un riguroso control judicial que debe comprender tanto el momento de su autorización, como el desarrollo y culminación de la misma. De tal suerte que con este control se suple en parte la indefensión del sujeto sometido a la medida y le garantiza sus derechos futuros. Por tal motivo el control no es solo un requisito de índole legal sino constitucional.

Una medida en donde el juez, una vez autorizada ésta, pierde la supervisión, control y desconoce sus resultados, convierte en ilegal la restricción del derecho fundamental, en tal razón su constitucionalidad queda afectada por falta de control judicial. Así lo reconoce el TC en su sentencia 166/1999, de 27 de septiembre[438] en donde se estableció que se afecta la constitucionalidad de la medida, cuando el juez no hace seguimiento del desarrollo y cese; y, desconoce el resultado obtenido en la investigación de la intervención telefónica. Entonces para que el control judicial sea una real garantía de los derechos fundamentales del investigado, debe cumplir con los siguientes objetivos: a) hacer seguimiento del desarrollo de la medida; b) evitar la extralimitación en la ejecución de la medida autorizada; c) impedir la indefensión del sujeto afectado por la medida[439]; y, c) conocer el resultado obtenido en la investigación[440]. En resumen, un buen control judicial abarca: inicio, desarrollo, conocimiento de los resultados y cese de la medida.

La forma de realizase este control es mediante la rendición de cuentas que debe hacer la unidad de policía encargada de la medida al juez instructor. La periodicidad de la realización del reporte policial dependerá de lo dispuesto por el juez[441]; por lo que éste deberá indicar la

[438] En años anteriores a la sentencia en mención, el TS ya se había pronunciado sobre este aspecto señalando que: "El control judicial efectivo, en el desarrollo y cese de la medida, es indispensable para el mantenimiento de la restricción del derecho fundamental, dentro de los límites constitucionales. El Juez que la autorice debe, en primer término, conocer los resultados obtenidos con la intervención". STC 49/1996, de 26 de marzo de 1996.
[439] Circular 1/2019, Fiscalía General …, *op. cit.*
[440] Por su parte BARRIO ANDRÉS, los simplifica en tres: seguimiento, la proscripción de extralimitaciones en la legitimación de la diligencia acordad, y, la evitación de cualquier clase de indefensión para el sometido a la intervención. BARRIO ANDRÉS, M.: *Delitos 2.0…, op. cit.*, pp. 210-211.
[441] Art. 588 bis g. LECrim.

forma y tiempo de la rendición de cuentas en la resolución inicial de autorización de la medida, sin ser necesaria su reiteración de darse futuras prórrogas[442].

Debemos resaltar que el incumplimiento de los plazos por parte de la policía en la rendición de cuentas no produce necesariamente la nulidad de la medida, siempre que el juez instructor, haya tenido información y conocimiento del resultado de la intervención[443]. Por lo tanto, si bien la falta de información en los términos establecidos por el juez puede provocar un déficit de control judicial, esto no conlleva en todos los supuestos a la nulidad de todo lo investigado, puesto que, si el juzgador está informado y conoce los resultados, aunque no con la periodicidad previamente establecida, de igual manera sigue ejerciendo control sobre la medida, que es lo exigido para tener como constitucional cualquier medida invasiva de derechos fundamentales.

2.4. Cese de la medida

El cese de la medida como hemos dicho es parte del control judicial. De conformidad con el art. 588 *bis* j. se desprende que el cese de la medida acordada procederá en los siguientes casos: 1) desaparición de las causas que motivaron su adopción, para ello el juez, deberá valorar mediante los informes policiales, si efectivamente las circunstancias que motivaron la medida han desaparecido; 2) cuando no se obtienen resultados, si no se consiguen resultados es porque la medida no útil para la causa, en tal razón debe terminar por no cumplir con el requisito de idoneidad; y 3) cuando se agota el plazo de duración, este requisito parece redundante pues finalizado el plazo toda medida de conformidad con la ley debe terminar, por lo tanto, el cese opera de forma automática[444]. Es importante que la ley haya determinado el cese automático de la medida por el trascurso del tiempo, con esto se evita una duración prolongada más allá de la obtención de sus fines o su utilidad. Si bien una vez vencido el plazo, la medida no producirá ningún efecto para la causa, es necesario que esto se declare mediante resolución judicial, con lo cual se hará conocer de forma expresa a los terceros colaboradores para que pongan fin a su actuación. Esta resolución judicial no exige al juez de una motivación similar a la de autorización o prórroga de la medida, y esto lo vemos correcto, porque el cese no implica

[442] Circular 1/2019, Fiscalía General …, *op. cit.*
[443] SSTS 90/2010, de 5 de febrero de 2010 y 250/2017, de 5 de abril de 2017.
[444] SANTOS MARTÍNEZ, A.: *Medidas de investigación tecnológica…, op. cit.*, p. 103.

afectación de un derecho fundamental, por el contrario, significa el fin de la injerencia del derecho fundamental del investigado.

A más de las anteriores causales, SANTOS MARTÍNEZ, agrega otras que, si bien no lo establece la ley, pero igualmente pueden dar lugar al cese de la medida, así por ejemplo cita la imposibilidad sobrevenida como puede ser el caso del fallecimiento del investigado, el traslado de éste a otro Estado o el descubrimiento por parte del afectado de la existencia de la injerencia[445]. En efecto resulta obvio que si muere el investigado la medida deberá cesar inmediatamente porque no habrá a quien investigar; así mismo si se traslada a un tercer país el sujeto afectado con la injerencia, por falta de competencia no se lo podrá seguir interviniendo; y, por cuanto el secretismo es la principal arma utilizada en este tipo de medidas para que éstas sean realmente efectiva dentro de una investigación, el conocimiento por parte del investigado convertiría estas herramientas en inútiles, por cuanto quien sabe que se lo está escuchando, siguiendo o vigilando tomará sus precauciones para ponerse a buen recaudo, evitando de esta manera ser descubierto y sancionado. Bajo estas circunstancias seguir aplicando una medida de investigación, no tendría ningún sentido y lo sensato es su cese inmediato[446].

2.5. Afectación de terceras personas

El mundo globalizado en el que vivimos y el uso de las tecnologías han hecho posible el acercamiento de las personas, por lo que hoy en día estamos en constante interacción los unos con los otros. Debido a esta circunstancia, el uso de una medida de investigación tecnológica, en la gran mayoría de los casos, va a afectar a terceros que no son parte directa de la investigación penal, pero que de una u otra manera tiene algún tipo de contacto con el investigado, ya sea por ser parte del delito, familiar, amigo, etc. En resumen, la afectación del derecho fundamental de un tercero puede producirse por estar vinculado con el delito investigado o cuando su intervención es casual o tangencial[447].

---

[445] *Ibidem*, p. 104.
[446] Este criterio se puede sustentar en lo señalado en el art. 588 *bis* g LECrim. cuando expresa: "…en todo caso, cuando por cualquier casusa se ponga fin a la misma". Esto deja claro que las causas señaladas para la cesación de la medida de investigación no es *numerus clausus*.
[447] SANTOS MARTÍNEZ, A.: *Medidas de investigación tecnológica…, op. cit.*, p. 107.

En razón de lo antes expresado, si bien la regla general es que la medida se dirige contra el investigado, en la gran mayoría de los casos, pueden afectar a terceras personas que tienen algún tipo de contacto con éste, situación que no es óbice para la aplicación de la medida, de suceder lo contrario sería prácticamente imposible su uso. Debido a estas circunstancias el legislador ha dispuesto en el art. 588 *bis.* h LECrim que las medidas de investigación tecnológicas podrán acordarse por el juez, no obstante, de afectar a terceros, en los casos y bajo las condiciones señaladas expresamente en las disposiciones específicas para cada una de las medidas, resolución judicial que deberá hacerse mediante motivación reforzada.

Para que un tercero pueda ser afectado por una medida de investigación tecnológica, se debe tener presente: la identificación del tercero, si fuere en ese momento conocido[448], y su afectación debe estar prevista en la ley. Como notamos la ley posibilita la utilización de la medida, aunque los datos del tercero no sean conocidos, esto es obvio, porque en la mayoría de los casos, si recién se conoce o se tiene ciertos indicios del responsable del delito, poco o nada se sabrá en los inicios de la investigación de otros sujetos sobre los cuales no pesa hasta ese instante ninguna sospecha; por lo que normalmente se desconocerá de su existencia. Como segundo elemento para justificar una intervención a un tercero es la previsión legal, la misma que debe incluir, dentro de la categoría de personas que pueden ser sometidas a una medida de investigación tecnológica, a los terceros. Así podemos encontrar que la medida de captación de imágenes en lugares o espacios públicos se pueden realizar, aunque afecte a personas ajenas a la investigación[449] o cuando las comunicaciones del investigado se realizan por terminales o medios de comunicación telemático pertenecientes a una tercera persona[450].

2.6. Utilización de la información obtenida en un procedimiento distinto y descubrimientos casuales

El legislador ha utilizado una buena técnica jurídica al incluir en un sólo título la información obtenida en un procedimiento distinto con los descubrimientos casuales, puesto que la utilización de las medidas tecnológicas dentro de una investigación penal, por lo secreta e

[448] Art. 588 *bis* c.3.b. LECrim.
[449] *Ibiem*, art. 588 *quinquies* a. 2.
[450] *Ibiem*, art. 588 *ter* c.

invasivas para los derechos fundamentales, sobre todo para aquellos relacionados con la privacidad, pueden dar lugar a conocimientos no buscados por el sujeto responsable de la medida, llamados por la doctrina como hallazgos casuales.

Aplicado a nuestro tema diremos que estaremos en presencia de un hallazgo casual cuando de forma accidental o imprevista se descubre una información, durante la aplicación de una medida de investigación tecnológica, debidamente autorizada por un juez, que revela la perpetración de un delito nuevo desconocido hasta ese instante, cuya evidencia puede ser aplicada a un proceso distinto.

En efecto al ser medidas que invaden el ámbito privado del investigado, da como resultado la revelación de datos íntimos, dentro de los cuales se encuentran los relacionados a la actividad delictual investigada, como otros en los que pudiera o se encuentre participando. Ante esta eventualidad latente, el legislador, ha optado, por una parte, por darle validez a la actuación mediante la cual se verificó el delito diferente al inicialmente autorizado; y por otra, facilitar la posible utilización de la información obtenida del proceso original a otro diferente.

Dentro de la jurisprudencia tanto del Tribunal Constitucional como del Tribunal Supremo, encontramos identidad de criterio en torno a la validez de los hallazgos o descubrimiento casuales. Estos organismos han señalado que el hecho de investigar un delito, el cual debe ser especificado en la solicitud de la medida, ya que como sabemos está prohibido la investigación prospectiva, no es obstáculo, para perseguir, en caso de descubrirse por casualidad, otro distinto al original, pues los policías están en la obligación legal de dar aviso a la autoridad penal competente cuando conozcan de cualquier hecho ilícito. En efecto como señala el TC, los policías no pueden cerrar los ojos cuando conocen de algún hecho de apariencia ilícita, a pesar que dichos indicios no correspondan a los de su investigación oficial, claro está siempre que mediante esta vía no se trata de burlar las garantías de los derechos fundamentales. Continúa señalando el Tribunal que el elemento probatorio así recabado se lo puede utilizar tanto en el procedimiento para el cual fue autorizado u otro distinto. En estos casos cobra vigencia la doctrina del hallazgo casual, con lo cual se legitiman las evidencias probatorias que de forma súbita aparecen en el trascurso de una investigación[451]. En resumen, de conformidad a la doctrina que estamos tratando, para que los indicios probatorios de un delito distinto al que

[451] STS 679/2019, del 13 de marzo, de 2019.

se está investigando sea válido para otro proceso, tienen que haber aparecido de forma inesperada, pues caso contrario se violaría el principio de especialidad y con ello todo lo actuado sería ilegitimo para los efectos probatorios del nuevo delito descubierto.

Las medidas de investigación tecnológicas no tienen un artículo específico para el tratamiento de la utilización de la información obtenida en un procedimiento distinto y descubrimientos casuales, ya que de conformidad a la LECrim, en el artículo 588 *bis* i, nos remite a lo dispuesto en el artículo 579 *bis* de la misma ley. Si revisamos el mentado artículo observaremos que los resultados de la detención y apertura de la correspondencia escrita y telegráfica podrá ser utilizado como medio de investigación o prueba en otro proceso penal. De lo dicho se desprende que los resultados pueden ser utilizados de dos formas: como medio de investigación o como prueba en otro proceso[452].

A nuestro juicio para que la utilización de la información obtenida en un procedimiento distinto tenga validez en otro diferente, al menos debe cumplirse con los siguientes requisitos: a) que la intervención de la medida de investigación tecnológica sea lícita[453]; b) deducir testimonios de los particulares necesarios para acreditar la legitimidad de la injerencia; y, c) aportar a la segunda causa los antecedentes necesarios para acreditar la legitimidad de la medida dentro de los que se deberá agregar como mínimo: la solicitud inicial para la adopción, la resolución judicial de autorización de la medida, así como todas las peticiones y resoluciones judiciales de las prórrogas, de ser el caso, recaídas en el procedimiento de origen[454].

En efecto si la información o prueba recabada de forma eventual, con ocasión de la aplicación de una medida de investigación tecnológica para un caso diferente, no fue autorizada conforme los requisitos constitucionales y legales, los resultados obtenidos con dicha intervención, no tendrán valor procesal alguno. Naturalmente nadie puede aprovecharse del dolo propio; puesto que, si la medida no era completamente lícita, mal puede el Estado utilizar la información obtenida con vulneración de los derechos fundamentales para iniciar un segundo proceso. Sorteado este primer requisito, los encargados de llevar a cabo la medida, deberán dar su testimonio para acreditar la legitimidad de la interferencia, así como para confirmar que la

[452] SANTOS MARTÍNEZ, A.: *Medidas de investigación tecnológica…, op. cit*., pp. 108-109.
[453] FUENTES SORIANO, O.: "La intervención de las comunicaciones tecnológicas tras la reforma de 2015", en *El nuevo proceso penal tras las reformas de 2015* (Dir. ALONSO-CUEVILLAS SAYROL), Atelier, Barcelona, 2016, p. 299.
[454] Art. 579 bis LECrim.

información obtenida se dio de forma eventual y no buscada. Y para finalizar, el testimonio, deberá estar debidamente acreditado con los respectivos sustentos, con lo cual se verificará que la medida y todo su procedimiento ha sido hecho dentro del marco normativo respectivo. Con esto último se consigue la certeza de que la medida ha sido lícita al mismo tiempo que permite el control judicial de ésta[455].

La falta de aportación al segundo proceso de los antecedentes legitimantes de la medida utilizada en el caso que dio origen al descubrimiento casual cobra relevancia al instante que una de las partes cuestiona la legitimidad de la utilización de la información obtenida en el procedimiento distinto. Efectos jurídicos que, si bien no los encontramos en la LECrim, sí los señala el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del TS de 26 de mayo de 2009. Al respecto este tribunal ha dispuesto que, en los procesos iniciados como consecuencia de la deducción de testimonios de una causa principal, la simple alegación de la parte de que la falta de la constancia legítima de las resoluciones antecedentes produce la nulidad de los hallazgos casuales obtenido con lo medida, no conlleva necesariamente a la aceptación de su impugnación de nulidad[456].

Contrario al antes mencionado criterio FUENTES SORIANO, opina que conforme se desprende del art. 579.2 *bis* LECrim, para la validez de los resultados de una intervención telefónica en otro proceso es necesario acreditar la legitimidad de la injerencia en el segundo procedimiento, puesto que esta norma exige el testimonio de los particulares, así como ciertos antecedentes indispensables relacionados a la solicitud de la autorización judicial y peticiones de prórrogas adoptadas en la causa precedente. En tal sentido piensa que carece de sentido la aplicación del Acuerdo del Pleno del TS de 26 de junio de 2009. Por lo tanto, si no se aporta la justificación de la legitimidad de la medida del proceso original, los resultados obtenidos que se pretende utilizar como prueba en la segunda causa, no serán válidos y no podrán ser valorados[457]. Entendemos nosotros que, según esta opinión, el encausado no necesita impugnar la prueba derivada del otro proceso, sino que la nulidad operaría por el simple hecho de no

[455] El Tribunal Supremo ha señalado que es obligación traer al juicio los presupuestos de actuación habilitantes de las intervenciones acordadas en el otro proceso para eliminar cualquier duda sobre la licitud de la medida, y de esta forma hacer posible el control juridicial y su fiscalización por los terceros afectados. STS 118/2015, de 3 de marzo de 2015.
[456] FUENTES SORIANO, O.: "La intervención de las comunicaciones tecnológicas…," en *El nuevo proceso penal… op. cit.*, pp. 300-301.
[457] *Ibidem*, pp. 304-305.

haberse agregado los antecedentes que respalden la legitimidad de la medida actuada en el procedimiento original.

Con un pronunciamiento diferente encontramos a BARRIO ANDRÉS[458] para quien, siguiendo a un sector de la doctrina, sostiene que las diligencias practicadas en otras causas son legítimas mientras no conste lo contrario. Por lo tanto, únicamente cuando el interesado impugne, en el momento procesal oportuno, la legitimidad del medio de prueba originado en otro proceso al que se quiere hacer valer, la parte que lo propone, deberá demostrar de forma contradictoria su legitimidad.

De la revisión en conjunto de los artículos 588 *bis.* i y 579 *bis.*, nos lleva a sostener que efectivamente el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del TS de 26 de mayo de 2009, que unifica los criterios jurisprudenciales sobre la utilización de los hallazgos, en la actualidad debe ser inaplicado, por existir claridad en la ley, la cual exige como requisito de validez, llevar al segundo proceso testimonio de los particulares para acreditar la legitimidad de la injerencia[459], pues esta es la única forma de ejercer el respectivo control judicial.

Sobre este aspecto encontramos que el Tribunal Supremo ha dejado en claro que cuando se trata de injerencias autorizadas en una causa de la cual se inicia otra, a pesar de no existir presunción de ilegalidad de las actuaciones realizadas en otro proceso, sí es necesario adjuntar al nuevo juicio los presupuestos de la actuaciones legitimantes de las diligencias acordadas en estos proceso, con lo cual, por un lado, se disipa la duda acerca de la licitud de las mismas, y por otro, se hace posible el control judicial y su fiscalización de los afectados en sus derechos fundamentales con la aplicación de la medida[460].

Con el fin de dar cumplimiento a lo antes expresado el Ministerio público ha dispuesto a sus fiscales que cuando el juez instructor no lo haga de oficio se inste para que se incorpore al segundo proceso los respectivos testimonios del proceso de origen. Diligencia que deberá tener presente desde el inicio sobre todo cuando la medida de intervención haya sido impugnada por los encausados[461].

---

[458] BARRIO ANDRÉS, M.: *Delitos 2.0. Aspectos penales, procesales y de seguridad…, op. cit.*, p. 213.
[459] Circular 1/2019 Fiscalía General …, *op. cit.*
[460] STS 271/2017, de 18 de abril de 2017.
[461] Instrucción 2/2017, de 28 de abril, sobre procesos incoados a raíz de la deducción de testimonios de una causa principal.

Observamos que la LECrim exige autorización judicial para la continuidad de la medida en el nuevo delito descubierto casualmente, debiendo constatar la diligencia de la actuación, valorando el marco en el que se originó el hallazgo casual y la imposibilidad de haber solicitado desde el inicio la medida de investigación para descubrir dicho hecho ilícito. De esta circunstancia se desprende que el legislador regula el descubrimiento casual del delito no conexo con el ilícito que se estaba investigando, y, por eso se genera un proceso nuevo. Mas sin embargo no dice nada sobre los hallazgos de delitos nuevos que son conexos con la infracción ilícita, por lo tanto, éstos no generarán de manera general el inicio de un proceso nuevo, sino que habrá una solo instrucción y un único juicio oral[462].

De lo estudiado hasta aquí podemos señalar que los hallazgos casuales pueden dar como resultado los siguientes descubrimientos: a) delitos conexos con los ilícitos que se están investigando con la medida; b) delitos de diferente especie a los inicialmente autorizados por el juez; y, c) delitos sancionados con penas inferiores a las establecidas por la ley para autorizar una medida. Como posible solución para los casos de hallazgos que revelan delitos conexos[463] ya sean estos de mayor, igual o inferior penalidad a los investigados por la medida en el proceso de donde surgió el descubrimiento casual, siguiendo el criterio de BARRIO ANDRES[464] podemos utilizar de manera combinada el principio de especialidad con el criterio de conexidad. Con esto se impide, por una parte, que el órgano de investigación penal utilice la medida de investigación tecnológica con fines prospectivos, y bajo el amparo de la doctrina de los hallazgos casuales ponga en práctica estas acciones ilegales. Y por otra, con la conexidad, al existir un vínculo entre el cometimiento del delito descubierto casualmente con el inicialmente autorizado, por economía procesal, se puede aplicar la misma medida de investigación tecnológica, sin afectarse el principio de especialidad.

En razón de lo manifestado, la aplicación de estos dos elementos permite utilizar los hallazgos casuales, sin afectar su eficacia como fuente o como prueba, pues al ser el mismo bien jurídico que ambos ilícitos atacan, la especialidad no se ve afectada, por lo que el hecho

---

[462] SANTOS MARTÍNEZ, A.: *Medidas de investigación tecnológica…, op. cit.*, p. 63.
[463] Art. 17 de la LECrim sobre los delitos conexos señala: "No obstante, los delitos conexos serán investigados y enjuiciados en la misma causa cuando la investigación y la prueba en conjunto de los hechos resulten convenientes para su esclarecimiento y para la determinación de las responsabilidades procedentes salvo que suponga excesiva complejidad o dilación para el proceso".
[464] BARRIO ANDRÉS, M: *Delitos 2.0. Aspectos penales, procesales y de seguridad…, op. cit.*, p. 214.

inicialmente autorizado para ser investigado con la medida cubre al descubierto eventualmente. En efecto si el delito descubierto es de la misma especie al denunciado, el principio de especialidad no se rompe, pues no se está produciendo una novación del tipo penal investigado[465], sino simplemente se está ampliando la investigación a otros aspectos de éste. En consecuencia, existiría un lazo con la infracción penal inicialmente autorizada con la intervención[466]. Este nexo lógico que une, a un delito con el otro de forma tan intima, justifica por conveniencia para el esclarecimiento y determinación de las responsabilidades originarias, la investigación y enjuiciamiento en un solo proceso.

En relación a los hallazgos que revelan delitos castigados con penas inferiores a los mínimos establecidos por la ley o son de naturaleza diversa para soportar una medida de investigación tecnológica, somos del criterio, que estos descubrimientos deben seguir el mismo tratamiento para los casos de las infracciones que no siendo conexas al ilícito penal que originó la medida, son de tal gravedad para soportar la misma. En otras palabras, lo correcto para estos tipos de hallazgos es la de utilizar la información como *notitia criminis,* a efectos de iniciar una nueva investigación independiente del proceso original de aplicación de la medida.

A su vez si con la medida destinada a la investigación de un tipo penal determinado, se detecta otro diferente, pero de igual o mayor pena o del mismo ámbito al inicialmente autorizado, todo lo descubierto casualmente en la otra investigación, podrá ser utilizada como medio de prueba, pues la gravedad del hecho revelado convalida la aplicación de la medida por ser ésta proporcional con el derecho afectado[467]. Nótese que, en este último supuesto, a más de servir lo recaudado ocasionalmente como *notitia criminis*, puede ser usado en el nuevo proceso penal como medio de prueba.

---

[465] Así lo ha matizado el Tribunal Supremo al señalar que no existe afectación al principio de especialidad si no existe novación del tipo penal investigado, puesto en estos casos lo que se da es una adición o suma del hecho casualmente descubierto al delito autorizado con la medida. TS 71/2017, 8 de febrero 2017.

[466] RICHARD GONZÁLEZ, M.: *Investigación y prueba mediante medidas de intervención de las comunicaciones, dispositivos electrónicos y grabación de imagen y sonido*, Wolters Kluwer, Madrid, 2017, p. 280.

[467] BARRIO ANDRÉS, M: *Delitos 2.0. Aspectos penales, procesales y de seguridad…, op. cit*., p. 215.

2.7. Destrucción de registros

Terminado el procedimiento de la medida mediante resolución firme se debe ordenar el borrado y la eliminación de los registros originales constantes en los sistemas electrónicos e informáticos[468]. Esta disposición es acertada por cuanto la aplicación de estas clases de medidas no sólo afectan al investigado, sino que también puede afectar derechos de terceros, de ahí que es necesario precautelar los derechos fundamentales afectados, borrando y eliminando los resultados una vez cumplida su finalidad. Eliminación que pensamos no es total, pues la ley señala que se deberá dejar una copia de los registros originales, los mismos que serán conservados por el Letrado de la Administración de Justicia.

De conformidad con la ley las copias serán destruidas si han transcurrido cinco años desde que la pena se haya ejecutado o cuando el delito o la pena hayan prescrito o se haya decretado el sobreseimiento libre o haya recaído sentencia absolutoria firme respecto del investigado, siempre que no fuera precisa su conservación a juicio del Tribunal[469]. En cuanto a esta última parte la norma no señala los casos en los que se podría conservar las copias, en tal virtud se deja a discrecionalidad del Tribunal, no obstante, esta decisión deberá adoptarse de forma extraordinaria y motivada, por ser la regla la de destruir las copias. Por último, sobrevenido alguno de los supuestos legales antes mencionados, los tribunales ordenarán a la Policía Judicial para que realice la destrucción de las copias.

Una vez revisados los principios y reglas comunes de las medidas de investigación tecnológicas pasaremos al estudio individualizado de cada una de ellas.

III. LA INTERCEPTACIÓN DE LAS COMUNICACIONES TELEFÓNICAS Y TELEMÁTICAS EN ESPAÑA.

Si tomas como referencias determinados delitos como el crimen organizado, lavado de dinero o terrorismo, notaremos que son infracciones que, para su ejecución, por regla general, requiere de una participación coordinada de cierto número de sujetos; es por esto que los medios de comunicación, especialmente el teléfono como el internet, son las herramientas necesarias

[468] 588 *bis* k, LECrim.
[469] *Ibide*m, 588 *bis* k.

para el éxito de sus operaciones delictivas; puesto que les permiten, sin importar el lugar donde se encuentren, mantener el control de sus operaciones y la repartición de roles entre sus miembros. Como podemos notar, estos instrumentos significan un elemento de gran ayuda para la delincuencia en el cometimiento de sus delitos. Pero a la vez es una de las mejores armas con las que cuenta la investigación penal para combatir los delitos, puesto que permite en ocasiones obtener información sobre los planes delictivos, con lo cual la policía puede adelantarse a sus acciones; y, en otras sirve para descubrir la perpetración de los ilícitos y a sus responsables. En tal razón para que estas medidas puedan ser eficaces, se las tiene que hacer sin conocimiento del afectado, de ahí que su aplicación implica una grave afectación a los derechos de los ciudadanos.

Según hemos expresado la comunicación es una conversación privada o reservada, realizada entre dos o más personas, que requiere siempre de un medio facilitado por un tercero para trasmitir un mensaje. Debido a los actuales avances tecnológicos la forma en la que nos relacionamos es muy amplia, es por eso que hoy, además de los medios tradicionales para comunicarnos como la carta, el fax, es posible utilizar métodos más modernos como son el teléfono y el internet. Debido a esta nueva realidad el concepto clásico de comunicación ha tenido que extender su objeto de protección hacia estas modernas formas que hasta hace poco parecían ciencia ficción. Es por esto que el objeto de protección del derecho fundamental a la comunicación no es cerrado, sino que queda la puerta abierta para cualquier forma de comunicación que aparezca en el futuro

Por cuanto la intervención de las comunicaciones comprende tantos los métodos clásicos como los tecnológicos, debemos advertir que dentro de nuestro análisis no tomaremos en cuenta a aquellos medios convencionales, sino que nos centraremos específicamente en el estudio de los medios más avanzados de comunicación como son las telefónicas y telemáticas; puesto que nuestra tesis se enfoca en las medidas de investigación tecnológica.

1. La intervención de las comunicaciones telefónicas

La intervención telefónica también conocida como escuchas telefónicas, es una medida instrumental invasiva del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, ordenada por un juez dentro de un procedimiento penal, cuyo objetivo es el de controlar las comunicaciones

realizadas entre particulares por vía telefónica y captar su contenido[470] , a fin de investigar un presunto hecho delictivo y obtener elementos de prueba para el proceso.

1.1. Antecedentes

Como lo dejamos anotado en líneas anteriores, su antecedente se encuentra en la Ley Orgánica 3/1988, de 25 de mayo de 1988, la misma que introdujo importantes cambios al Código Penal siendo uno de ellos la modificación al art. 579 de la LEJCrim, norma que, hasta antes de la presente reforma, sólo hacía mención a la intervención de la correspondencia escrita. Con esta ley se buscó resolver el problema que representaba la falta de una norma que regulara la aplicación de las intervenciones telefónicas en el proceso penal. Pero a pesar de su incorporación al ordenamiento jurídico como instrumento de investigación penal, este artículo resultaba exiguo para la aplicación de una medida tan invasiva del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, el mismo que no ofrecía una regulación clara en torno a la delimitación de los supuestos, condiciones y circunstancias en que podía autorizarse la interceptación de las comunicaciones. Todo esto daba como consecuencia que, en muchos de los casos, su uso fuera abusivo y arbitrario, situación que más de una vez, fue llevada ante el TEDH, que terminaron con sentencias condenatorias para el Estado español[471]. Pero los cambios más significativos en relación a este tema han sido los provenientes del ámbito jurisprudencial, motivados principalmente por la obligación de cumplir con los fallos adversos dictados por el TEDH en contra de España en relación a la medida de intervención de las comunicaciones. Sintetizando este proceso evolutivo jurisprudencial de las intervenciones telefónicas en España, tenemos tres etapas diferentes. La primera en la que el Tribunal Europeo expresa que el derecho interno español si bien cumplían con el requisito de accesibilidad, estaba ausente el requisito de la previsibilidad en sentido estricto. En la segunda el TEDH considera que, a pesar de contar España con una ley sobre la materia, esta es insuficiente y falta de calidad. Por último, en el caso Abdulkadir Coban vs. España, el Tribunal admite la tesis del gobierno

[470] GONZÁLEZ i JIMÉNEZ A.: *Las diligencias policiales y su valor probatorio,* Bosch, Madrid, 2014, p. 236.
[471] Como referencia véase el caso Bugallo vs. España, en este caso se objetó la nueva regulación vigente, por considerar el TEDH que dicha norma era insuficiente, por no cumplir con las condiciones exigidas por la jurisprudencia del Tribunal, especialmente en las sentencias Kruslig contra Francia y Huvig contra Francia, para evitar abusos del poder público en el uso de la medida de las escuchas telefónicas. STEDH Prado Bugallo contra España, de 18 de febrero de 2003.

español, esto es que el régimen legal para las intervenciones telefónicas, no sólo se norman de conformidad a los arts. 18.3 CE y 579 LECrim, sino además por los lineamientos y condiciones establecidos por la jurisprudencia principalmente del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional, con lo cual se colmaban requisitos de previsibilidad de la ley en sentido amplio[472]. En virtud de aquello se venía exigiendo una reforma urgente de la ley que colmara todos los vacíos en relación a la intervención de las comunicaciones. Reforma que demoró y tuvo recién su aparición el 2015, mediante la aprobación de la Ley Orgánica 13/2015.

1.2. Concepto

El concepto de la intervención telefónica es un tema que ha sido tratado en España de manera intensa tanto por la doctrina como por la jurisprudencia. En tal sentido pasaremos a revisar los principales conceptos dados en este tema.

LÓPEZ FRAGOSO[473], entiende a la intervención telefónica como una medida instrumental restrictiva del derecho fundamental a las comunicaciones privadas, ordenada en la fase instructoria de un proceso penal, por el juez competente de la causa en contra del imputado u otros sujetos del que éste se vale para comunicarse, con el objetivo de, mediante la captación del contenido de lo comunicado o de otros aspectos del proceso comunicativo, investigar, indagar tanto el delito como sus responsables, así como también, de ser el caso, conseguir pruebas para el juicio. Con una definición más completa encontramos la señalada por el profesor GIMENO SENDRA[474], quien, a más de considerar a la intervención telefónica como acto limitativo del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones autorizado por el juez en el curso de un procedimiento penal con relación con una infracción penal, agrega nuevas características como son que el delito debe ser de especial gravedad, además la autorización de la medida debe ser mediante un auto especialmente motivado, y, por último su aplicación será

[472] En las dos primeras sentencias (Valenzuela Contreras vs. España y Prado Bugallo vs. España), el Estado español fue sentenciado, mientras que el último de los casos, gracias al gran trabajo llevado a cabo por la jurisprudencia de los tribunales que colmaron los vacíos legales sobre las intervenciones telefónicas, España, salió bien librado. ORTÍZ PRADILLO, J.: "*La investigación del delito en la era digital. Los derechos fundamentales frente a las nuevas medidas tecnológicas de investigación",* Fundación Alternativa, Estudio de Progreso, núm. 74, 2013, p. 29, disponible en https://www.fundacionalternativas.org/public/storage/actividades_descargas/5a687574bb9f245b66286372359596d4.pdf, (última visita, 15/10/2020).
[473] LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, T.: *Las intervenciones telefónicas en el proceso penal…, op. cit.*, p. 12.
[474] GIMENO SENDRA, V.: *Manual de Derecho Procesal Penal"*, Colex, Madrid, 2014, pp. 280-281.

por un periodo imprescindible. Estas nuevas características dejan en claro que la intervención telefónica, únicamente es aplicable para aquellos delitos calificados como graves, es decir, el uso de esta medida es restringida. Por otra parte, la autorización de la medida exige para su validez de una adecuada motivación por parte del juez, requisito que permite conocer las razones que llevaron al órgano judicial a conceder su uso dentro de la investigación penal, con lo cual, el afecto, en caso de ser pertinente, puede impugnar dicha resolución. Y finalmente en cuanto a su duración diremos que debe ser durante el tiempo indispensable para cumplir con su función, pues una intervención muy prolongada pasa a ser desproporcionado; y, por ende, los resultados obtenidos con la medida serán ilegítimos.

Por su parte CASANOVA MARTÍ, nos trae un concepto más condensado sobre intervención telefónica, el mismo que lo define como "un acto de investigación propio de un proceso penal por el cual el juez de instrucción limita el derecho al secreto de las comunicaciones de la persona que está sometido al mismo"[475]. Posteriormente modifica levemente este concepto cambiando el termino de "juez de instrucción" por el de "juez"[476]. Pensamos que con este cambio se deja la puerta abierta para que la autorización de esta medida la pueda realizar cualquier juez y no únicamente el instructor.

Por último el Tribunal Supremo la ha definido como "una medida instrumental que suponen una restricción del derecho fundamental del secreto de las comunicaciones y que aparecen ordenadas por el Juez de Instrucción en la fase instructora o sumarial del procedimiento penal, bien frente al imputado, bien frente a otros con los cuales éste se comunique, con la finalidad de captar el contenido de las conversaciones para la investigación de concretos delitos y para la aportación en su caso, de determinados elementos probatorios"[477].

Recogiendo los elementos más relevantes de las definiciones antes citadas, nosotros entendemos por intervención telefónica a aquella medida instrumental de investigación tecnológica especial, invasiva del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones,

[475] CASANOVA MARTÍ, R.: *Las intervenciones telefónicas en el proceso penal..., op. cit.,* p. 66.
[476] CASANOVA MARTÍ, R.: "Valoración crítica de las intervenciones telefónicas en el borrador del Código Procesal Penal", *en Reflexiones sobre el nuevo proceso penal* (Dir. VÍCTOR CATENA), Tirant lo Blanch, 2015, p. 545.
[477] STS 1889/1994, de 31 de octubre. Este mismo pronunciamiento ha sido tomado por posteriores sentencias de este organismo dentro de las que podemos mencionar las STS 246/1995, de 20 de febrero de 1995 y STS 711/1996, de 19 de octubre de 1996.

autorizada de manera motivada por un juez competente dentro de un proceso penal por un tiempo determinado en contra del investigado o de terceros que éste utilice para transmitir o recibir comunicaciones relacionadas a la infracción investigada, cuyo objetivo es acceder, por parte del investigador del caso, sin el consentimiento del afectado, a determinados secretos comunicados mediante el teléfono o de otros aspectos asociados al proceso de comunicación, con el fin de prevenir la consumación de determinados delitos graves e impedir su ejecución, o, para indagar sobre los ya cometidos y conseguir fuentes o medios de prueba para sentenciar a los culpables.

De los conceptos anteriores podemos destacar como características principales de la intervención telefónica las siguientes: a) la intervención telefónica es una medida instrumental que afecta al derecho fundamental del secreto de las comunicaciones; b) debe ser autorizada por el juez; c) la autorización debe ser mediante auto motivado; d) debe existir un proceso penal; e) es de carácter temporal; f) es limitada en cuanto al sujeto, esto es solo puede afectar al investigado, a terceros y víctimas; y, g) tiene como finalidad impedir la consumación de la infracción penal, investigar o conseguir pruebas del delito y sus infractores.

2. La intervención de las comunicaciones telemáticas

Si partimos nuestro estudio enfocado en lo establecido en la ley, nos daremos cuenta que ésta no diferencia las comunicaciones telefónicas de la telemática, situación que provoca confusión. Motivo que nos lleva a clarificar su concepto.

Para conocer mejor el concepto de esta moderna forma de comunicación nos vamos a referir a su composición idiomática. La palabra telemática proviene de la forma femenina del inglés *telematics,* acrónimo de *tele* e *informatics.* Este término proviene de la unión de la informática y la telecomunicación. Por lo tanto, la telemática surge como consecuencia de la "aplicación de las técnicas de la telecomunicación y de la informática a la transmisión de información computarizada"[478]. En efecto gracias a la fusión de la informática y la telecomunicación, las formas de comunicarnos se han vuelto muy versátiles, por lo que hoy en día es posible comunicarse no sólo de forma oral, sino que además se lo puede hacer a través de

[478] Diccionario de la Lengua Española, Edición del Tricentenario, actualizada 2019, versión online, disponible en: https://dle.rae.es/telem%C3%A1tico, (última visita 16/07/2020).

texto, fotografías, videos etc. Todo esto sumado a las posibilidades que brinda el internet, de poder conectar nuestros dispositivos electrónicos a la red, nos ha llevado hacia un mundo digitalizado. De tal manera que esta fusión de los medios de comunicación con las tecnologías y el internet han dado lugar a una nueva manera de comunicación denominada como telemática. En razón de esto la investigación penal, enfocada tradicionalmente a la intervención telefónica tuvo que extender la medida hacia la comunicación telemática[479].

En este orden de ideas se podría decir que la comunicación telemática sería aquella información trasmitida mediante el auxilio de un artefacto informático. Esto nos llevaría a aseverar que basta la utilización de la informática en una comunicación para que ésta sea calificada de telemática. Afirmación que no es del todo cierta, pues hoy en día todas las comunicaciones telefónicas se encuentran fusionadas con la tecnología digital, por lo que su uso siempre va a requerir de la intervención de las TIC para su trasmisión y gestión técnica. En vista de esto, lo más acertado para diferenciar las comunicaciones telefónicas de las telemáticas es tomar como referencia el medio utilizado para realizar la trasferencia de la información; por lo tanto, será considerada telefónica, si el instrumento utilizado para generar el mensaje comunicado es el teléfono fijo guiado por hilos conductores[480]; a su vez será telemático, si el medio empleado es un sistema informático[481]. Con un concepto ampliado encontramos lo señalado por SANCHIS CRESPO, para quien las comunicaciones telemáticas abarcan a todo tipo de comunicación a distancia que facilita el intercambio de datos, voz y/o vídeo, mensajería instantánea, comunicaciones mediante redes sociales, correo electrónico, etc.[482]. Por nuestra parte de forma resumida entendemos que cuando hablamos de comunicaciones telemáticas nos estamos refiriendo a todas aquellas modalidades de comunicación de datos en formato digital[483], que se realizan mediante el auxilio de las TIC y del internet.

[479] RICHARD GONZÁLEZ, M.: *Investigación y prueba mediante medidas de intervención…op. cit.*, p. 137.
[480] VELASCO NÚÑEZ, E., y SANCHIS CRESPO, C.: *Delincuencia informática…, op. cit.,* p. 292.
[481] Circular 2/2019, Fiscalía General…, *op. cit.*
[482] VELASCO NÚÑEZ, E., y SANCHIS CRESPO, C.: *Delincuencia informática…, op. cit.,* p. 293.
[483] RICHARD GONZÁLEZ, M.: *Investigación y prueba mediante medidas de intervención…op. cit.,* p. 137.

3. Régimen jurídico de la intervención de las comunicaciones telefónicas y telemáticas

3.1. Alcance de las medidas

De conformidad con lo expresado en el título VIII "de las medidas de investigación limitativas de los derechos reconocidos en el artículo 18 de la Constitución[484]", podemos colegir que el alcance de este instrumento de investigación tecnológica está plenamente delimitado para los casos penales en donde se adoptan medidas de investigativas que limitan derechos amparados por el art. 18 CE.

En este orden de ideas, vamos a encontrar intervenciones telefónicas que quedan fuera de la LO 13/2015, por no estar destinas a conseguir fuentes o pruebas para el proceso penal. De esta forma, escapan al alcance de la presente ley, intervenciones realizadas por Centro Nacional de Inteligencia (CNI) que cuentan con regulación propia para intervenir llamadas telefónicas. En estos casos de conformidad con las leyes 11/2002, e 6 de mayo y LO 2/2002, la autorización de la escucha telefónica la solicita el Secretario de Estado Director del CNI a un juez especial cuya función compete a un Magistrado del Tribunal Supremo, quien dicta la autorización sin ejercer posteriormente el control de la medida[485]. Así mismo los estados de alarmas, excepción y sitio, el proceso penal militar[486], intervenciones de las comunicaciones telefónicas de los privados de libertad, las intervenciones realizadas en el ámbito laboral, entre otras.

3.2. Presupuestos de las medidas

Siguiendo lo dispuesto en la LECrim encontramos que esta clase de medida, debe someterse en primer lugar a los presupuestos y principios comunes que en líneas anteriores estudiamos. El segundo presupuesto es el que tiene relación a los tipos delictuales susceptibles de soportar esta clase de medida[487]. En virtud de esto último, la intervención de las comunicaciones telefónicas y telemáticas, sólo podrá ser autorizada cuando se trate de

[484] LO 13/2015.
[485] CASABIANCA ZULETA, P.: *Las intervenciones telefónicas en el sistema penal… op. cit.*, p. 189.
[486] En ámbito militar la intervención telefónica se realiza para descubrir o demostrar ilícitos criminales tipificados en el Código Penal Militar. Quedando como norma supletoria, en casos de vacíos legales, la LECrim. *Ibidem*, pp. 200-201.
[487] BUENO DE MATA, F.: *Las diligencias de investigación penal en la cuarta revolución industrial*…, *op. cit.*, p. 66.

investigaciones dirigidas a combatir los siguientes tipos de delitos: dolosos castigados con pena con límite máximo superior a los tres años de prisión; cometidos en el seno de un grupo u organización criminal; relacionados con terrorismo[488]; o, los cometidos a través de instrumentos informáticos o de cualquier otra tecnología de la información o la comunicación o servicio de comunicación[489].

Es importante tener presente que los presupuestos antes citados no son concomitantes entre sí, basta con la concurrencia de uno de ellos para habilitar el uso de la intervención de la comunicación. De tal suerte que se puede utilizar esta medida contra delitos cometidos en el seno de un grupo u organización criminal, aunque la dosificación de la pena no llegue a la duración máxima de al menos tres años de prisión, y, viceversa pueden darse casos en los que se investiguen delitos dolosos sancionados con pena máxima de al menos tres años de prisión, aunque no se ejecuten dentro del seno de una organización criminal o terrorista[490].

En lo atinente al primer presupuesto, referente a los delitos dolosos castigados con sanción límite máximo de, al menos tres años de prisión, este supuesto, se presta para confusión, puesto que su expresión "límite máximo" y por otro "al menos[491]", no deja claro si el delito debe llevar una sanción de un máximo de prisión de tres años, o, si la infracción penal tiene que estar castigado con un mínimo de tres años. Si tomamos el primer criterio no se podría aplicar esta medida a los delitos que superen la sanción de tres años de prisión. Por su parte de tomar el segundo pronunciamiento, la intervención de las comunicaciones únicamente sería posible para aquellos delitos que superen la sanción de tres años de prisión, es decir, los castigados por debajo de esa pena no serían susceptible para la adopción de esta medida[492].

Para RICHARD GONZÁLEZ [493], si se toma de forma literal lo establecido en la ley, la primera posibilidad sería la que debería regir, sin embargo, carece de sentido que únicamente la medida se aplique para delitos castigados con penas de hasta tres años, por lo tanto, la interpretación que se debe acoger es la segunda posibilidad, esto es, su aplicación debe ser para

[488] Art. 579.1 LECrim.
[489] *Ibidem*, art. 588 *ter* a.
[490] Circular 2/2019, Fiscalía General..., *op. cit.*
[491] BUENO DE MATA, F.: *Las diligencias de investigación penal en la cuarta revolución industrial*…, *op. cit.*, pp. 66-67.
[492] RICHARD GONZÁLEZ, M.: *Investigación y prueba mediante medidas de intervención…op. cit.,* p. 139.
[493] *Ibidem*, p. 140.

aquellas infracciones penales sancionadas con una pena de prisión de tres años o más. Si bien con este último criterio concuerda BUENO DE MATA, pues así lo exige la aplicación del principio de proporcionalidad, piensa que esta exigencia deja fuera del alcance de la aplicación de la intervención de las comunicaciones muchos delitos; en razón de aquello se debería establecer ciertas excepciones que debidamente fundamentada por el juez permita su implementación para ilícitos castigados con penas inferiores a los tres años[494].

En razón de lo antes mencionado, quedan fuera de la aplicación de esta medida tanto los delitos leves, como los imprudentes. En relación a estos últimos, no interesa si pueden exceder la barrera del límite máximo de tres años, pues la sanción máxima debe referirse a la pena en abstracto[495], sin importar el "grado de ejecución o posible concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal"[496]. A nuestro criterio es acertado tomar en cuenta la pena en abstracto para la aplicación de la intervención de las comunicaciones, pues esto evita dejar abierta la posibilidad de discrecionalidad judicial para autorizar estas medidas en casos que no lo ameritan, pero que, debido a la aplicación de causas modificatorias o el grado de participación, podrían según el criterio del juez del caso, dar paso para su utilización.

Por otra parte, al no ser exigencia el cumplimiento de todos los presupuestos para dar paso a la autorización de la intervención telefónica, sino al menos uno de ellos, permite la utilización de esta medida en aquellos delitos sancionados con penas que no tienen el límite de al menos los tres años; pero que al ser cometidos por organizaciones criminales o mediante instrumentos informáticos, admiten la excepción a la regla general. Por lo tanto, en estos supuestos, se podría adoptar la medida, siempre y cuando se haga mediante una fundamentación reforzada. Este criterio es sostenido por la Fiscalía del Estado español, quien se muestra abierta a excepcionar la aplicación literal de los presupuestos antes mencionados, para los delitos que no alcance la calidad de graves, pero que son cometimientos dentro de una organización criminal[497]. Para estos casos el juez debe aplicar la proporcionalidad de la medida tomando en

[494] BUENO DE MATA, F.: *Las diligencias de investigación penal en la cuarta revolución industrial*…, *op. cit.*, p. 67.
[495] La pena en abstracto es aquella prevista por el legislador para cada tipo penal. STS 4264/2017 de 27 de noviembre de 2017.
[496] Circular 2/2019, Fiscalía General…, *op. cit.*
[497] BUENO DE MATA, F.: *Las diligencias de investigación penal en la cuarta revolución industrial*…, *op. cit.*, p. 67.

cuenta no sólo la gravedad intrínseca del delito ejecutado, sino[498] "por la potencial eficacia de dichas organizaciones en su embate contra los intereses sociales y públicos garantizados por la legalidad que atacan"[499]. Es importante recalcar que la intervención de las comunicaciones es para la investigación de los delitos cometidos dentro de una organización o grupo criminal, mas no para investigar el delito como tal de crimen organizado o grupo criminal. De darse la intervención telefónica, la investigación del grupo criminal debe ser conexa a la del delito que se comete bajo el amparo de la organización.

A manera de conclusión observamos que la ley permite la aplicación de la intervención de las comunicaciones en delitos no considerados como graves únicamente cuando éstos son cometidos en el seno de una organización o grupo criminal o, se los ejecuta valiéndose de instrumentos informáticos o de cualquier otra tecnología de la información o la comunicación o servicio de comunicación. En estos casos para justificar su adopción se debe hacer mediante una motivación reforzada, con lo cual se pretende asegurar el respeto al derecho fundamental afectado. A pesar de esta consideración, somos críticos con esta excepción a la regla de la aplicación de la intervención únicamente para los delitos calificados como graves. Cometer una infracción penal en el seno de una organización criminal no convierte *per se* en grave a los delitos, por eso pensamos que, previo autorizar la medida, el juez debería analizar si efectivamente el delito supera el test de proporcionalidad y no simplemente aplicarla por el solo hecho de ser cometido por una organización de esta índole. Así mismo, por el grado de dependencia que tenemos en nuestras actividades diarias con las tecnologías, aplicar esta medida tan invasiva de derechos fundamentales por ser cometida con auxilio de las TIC, significa que casi todos los delitos podrían soportar la utilización de la intervención telefónica, por tal motivo, la ley debería ser más específica y no utilizar términos tan amplios que pueden dar lugar a vulneraciones de derechos del sometido a un proceso penal.

3.3. Ámbito

El ámbito de aplicación de la medida de intervención de las comunicaciones va dirigida a los terminales o medios de comunicación que de forma habitual u ocasionalmente utiliza el

[498] Circular 2/2019, Fiscalía General…, *op. cit.*
[499] STC 299/2000 de 11 de diciembre de 2000.

investigado[500]. Esto deja claro que no interesa si el dispositivo o artefacto pertenece al sospechoso, lo relevante para la ley es el uso por parte de éste, sea de forma habitual u ocasional. Lo anterior tiene sentido, pues lo realmente intervenido no es el dispositivo, sino el acceso telefónico o telemático mediante un código de identificación IMSI para el caso de la telefonía, o, IP[501] cuando se tratan de artefactos conectados a la red. Con esto se evita que el investigado con la finalidad de eludir su actividad criminal, compre otras tarjetas, terminales o ponga a nombre de otros los dispositivos para utilizarlo de vez en cuando, dificultando con estos actos la investigación penal, pero como la norma no exige la titularidad de los terminales o medios de comunicación, basta con que el sospechoso lo use por lo menos una sola vez para justificar la autorización de la medida[502].

Los términos "habitual u ocasionalmente", resultan una condición necesaria para la implementación de la intervención telefónica. En este sentido procederemos a conocer la diferenciación de dichos términos. A nuestro juicio cuando la ley se refiere a habitual, debemos entender al uso continuo[503] que hace el sospechoso de los dispositivos en la ejecución del delito. Por su parte la palabra ocasionalmente difiere de la anterior, porque la utilización de los equipos o dispositivos ya no son utilizados por parte del investigado de forma habitual, sino que lo hace en alguna ocasión[504], es decir en algún momento, una vez, un día. Combinando ambos términos arribamos a la conclusión que basta la utilización por parte del sospechoso de una sola vez del dispositivo, para justificar la autorización de la interferencia de la comunicación. En otras palabras, el legislador ha querido abarcar de manera amplia todas las posibilidades de uso que pueda realizar el sospechoso de los terminales o medios de comunicación.

En cuanto a su ámbito objetivo, el art. 588 *ter* b, LECrim, nos señala que puede comprender el contenido de la comunicación en sí, a los datos electrónicos de tráfico asociados al proceso de comunicación; así como a los que se produzcan con independencia del establecimiento o no de una concreta comunicación. La palabra "puede" nos da una idea de que

[500] Art. 588 *ter* b. LECrim.
[501] RICHARD GONZÁLEZ, M.: *Investigación y prueba mediante medidas de intervención…, op. cit.*, p. 143.
[502] BUENO DE MATA, F.: *Las diligencias de investigación penal en la cuarta revolución industrial*…, *op. cit*., p. 68.
[503] La palabra habito proviene del latín *"habitus"*. Adj. que se hace o posee con continuación o por hábito. Diccionario de la Lengua Española, Edición del Tricentenario, actualizada 2019, versión online, disponible en: https://dle.rae.es/habitual, (última visita 4-12-2020).
[504] adj. Que solo ocurre o actúa en alguna ocasión. Diccionario de la Lengua Española, Edición del Tricentenario, actualizada 2019, versión online, disponible en: https://dle.rae.es/ocasional, (última visita 4/12/2020).

no en todos los casos de una interceptación de comunicaciones el juez ordenará la interferencia del contenido de la comunicación en sí y a los datos electrónicos de tráfico asociados, esto dependerá según el caso, pues hacerlo en todas las situaciones podría llevar a obtener datos de formas indiscriminadas, con lo cual se vulneraría el principio de proporcionalidad. En tal sentido, lo normal será ordenar el acceso al contenido de la comunicación, por lo que, si el juez lo considera pertinente, puede extender la autorización de la medida a los de tráficos o asociados, para lo cual el juzgador, deberá exteriorizar de forma precisa su decisión de ampliar el contenido de la interceptación a dichos datos, motivando su resolución en apego al principio de proporcionalidad[505].

Conforme se desprende de la ley existen tres tipos de elementos que se pueden acceder con la interferencia de la comunicación: 1) el contenido de la comunicación: 2) los datos electrónicos de tráfico asociados al proceso de comunicación; y 3) los que se producen con independencia del establecimiento o no de una concreta comunicación. Para tener claro el alcance de esta medida es necesario que procedamos al conocimiento de cada uno de ellos

El primero es el relacionado al contenido de la comunicación en sí, sobre este aspecto podríamos decir en palabras sencillas que esta captación comprenderá todos los mensajes trasmitidos entre los interlocutores, dentro de los cuales se incluirá, no solo la conversación oral, sino además los mensajes de textos enviados por dispositivos telefónicos, mensajería instantánea, los correos electrónicos, conversaciones escritas en canales informáticos cerrados, video llamadas y mucho más. En razón de aquello como podemos notar la intervención de la comunicación no se limita a la captación de conversaciones orales o escritas, sino que abarca las imágenes, datos, programas que trasmita por vía telefónica o telemática cualquiera de los interlocutores al otro[506].

Por su parte, los datos electrónicos de tráfico asociados al proceso de comunicación, siguiendo lo señalado por el art. 588 *ter* de la LECrim, son "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

[505] Circular 2/2019, Fiscalía General…, *op. cit.*,
[506] SANTOS MARTÍNEZ, A.: *Medidas de investigación tecnológica…, op. cit.*, p. 130.

la sociedad de la información o comunicación telemática de naturaleza análoga"[507]. De la definición notaremos que, si bien estos datos se producen en el trascurso de la comunicación, no son parte del contenido material de la misma, sino que se refieren a aquellos datos vinculados con dicho proceso como puede ser la identificación de los medios de comunicación electrónica tanto emisores como receptores, fecha o duración de la misma. De una forma más concreta encontramos en el art. 3 de la ley 25/2007, de 8 de octubre, un detalle de lo que comprenden estos datos dentro de los que se encuentra los siguientes: a) datos necesarios para rastrear e identificar el origen de una comunicación; b) datos necesarios para identificar el destino de una comunicación; c) datos necesarios para determinar la fecha y duración de una comunicación; d) datos necesarios para identificar el tipo de comunicación; e) datos necesarios para identificar el equipo de comunicación de los usuarios o lo que se considera ser el equipo de comunicación; y, f) datos necesarios para identificar la localización del equipo de comunicación móvil[508].

En atención a lo expresado hasta aquí, siguiendo el criterio del destacado jurista SANTOS MARTÍNEZ, se desprende que los datos electrónicos o asociado al proceso de comunicación, comprende todos aquellos datos producidos o tratados en el ámbito de la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas o de redes públicas de comunicación, relacionados a las comunicaciones ejecutadas por los usuarios, los cuales quedan retenidos y acopiados en los archivos de los prestadores de servicios o personas que facilitan la comunicación por mandato expreso de la ley[509].

Para culminar con el análisis del ámbito objetivo tenemos lo producido con independencia del establecimiento de una comunicación, conforme se deduce de su expresión, ésta se refiere a toda información ajena al proceso de comunicación, pues mediante el acceso a este ámbito, no se conoce la trasmisión de un mensaje, sino datos externos como los de ubicación de un terminal o la movilización efectuada por el usuario del servicio[510], por lo tanto, en estos casos estaremos ante la presencia de datos no intervenidos en tiempo real.

---

[507] El art. 1.d del Convenio sobre la Ciberdelincuencia, define a los datos de 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".

[508] Ley 25/2007, de 18 de octubre, de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones.

[509] SANTOS MARTÍNEZ, A.: *Medidas de investigación tecnológica…, op. cit.*, pp. 134-135.

[510] BARRIO ANDRÉS, M: *Delitos 2.0. Aspectos penales, procesales y de seguridad…, op. cit.*, p. 235.

En definitiva, la autorización de una intervención de la comunicación puede dar lugar al conocimiento de dos tipos de datos de naturaleza diversa, unos denominados dinámicos y otros conocidos como estáticos. Los de naturaleza dinámica son los que se producen en el trascurso de la comunicación, a su vez los segundos son de carácter estático debido a que no se generan como consecuencia de la comunicación en concreto, sino que se los encuentra almacenados en las bases de datos de los prestadores de servicios[511].

3.4. Ámbito subjetivo y afectación a terceros

Debido a que la norma, como señalamos *supra*, no exige la titularidad de los medios de comunicación o terminales para autorizar la medida en contra del investigado, la posición que ocupe éste en el proceso comunicativo no afecta a la validez de lo actuado; por lo tanto, da igual que el sospechoso sea quien active o reciba la comunicación. En virtud de esta circunstancia, lo normal es que la *ratio* de esta medida puede afectar a personas ajenas a la investigación inicial. En efecto como bien lo señala el Tribunal Supremo, la propia naturaleza de este tipo de herramientas investigativa, provoca la afectación no sólo al titular de la línea sino también a sus interlocutores[512], pronunciamiento con el que predicamos, pues toda comunicación requiere de la participación de por lo menos dos personas; por lo tanto, el inmerso en una investigación criminal, siempre interactuará con alguien más, ya sea para comunicarse, o para servirse de éste con la finalidad de eludir la justicia.

Sobre este aspecto la jurisprudencia ha considerado válida la grabación del tercero que sin ser parte de la investigación llame o reciba una llamada del investigado, posibilidad denominada por la doctrina como "recogida de arrastre". De forma resumida podemos decir que esta doctrina, legaliza la recogida de todas las conversaciones producidas dentro de la comunicación del teléfono intervenido, por ende, se puede captar conversaciones ajenas al objeto de la investigación penal que justificó la autorización judicial de la injerencia. Si bien resulta muy útil para la investigación del delito la aplicación de esta doctrina, su uso sin una adecuada regulación, puede vulnerar el derecho fundamental del tercero no incluido en la autorización de la medida, por eso, siguiendo el pronunciamiento del Tribunal Supremo, somos

[511] Circular 2/2019, Fiscalía General…, *op. cit.*,
[512] SSTS 1001/2005, de 16 de diciembre de 2005 y 1717/1999, de 16 de diciembre de 1999.

de la idea de que el juez instructor, mediante el control de la medida, deberá identificar las conversaciones relevantes para la causa, y ocultar el resto, de tal manera que esta parte se aleja de la publicidad y se mantenga en la esfera privada del tercero[513].

3.5. Solicitud de autorización judicial

A más de los requisitos generales tratados *supra*, siguiendo lo estipulado en el art. 588 ter d.1 LECrim, se deben agregar a la solicitud, los siguientes:

1) La identificación del número de abonado, del terminal o de la etiqueta técnica. Este requisito resulta indispensable para la aplicación de esta medida, pues de otra manera daría lugar a una intervención generalizada, lo cual sería desproporcionado. Circunstancia que no impide solicitar al mismo tiempo, por parte del peticionario, la intervención de varios terminales o números, siempre y cuando se le justifique al juez la utilización indistinta del investigado de dichos instrumentos.

2) La identificación de la conexión objeto de la intervención, permite conocer al juez el tipo de conexión o red que se va acceder, es decir si es telefónica o de red, de esta manera se puede llegar a determinar de quién es el abono de la misma.

3) Los datos necesarios para identificar el medio de telecomunicación de que se trate, esto es, se debe señalar todos los medios mediante los cuales se realiza la trasmisión de comunicaciones o datos[514].

Adicional a lo anterior, se debe hacer constar el objeto y extensión de la medida[515], ya que de no cumplirse con la especificación de los datos que se buscan obtener con la intervención, el juez no debería autorizarla por ser desproporcionada.

[513] STS 419/2013, de 14 de mayo de 2013.
[514] SANTOS MARTÍNEZ, A.: *Medidas de investigación tecnológica…, op. cit.*, pp. 142-143.
[515] El ámbito de acción de esta medida puede referirse: a) El registro y la grabación del contenido de la comunicación, con indicación de la forma o tipo de comunicaciones a las que afecta; b) El conocimiento de su origen o destino, en el momento en el que la comunicación se realiza; c) La localización geográfica del origen o destino de la comunicación; y, d) El conocimiento de otros datos de tráfico asociados o no asociados, pero de valor añadido a la comunicación. Art. 588 ter d.2 LECrim.

3.6. Deber de colaboración

Como sabemos la comunicación se debe realizar a través de la intervención de un tercero que es quien proporciona el medio o vía por donde se realizará la comunicación, por lo tanto, sin la colaboración de éstos, sería imposible llevar a cabo este tipo de medidas. Es así que la ley impone a los operadores de telecomunicaciones, de acceso a una red de telecomunicaciones o de servicios de la Sociedad de la Información, e incluso a todo sujeto que de cualquier forma contribuya a facilitar las comunicaciones telefónicas o telemáticas, la obligación de prestar asistencia técnica a la policía a efectos de proceder a realizar la interferencia de la medida autorizada por el juez[516]. De lo dicho se desprende tres categorías de personas obligadas a saber: los prestadores de telecomunicaciones y de acceso a redes de telecomunicaciones; los prestadores de servicios de la sociedad de la información; y, cualquier otra persona que colabore o facilite las comunicaciones mediante el teléfono o de cualquier otro medio o sistema de comunicación telemática de una red informática privada, al dueño de un equipo informático que haya utilizado para sostener una comunicación[517].

Encontramos el sustento de esta exigencia en el art. 118 CE en concordancia con el art. 17.1 LOPJ[518], normativas que contemplan la obligación general de prestar colaboración a todas las personas cuando así lo exija los tribunales de justicia. Como podemos notar la colaboración de las personas en este tema es amplio, basta con que alguien tenga algún tipo de vinculación con la comunicación intervenida para quedar obligado con su aportación para el buen éxito de la investigación[519].

A más de la imposición que tienen de colaborar los sujetos antes indicados, la norma completa esta obligación con la de guardar secreto sobre la ejecución de la interferencia, pues de no hacerlo, quedan sujetos a la respectiva sanción penal[520]. En definitiva, sin la colaboración

[516] Art. 588 ter e. LECrim. esta obligación también la encontramos en la Ley 25/2007 de Conservación de datos.
[517] Circular 2/2019, Fiscalía General…, *op. cit.*
[518] "Todas las personas y entidades públicas y privadas están obligadas a prestar, en la forma que la ley establezca, la colaboración requerida por los Jueces y Tribunales en el curso del proceso y en la ejecución de lo resuelto, con las excepciones que establezcan la Constitución y las leyes, y sin perjuicio del resarcimiento de los gastos y del abono de las remuneraciones debidas que procedan conforme a la ley". Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.
[519] BUENO DE MATA, F.: *Las diligencias de investigación penal en la cuarta revolución industrial*…, *op. cit*., p. 71.
[520] Quien no guarde el secreto de la interceptación incurrirá en el delito de desobediencia cuya pena prevista de prisión es de 3 meses a un 1 año, o multa de 6 a 18 meses. Art. 556 del CP.

de todos ellos y la guarda del secreto de la intervención, la investigación penal no tendría éxito; porque resulta imposible para la policía realizar esta actividad por sí sólo, dado que ellos ni disponen, ni gestionan los sistemas tecnológicos facilitadores de la comunicación, como tampoco en todos los casos cuentan con los medios técnicos y personal capacitados para acceder a ellos, y, si además no se guarda el secreto, esta medida pierde su eficacia, pues el investigado tomará otros medios para no ser descubierto.

3.7. Control de la medida

El control judicial es un requisito de rango constitucional, lo cual significa que su incumplimiento conlleva la nulidad de lo actuado por vulnerar el derecho fundamental del investigado. Este control, para efectos de su cumplimiento por parte de la policía, deberá está claramente detallado en el auto de autorización de la medida. Si bien las reglas generales, que ya tratamos, no establecen un contenido mínimo sobre este aspecto, el art. 588 *ter* f, LECrim, norma especial para la intervención telefónica, sí determina ciertas directrices, las cuales siguiendo el criterio de RICHARD GONZÁLEZ[521], las podemos resumir en las siguientes:

a) El juez es quien determina la periodicidad de presentación de los informes policiales respecto al desarrollo de la intervención, la misma que puede ser semanal, quincenal o mensual, en todo caso los investigadores siempre deben tener presente que los resultados serán puestos a disposición del juez con un periodo razonable a la fecha de la finalización de la autorización de la medida. Entonces para un efectivo control de la medida, el juez debe fijar los periodos en los que la policía tiene que dar razón de los resultados de la intervención; y, por otro los investigadores a cargo de la aplicación de la medida, debe cumplir con dichos plazos, solo así se garantiza la correcta aplicación de la intromisión al derecho de comunicación del sospechoso.

b) Entrega al juzgado por parte de la policía de los soportes digitales, los cuales comprenderán la integridad de las grabaciones realizadas, así como la transcripción de las conversaciones de interés para el proceso. De la lectura de la ley[522] se desprende que la entrega de los soportes es un imperativo para la policía, no es de libre elección, por lo tanto, no podrá

[521] RICHARD GONZALEZ, M.: *Investigación y prueba mediante medidas de intervención…op. cit.,* p. 150.
[522] La LECrim en su art. 588 *ter* f. es clara al señalar la Policía Judicial "pondrá", es decir es un mandato a cumplir, no tiene opción, de ahí que debe poner a disposición del juez, tanto la trascripción de los pasajes de interés y las grabaciones integras realizadas.

entregar uno u otro, sino que deben poner a disposición del juez ambos soportes. Sobre este aspecto no es adecuado que el legislador se haya referido únicamente a grabaciones y a transcripción de pasajes, pues esto limita esta exigencia a la intervención telefónica, por lo que, al parecer el legislador no ha tomado en cuenta que la intervención va más allá de las comunicaciones orales, olvidándose que también la intervención de una comunicación puede ir dirigidas a las de formato escrito. En virtud de aquello, se debería incluir, para estos casos, la entrega del respectivo archivo en donde conste la comunicación y, a su vez acompañar la transcripción de los pasajes más importante para la causa[523]. Sobre este aspecto debemos saber que el hecho de delegar a la policía la realización de esta actividad no afecta el control judicial, por lo tanto, no tiene afectación para las partes del derecho a una legítima defensa, basta que existan las grabaciones, de manera tal que los sujetos procesales puedan acceder a la audición o transcripción de las conversaciones no seleccionadas por la policía o en su defecto por el juez de la causa.

c) El control de intervenciones telemáticas, presenta mayor complejidad, pues no tiene sentido realizar grabaciones en todos los casos, como puede ser la navegación en internet, correos electrónicos, *WhatsApp* entre otros, de ahí que lo procedente será, facilitar al juez la trascripción de los movimientos comunicativos más importantes y aportar en soporte digital los archivos informáticos conteniendo el resultado de las investigaciones. De ser necesario además se deberá agregar un informe técnico especificando los significados que revelan los datos técnicos intervenidos, lo cual servirá para conocimiento y valoración del juez[524], quien, al no tener este tipo de formación especializada sobre estos tecnicismos, el informe le será de gran ayuda para saber con claridad los logros alcanzados con la intervención.

d) El juez puede dar por concluida la medida cuando ésta no esté arrojando los resultados propuestos o cuando las circunstancias por las cuales se autorizó han desaparecido, y por último si ha fenecido el plazo de autorización de la intervención.

[523] RODRÍGUEZ ÁLVAREZ A.: "La intervención de las comunicaciones telefónicas y telemáticas y smartphones. Un primer estudio a propósito de la Ley orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal", en *Justicia penal y nuevas formas de delincuencia* (Dir. ASENCIO MELLADO J.) (Coord. FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 172.
[524] RICHARD GONZÁLEZ, M.: *Investigación y prueba mediante medidas de intervención…op. cit.,* p. 149.

e) Finalizada la intervención por cualquiera de las causales antes señaladas, la unidad encargada de la medida deberá entregar al juez todas las grabaciones y resultados que mantuviere bajo su custodia, si es que no los entregó durante los controles previos.

De los requisitos señalados hasta aquí, colegimos importantes consecuencias procesales que merecen ser resaltadas, para saber cuándo su inobservancia es causal de nulidad de la intervención telefónica y cuándo es una simple irregularidad procesal. Referente al incumplimiento por parte de la policía del tiempo establecido por el juez, encontramos que de conformidad a la STS 250/2017, de 5 de abril, el retraso de los plazos establecidos por el juez, para la entrega de los soportes en donde se plasma los resultados de la investigación, no constituye una causa de vulneración al derecho fundamental consagrado en el art. 18.3 CE, en consecuencia esta situación no constituye una causa de ilicitud probatoria, sino una mera irregularidad procesal. Esto tiene sentido en el hecho que el juez de manera continua recibe información por parte de la policía de información necesaria sobre el desarrollo de la medida, ya sea de forma verbal o escrita; y por otro lado la entrega de los soportes antes de la finalización de la autorización de la intervención subsane la irregularidad del retraso. Pensamos que en los casos de retrasos de la entrega de los soportes investigativos, no se vulnera el control judicial, que es un requisito indispensable para la legalidad de la intervención, pues al final, aunque de forma tardía, los soportes son puestos a disposición del juez quien, previo a resolver, tendrá la oportunidad de conocer y valorar la validez de los resultados obtenidos durante la investigación penal. Por otra parte, puesto a consideración del juez, las partes tendrán derecho a acceder a dichos soportes a efectos de poder ejercer su derecho a la defensa. Por lo tanto, la entrega oportuna de los soportes, no impiden el efectivo control judicial de la medida, sino una irregularidad procesal, cuyo incumplimiento al no vulnerar el derecho fundamental a la comunicación, no produce causa de nulidad de la aplicación de la medida[525].

La puesta a disposición del juez de los dos soportes investigativos consideramos tienen mucha importancia para el proceso. Con la aportación integra de las grabaciones, se garantiza el derecho a la defensa del investigado, pues éste tendrá acceso a todo lo registrado por la policía

[525] La doctrina de la Fiscalía considera que de todas exigencias recogidas en los arts. 588 *bis.* g y 588 *ter* f la única que causa la invalidez de la interceptación, es la falta de control efectivo de la medida. Las otras posibles deficiencias que no estorben el control judicial, sólo pueden ser consideradas como irregularidades procesales sin incidencia constitucional. Circular 2/2019, Fiscalía General…, *op. cit.*

y no únicamente a lo que, según el criterio de ellos, constituya lo más relevante para el proceso. En cuanto al segundo soporte, en el que únicamente se trascribe pasajes seleccionados de lo más relevante para la investigación, su exigencia representa grandes ventajas para el juzgador, e inclusive para las partes, dado que permite acceder de manera rápida a lo más relevante para el procedimiento[526]. Podemos expresar que la inclusión en la norma, de exigir la aportación al proceso de los dos soportes, es muy acertada, ya que permite al mismo tiempo, por una parte, el derecho a la defensa del investigado, y, por otra agilizar el proceso al no tener el juez que escuchar de forma directa toda la grabación sobre la intervención realizada.

A su vez, los soportes digitales cumplen dos funciones, la una es facilitar el efectivo control judicial y el otro es introducir la prueba en el juicio oral. Sobre esta última parte la ley no señala la forma como debe introducirse las grabaciones al plenario, por lo que habría que recurrir a la jurisprudencia. Detectamos que la jurisprudencia del Tribunal Supremo no considera necesario, para la validez de la prueba de las grabaciones obtenidas como consecuencia de una intervención telefónica, que dentro del juicio se reproduzca ésta de forma auditiva o mediante lectura, al tener calidad de prueba documental su incorporación puede hacerse utilizando cualesquiera de los medios probatorios autorizado por la ley. Esta forma de introducción de la prueba no deja en indefensión al sujeto procesado, pues a quien corresponde solicitar su audición o lectura es a él, si no lo hace, se entenderá por reproducida y la prueba tendrá pleno valor probatorio[527]. En razón de lo expresado podemos sostener que los soportes digitales remitidos por los policías al juez instructor, no requieren ser escuchados ni leídos en el juicio, si no lo solicita una de las partes procesales; por lo que bastará para su validez probatoria que sean introducidas por cualquier medio de prueba.

Para que el control judicial sea completo se requiere de instrumentos técnicos que aseguren la autenticidad e integridad de los soportes digitales remitidos al juez. En efecto si las evidencias obtenidas mediante la intervención telefónica pueden ser manipuladas[528], es poco lo que puede hacer el juez para controlar el respeto del derecho fundamental afectado con la medida. De ahí que exigir el origen y destino de los soportes digitales, al igual que su aseguramiento, mediante un sistema de sellado o firma electrónica avanzado o sistema de

[526] Circular 2/2019, Fiscalía General…, *op. cit.*
[527] STS 26/2010, de 27 de abril de 2010.
[528] SANTOS MARTÍNEZ, A.: *Medidas de investigación tecnológica…, op. cit.*, p. 157.

adveración suficientemente fiable, cuando estos provengan de un sistema central[529], es garantizar la autenticidad, inalterabilidad, integridad y fiabilidad de este tipo de pruebas que debe ser abordadas con mucha cautela, por ser fácilmente manipulables[530], por lo tanto este tipo de evidencias, requieren de una actividad probatoria reforzada.

3.8. Duración y prórroga

Como dejamos expuesto la duración y prórroga no es igual para todas las medidas, esto depende de la naturaleza de cada una de ellas. Para el caso de la intervención de las comunicaciones, de acuerdo a la ley es de una duración inicial de tres meses prorrogables por periodos sucesivos de igual duración hasta un máximo de dieciocho meses[531]. Con esto se evita que una medida tan invasiva para el derecho del investigado resulte desproporcionada para los fines legítimos del Estado.

De la expresión "periodos sucesivos", se entiende que se refiere a las posibles prórrogas de la medida, las mismas que tienen un tope máximo como lo acabamos de señalar. Se puede pensar que el plazo con las posibles prórrogas puede ser muy extenso por la grave afectación que padece el derecho fundamental del sospechoso, esto es plenamente justificable, debido a que este tipo de interferencia se da mucho para los casos de crimen organizado o terrorismo, en donde el o los sujetos constantemente cambian de terminal o línea a fin de dificultar la interceptación, un periodo corto significaría el fracaso de la persecución penal, es por esto que el periodo de tiempo, sobre todo para este tipo de infracciones penal, consideramos está plenamente justificado.

La prórroga no procede de forma antojadiza, por lo que el solicitante debe justificar la ampliación de la medida, para ello, debe consignar la transcripción de las partes relevantes de las conversaciones de las cuales se pueda inferir información sobre los avances investigativos, idoneidad de la medida, características especiales del delito que obligan a la continuación de la medida, elementos que serán vitales para decidir sobre la autorización de la prórroga de la intervención.

---

[529] Art. 588 *ter* f LECrim.
[530] STS 300/2015, de 19 de mayo de 2015.
[531] Art. 588 *ter* g, LECrim.

No basta con recibir la transcripción de los pasajes más importantes de la intervención de la comunicación para otorgar la prórroga de la medida, pues el juez siempre podrá pedir aclaraciones e inclusive solicitar el contenido íntegro de la conversación[532], lo cual resulta muy adecuado a fin de que el juzgador, de tener dudas sobre la trascripción aportada por la policía, puede cotejar con la grabación integra y estar seguro que la prórroga está plenamente justificada.

3.9. Acceso a las grabaciones de las partes procesales y terceros afectados con la medida

Constituye una garantía indispensable para el derecho a la defensa de la parte procesal afectada con una medida tener acceso al contenido de todo lo grabado a sus espaldas. Derecho que únicamente es posible una vez levantado el secreto y expirada la vigencia de la medida de intervención. Las partes tienen derecho de acceso a las copias de las grabaciones y a las trascripciones realizadas por la policía, con exclusión de aquellas informaciones que afecten el derecho a la intimidad de las personas[533]. Se debe interpretar esta última parte que la exclusión de las copias de las grabaciones que afecten a la intimidad del investigado tendrá lugar en los casos que dichos contenidos no sean necesarios para los fines del proceso penal[534]. En efecto de no ser así la mayor parte del contenido obtenido con la intervención tendría que ser expulsado del procedimiento, pues como sabemos este tipo de medida afecta siempre el derecho a la intimidad del afectado. Por lo tanto, corresponde al juez como garantista de los derechos fundamentales de los ciudadanos, separar las comunicaciones intervenidas que, afectando el derecho a la intimidad, no son de interés en lo investigado, para lo cual deberá fundamentar las razones de su exclusión.

Excluidas las grabaciones y trascripciones que afecten a la intimidad de terceros, las partes pueden examinar su contenido, por el tiempo que será determinado por el juez en cada caso, lo cual dependerá del volumen de información recopilado dentro de la causa[535]. Gracias a

[532] Art. 588 *ter* h. LECrim.
[533] *Ibidem*, art. 588 *ter* i.
[534] Circular 2/2019, Fiscalía General…, *op. cit.*
[535] Consideramos acertado dejar en manos del juez la facultad de establecer el plazo para el examen de las grabaciones, pues cada caso es diferente, y, por ende, en unos habrá mayor cantidad de información que escudriñar que en otros. Por lo que lo más adecuado para establecer el plazo es dejar esta potestad a quien dirige todo el proceso quien podrá determinar, según el volumen de las piezas procesales recaudadas en la causa, el plazo más adecuado a estas circunstancias. Art. 588 ter i 2, LECrim.

este examen las partes podrán pedir al juez la inclusión de determinadas trascripciones que a criterio de la policía fueron excluidas por no ser importantes para el proceso, pero que, para uno de los sujetos procesales, sí son relevantes. En este supuesto, será la autoridad judicial quien tenga la última palabra sobre la eventual exclusión o inclusión a la causa[536].

Debido a como hemos señalado en líneas anteriores, la intervención de las comunicaciones no sólo afecta derechos fundamentales del directamente investigado, sino que también puede comprometer los derechos de terceros, en vista de esta eventualidad el 588 *ter* i. 2. LECrim, ha previsto la obligación de notificar a estos sujetos sobre las prácticas de la intervención telefónica en donde han sido grabados.

Para una mayor compresión de lo que debemos entender por terceros nos remitiremos a lo expresado en la Circular 2/2019, de la Fiscalía. Para esta entidad el término tercero es amplio, dentro de este incluye no sólo a aquellas personas que no son parte del procedimiento, sino también a los investigados inicialmente que luego dejan de serlo y a los que siendo parte procesal luego son sobreseídos. En los dos primeros supuestos se les notifica y se les puede entregar copias de las grabaciones donde han participado; mientras que, para el último caso, no tendrán derecho a la entrega de copia[537]. De manera resumida los terceros son de tres clases: personas que no son parte de la investigación, los que inicialmente son sospechosos y dejan de serlo, y, los que siendo parte del proceso son sobreseídos.

De la revisión del artículo antes citado notamos que este derecho no es absoluto, y contiene determinadas excepciones. El primero es cuando la notificación resulte imposible; el segundo cuando la notificación suponga un esfuerzo desproporcionado; y el último de los motivos es en los casos que la notificación pueda perjudicar futuras investigaciones.

Con relación al primero, la imposibilidad puede deberse a diversos factores como por ejemplo cuando se desconoce la identidad de las personas que participaron en las conversaciones o se ignore el paradero. La identificación de los sujetos que participaron en la comunicación es determinante para poder cumplir con la notificación, sin este requisito este derecho queda anulado, pues si no se conoce quienes fueron los que intervinieron en la comunicación, no se

[536] RODRÍGUEZ ÁLVAREZ A: *La intervención de las comunicaciones telefónicas y telemáticas y smartphones, op. cit.*, p. 174.
[537] Circular 2/2019, Fiscalía General…, *op. cit.*

sabrá a quien o quienes dirigirse. Esta función que le compete a la unidad policial encargada de ejecutar la medida, en muchos de los casos se complica cuando el interlocutor no concuerda con el titular de la línea de abonado o con el usuario habitual del dispositivo[538]. Pero si bien la identificación corresponde a la unidad policial que ejecuta la intervención, esta práctica no estaría justificada, porque el objetivo de la utilización de esta medida va encaminado a descubrir los posibles participes de un delito, por lo tanto, al no ser el tercero contra quien se dirige la investigación, su identificación escapa a los fines de la instrucción[539].

La segunda excepción vemos que la norma se refiere a situaciones a que la notificación al tercero significa un esfuerzo desproporcionado, por ser muchos los investigados o por lo largo del tiempo de la intervención, complica en gran medida la identificación e individualización de todos los afectados para proceder con su notificación o por la indigente cantidad de solicitudes de éstos, se desborden los esfuerzos de atención del Juzgado[540].

Por último, la tercera excepción se refiere a las situaciones en las que la notificación puede perjudicar las investigaciones futuras. Esto puede tener lugar cuando la intervención no ha podido llevar a condena al investigado, y el proceso termina con sobreseimiento provisional, lo cual permite reabrir el caso, si llegaren a aparecer nuevos indicios. De darse esta circunstancia, no cabe duda que la notificación al sujeto previamente investigado o tercero sobre quien se pensó estaba participando en el ilícito; pero que luego fueron sobreseídos, los alertará, por lo que este hecho impedirá, si se continuare con dicha información, una nueva investigación, el éxito y desarrollo de las misma[541].

La norma señala que el tercero debe ser notificado, por lo tanto, basta con notificarle de haber sido grabado para asegurar el derecho de estas personas. Debido a esto no es obligación entregarle una copia de la grabación de la conversación, excepto si el propio afectado le solicita al juez. Aun así, la entrega no será inmediata ni obligatoria, pues en todo caso, el juez, debe valorar si es posible la entrega de las copias, que conforme vimos establece tres excepciones.

En resumen, en todos los casos en la medida de lo posible, se debe informar al tercero afectado, éste podrá solicitar copia de la grabación o trascripción de las comunicaciones en las

[538] SANTOS MARTÍNEZ, A.: *Medidas de investigación tecnológica…, op. cit*., p. 160.
[539] Circular 2/2019, Fiscalía General…, *op. cit.*
[540] *Ibidem*.
[541] *Ídem*.

que hubiese participado[542], salvo si el juez decide lo contrario. Por otra parte, de la lectura del texto, parece desprenderse que el tercero puede pedir la copia de la grabación o transcripción, es decir una de las dos. Sobre este punto estimamos que se le debería entregar los dos[543], excepto si existe alguna imposibilidad, pues caso contrario, la protección del derecho del tercero no será completa, porque conocería únicamente lo que se le interceptó en uno de los instrumentos sin saber, si el otro, al cual no tuvo acceso, también existen comunicaciones que vulneran su vida personal.

En definitiva, esta inclusión novedosa de la norma, en relación a los terceros afectados por las grabaciones realizadas dentro de la aplicación de la medida de intervención de las comunicaciones, representa un buen avance para los derechos de estos sujetos, pero que, por las propias excepciones establecidas en la presente ley, la hace poco aplicable en la práctica.

IV. LA CAPTACIÓN Y GRABACIÓN DE COMUNICACIONES ORALES MEDIANTE LA UTILIZACIÓN DE DISPOSITIVOS ELECTRÓNICOS

1. Antecedentes

Los antecedentes de la captación y grabación de comunicaciones orales como instrumento de investigación tecnológica, lo encontramos de manera concreta en la jurisprudencia del TEDH y en la jurisprudencia de los máximos tribunales de la justicia española.

Al iniciar nuestro estudio sobre la jurisprudencia del TEDH, en relación a las escuchas orales, nos vamos a central en primer lugar en las sentencias contra Reino Unido, por ser el país contra quien se han presentado la mayoría de demandas en relación a este tema, y, por último, estudiaremos dos de las sentencias contra Francia por las importantes aportaciones que han significado para el uso de esta medida de investigación tecnológica.

Empezando por Reino Unido, encontramos la STEDH de 27 de mayo de 2000, en la cual se analiza el uso de las escuchas orales realizadas en la vivienda de uno de los sospechosos

[542] Art. 588 *ter* i 3. LECrim.

[543] J., Rodríguez Álvarez, es de la idea de que si bien la norma emplea la disyuntiva copia de la grabación o transcripción, lo oportuno sería entregar ambos. RODRÍGUEZ ÁLVAREZ A.: *La intervención de las comunicaciones telefónicas y telemáticas y smartphones…, op. cit*., p. 175.

implicados en una investigación por tráfico de estupefaciente, diligencia que fue realizada por la policía sin autorización judicial. En el análisis de este caso el TEDH señala que la ley habilitante para este tipo de medida de investigación no sólo debe existir, sino que, además, debe ser de calidad y con suficiente claridad a fin de que la autoridad pública siguiendo los presupuestos y condiciones estipulados en ella, puedan aplicar esta clase de diligencia investigativa. De esta manera el derecho interno protege las injerencias arbitrarias y no contraviene el derecho individual consagrado en el art. 8 del Convenio. En definitiva, el Tribunal concluye que, al momento de darse los hechos, no existía una ley con las características antes indicadas para regular la aplicación de la grabación oral encubierta[544].

En otro caso similar al anterior, específicamente dentro de la STEDH de 25 de septiembre de 2001, el Tribunal siguiendo la misma línea del caso que acabamos de tratar, señaló la falta de ley reguladora del uso de los artefactos de escuchas encubiertos. En este caso el Tribunal consideró que no basta con la existencia de directrices internas generales que confieran facultad a la policía para obtener y almacenar pruebas, pues estas acciones pueden afectar a derechos fundamentales, debido a esto, el sentido común exige la previsión legal expresa conforme lo exige el art. 8 del Convenio. En tal sentido se concluye que, a pesar de haberse aplicado la grabación oral amparado en la Ley de Regulación de Poderes de Investigación de 2000, la cual regulaba la vigilancia oculta en dependencias policiales, pero al no existir al momento de su aplicación una ley sobre su uso, significó una injerencia ilegitima no compatible con lo predicado por el art. 8 CEDH[545].

En relación a Francia, tenemos la sentencia de 31 de mayo de 2005, causa en donde un juez instructor autorizó la escucha y grabación, mediante la colocación de micrófonos en el domicilio de un tercero investigado en una causa diferente a la que se estaba investigando en contra de un sospechoso de asesinato. El TEDH asimila las intervenciones telefónicas a las escuchas de conversaciones orales mediante la instalación de micrófonos, por lo que ambos métodos investigativos, afectan gravemente el derecho a la vida privada. En razón de esto deben regirse por una ley precisa, clara y detallada que garantice a los ciudadanos una protección adecuada contra las posibles arbitrariedades de la autoridad pública. Por lo tanto, la ley debe

[544] BELLIDO PENADÉS, R.: *La captación de comunicaciones orales directas y de imágenes y su uso en el proceso penal. (Propuesta de Reforma),* Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 23.
[545] *Ibidem*, p. 25.

señalar a saber: quienes pueden ser objeto de esta medida, los delitos sobre los que se puede aplicar, duración, conservación de las grabaciones, control del juez, destrucción de dichas cintas entre otros requisitos[546].

Para culminar con este breve análisis, en la STEDH de 20 de diciembre de 2005, el juez autoriza la implementación de aparatos de escuchas en la zona de visitas de la prisión, con el objetivo de grabar las conversaciones de los investigados con sus allegados por el delito de robo con arma y tentativa de asesinato, interno que se encontraba en calidad de preso provisional. En este caso el Tribunal vuelve a enfatizar sobre la calidad de la ley que debe normar las medidas restrictivas de derechos fundamentales, la cual debe ser previsible y accesible a la persona afectada con la intervención, para así poder prever sus consecuencias. Se hace énfasis en ciertas directrices indispensables a ser tenidas en cuenta en la ley para la protección de los posibles abusos que pueden darse con la autorización de la medida de grabación oral de conversaciones[547].

A su vez en España la captación y grabación de comunicaciones, a pesar de que no se encontraba regulada en ninguna norma, se la venía admitiendo como técnica investigativa, especialmente para casos de delitos de naturaleza compleja. Esta laguna legislativa era suplida mediante la aplicación analógica de la regulación que se encargaba de la intervención de las comunicaciones telefónicas y telegráficas[548]. Dentro de la primera sentencia del TS que admite las grabaciones y escuchas de conversaciones orales directas como instrumento investigativo dentro del proceso penal encontramos a la STS 173/1998, de 10 de febrero. En esta sentencia se trata sobre la principal prueba de cargo obtenida mediante la grabación y reproducción de sonido instalada en el interior de la celda ocupada por varios internes que se encontraban en calidad de presos preventivos, prueba que fue declarada por la Audiencia Provincial como inadmisible por falta de previsión legal. Criterio que no compartió la Sala Segunda del TS, quien admitió la prueba basándose para ellos en dos razonamientos jurídicos. El primero fue que no existe diferencia entre una conversación telefónica y cualquier otro tipo de conversación privada, en tal sentido la Constitución protege ambas comunicaciones. Es por esto que no resulta razonable

[546] *Ibidem*, pp. 25-27.
[547] *Ibidem*, pp. 27-28.
[548] CEDEÑO HERNÁN, M.: "Las medidas de investigación tecnológica. Especial consideración de la captación y grabación de conversaciones orales mediante dispositivos electrónicos", en *Nuevas tecnologías y derechos fundamentales en el proceso* (Coord. CEDEÑO HERNÁN, M.) Arazandi, Navarra, 2017, pp. 49-84.

que se pueda proteger en menor grado una conversación por ser telefónica, la cual puede ser legítimamente intervenida con autorización judicial, y no se lo pueda hacer con una conversación no telefónica de dos individuos en un lugar cerrado. En otras palabras, si una conversación telefónica que goza de protección constitucional puede ser intervenida con autorización judicial, y, siendo la grabación realizada en la cárcel una comunicación oral, nada impide que ésta pueda ser intervenida si previamente se cuenta con una autorización judicial[549].

Como segundo fundamento el Tribunal Supremo señala que la intervención oral directa se dio en centro penitenciario, por lo que aplicando la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciara, el Director del establecimiento, de forma motivada y dando cuenta a la autoridad juridicial, puede intervenir las comunicaciones orales y escritas. En este orden de ideas se llega a la conclusión, que si lo puede hacer el Director del centro carcelario, nada impide que el juez instructor de la causa pueda acordar una intervención en estricto apego de la observación del principio de proporcionalidad[550].

Otras de las sentencias que continúa con este criterio fue la STS 513/2010, de 2 de junio, en la cual se conoce sobre la colocación de equipos de audiovisuales en las celdas de los calabozos de la Jefatura Superior de Policía de Valladolid, medida que fue autorizada aplicando la normativa del art. 579.2 LECrim, pero con la finalidad de garantizar los derechos de los investigados, se resolvió impedir la instalación de los aparatos de escuchas en los sitios donde se entrevistarían con su abogado defensor, y además se acordó que los artefactos fueran colocados por técnicos de la policía en presencia del Secretario Judicial. En este caso, a diferencia de la anterior, la Audiencia Provincial de Zaragoza, admite como prueba principal de culpabilidad las escuchas telefónicas y la intervención de las comunicaciones orales realizadas en los calabozos de policiales. Fallo que fue confirmado por STS por considerar que no existía vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones, pues la grabación oral, se había hecho amparada en la cobertura legal que brinda el art. 579 LECrim y la normativa penitenciaria, criterio sustentado tanto por la jurisprudencia del Tribunal Supremo como por la del Tribunal Constitucional. Esta Jurisprudencia aceptaba la vaguedad e indeterminación del art. 579 LECrim, por tal motivo esta norma, no satisfacía las exigencias constitucionales para afectar el derecho al secreto de las comunicaciones; pero que, al ser suplidas sus deficiencias por la

[549] *Ídem*.
[550] *Ídem*.

jurisprudencia de los más altos Tribunales Supremo y Constitucional, su aplicación no era violatoria a lo dispuesto por el art. 8 del Convenio[551].

La doctrina jurisprudencial que hasta ese momento venía dominando, encuentra su punto de quiebra en la STC 145/2014, de 22 de septiembre. Fallo que tuvo lugar como consecuencia del recurso de amparo presentado por el sentenciado, contra la sentencia que acabamos de analizar, por haber sido condenado tomando como prueba una medida investigativa, como es la grabación oral, carente de cobertura legal. El Tribunal Constitucional dentro de sus consideraciones sostiene que la habilitación legal es único medio para garantizar los derechos y libertades fundamentales reconocidos por la Constitución, de tal suerte que no se los pueda vulnerar por ninguna injerencia estatal no autorizada, y al mismo tiempo se salvaguarde la seguridad jurídica de los derechos fundamentales mediante la sumisión de los jueces y magistrados al imperio de la ley. El art. 579.2 LECrim que era la base normativa mediante la cual se aplicaba la grabación oral, ya había sido declarado como ambiguo e indeterminado en ciertos aspectos esenciales para proteger el derecho al secreto de las comunicaciones; pero no obstante aquello, dichas falencias podían suplirse con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional; por lo tanto la falta de claridad de ley no necesariamente conllevaban a la nulidad de las autorizaciones judiciales para el uso de la intervención de las comunicaciones, siempre que la intervención se sujetara al principio de proporcionalidad. Tesis que no era aplicable para el caso planteado, pues una cosa es la ambigüedad de la ley que podía ser suplida mediante jurisprudencia del TC, y otra muy diferente es la carencia total de la ley para tratar las grabaciones orales[552]. En consecuencia, no se trata de un caso de falta de calidad de la ley, sino de ausencia total de la norma, panorama que impide suplir vía jurisprudencia, las cuestiones relacionadas a la grabación oral en el calabozo policial, como se lo venía haciendo para el caso de las intervenciones telefónicas.

Por último, el Tribunal considera que aplicar el art 51 de la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria y los arts. 46 y 47 del Reglamento Penitenciario, como norma habilitante, para justificar la intervención de las comunicaciones orales, no representa cobertura legal para esta clase de medida, puesto que dichas normas no rigen en un marco

[551] BELLIDO PENADÉS, R.: *La captación de comunicaciones orales directas y de imágenes… op. cit.,* pp. 34-36.
[552] CEDEÑO HERNÁN, M.: "Las medidas de investigación tecnológica…", en *Nuevas tecnologías…op. cit*., pp. 49-84.

extrapenitenciario y, además su radio está pensado para supuestos de carácter administrativos relacionados exclusivamente al interno penitenciario mas no para habilitar a órganos judiciales a adoptar medidas restrictivas de derechos fundamentales que se rijan en un ámbito jurídico distinto y conforme a presupuestos diferentes a las intervenciones realizadas en un centro carcelario[553].

De lo expresado hasta aquí podemos concluir que esta medida a pesar de no haber estado plasmada en una ley, en la práctica se la venía utilizando como técnica investigativa, especialmente en la resolución de casos de delitos de naturaleza especialmente complejas. Así lo ha reconocido el TEDH en varias de sus sentencias, quien no obstante de haber admitido su uso, rechazó el material probatorio obtenido con dicha medida por la inexistencia de previsión legal expresa, es decir, no basta con la existencia de la norma en el ordenamiento jurídico, sino que además debe ser de calidad y con suficiente claridad.

En la jurisprudencia española de igual manera se ha reconocido su utilización, manteniendo en sus primeras sentencias el criterio de que su aplicación como instrumento de investigación penal para recabar pruebas estaba permitido mediante la aplicación analógica de lo estipulado en el anterior art. 579 de la LECrim. Jurisprudencia que dio un giro total con la STC 145/2014, de 22 de septiembre, en donde se impuso el criterio de la necesidad de la existencia previa de una norma específica que regule el tratamiento de esta clase de medida.

Como consecuencia de esta jurisprudencia el legislador acoge dicha consideración y en el Capítulo VI, Título VIII del Libro II de la LECrim, implementa como medida de investigación tecnológica el uso de dispositivos electrónicos para captar y grabar las comunicaciones orales directas de los investigados ya sean en la vía pública o en otro espacio abierto, en su domicilio o en cualesquiera otros lugares cerrados[554].

[553] *Ídem*.
[554] VELASCO NÚÑEZ, E. y, SANCHIS CRESPO, C.: *Delincuencia informática..., op. cit.*, p. 429. La regulación de la presente medida se encuentra establecida en el art. 588 *quate*r a. LECrim.

2. Objeto

El objeto de esta medida de conformidad con el art. 588 *quater* a, son las comunicaciones orales directas[555], por lo cual la peculiaridad de la captación o grabación de comunicaciones orales va a ser el contacto directo entre los interlocutores. Este distintivo marca una clara diferencia con la medida de intervención de comunicaciones telefónicas y telemáticas que son realizadas a distancia mediante el auxilio de un tercero quien facilita la vía para desarrollar la comunicación.

De una primera lectura se desprendería que esta medida únicamente tiene como objetivo las comunicaciones orales, pero si leemos más abajo, notaremos que su ámbito comprende, además, la obtención de imágenes, claro está de forma complementaria a la captación o grabación oral[556], en otras palabras, la utilización de dispositivos que permitan la grabación de imagen es una herramienta permitida en tanto y en cuanto sea el complemento de la escucha oral[557]. Pero esta interpretación literal del art. 588 *quater* a 3 LECrim, tiene su excepción cuando se la aplica en lugares públicos o cuando un agente encubierto está realizando una investigación. El primer supuesto encuentra su sustento en la LO 4/1997 de 4 de agosto que regula la utilización de videocámaras por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en lugares públicos, y, en el art 588 *quinquies* a LECrim, leyes que facultan a la Policía Judicial a la obtención de imágenes en el espacio público sin necesidad de autorización judicial previa. Esta última parte pone de manifiesto una aparente contradicción con la exigencia de autorización judicial impuesta por el Art. 588 *quate*r a 3 LECrim; pero en realidad no existe tal colisión, puesto que la ley exige autorización judicial en todos los casos relacionados a grabaciones de audio y de imagen de forma simultánea, pero no para aquellos supuestos donde únicamente se graba imagen en los lugares públicos. En estos casos la Policía judicial se encuentra facultada para la obtención y grabación de imagen de la persona investigada, especialmente si estos resultan necesarios ya sea

[555] Considera Sanchis Crespo que en vez de haber puesto la ley la palabra "directas" hubiese sido más gráfico el adjetivo "presencial", ya que este último adjetivo implica la presencia del investigado al sitio en concreto donde se realizará la conversación; por lo tanto, de darse este hecho, la comunicación no exigirá de ningún artefacto para su desarrollo. *Ibidem*, p. 432.
[556] Art. 588 *quater* a. 3 LECrim.
[557] DÍAZ MARTÍNEZ, M.: La captación de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos, en *La nueva reforma procesal penal. Derechos fundamentales e innovaciones tecnológicas* (Dirs. DÍAZ MARTÍNEZ, M., LÓPEZ-BARAJAS, PEREA), Tirant to Blanch, valencia, 2018, p. 93.

para permitir su identificación, para localizar los instrumentos o efectos del delito o conseguir datos importantes para el esclarecimiento de los hechos[558].

Por último, la segunda excepción tiene como sustento el art. 282 bis 7 LECrim, norma que permite al agente encubierto de una investigación en curso, grabar imágenes. Conforme a las fundamentaciones antes mencionadas podemos colegir que sí se puede realizar una grabación sólo de imagen de forma independiente de la oral e inclusive sin requerir de autorización previa, siempre que esta se realice en el espacio público[559].

Conforme a lo arriba esgrimido, podemos referirnos a la captación de grabaciones orales como aquella medida de investigación tecnológica, que a través de la instalación de dispositivos tecnológicos, permite grabar las conversaciones humanas verbales realizadas de manera directa sin ninguna intermediación[560] de un tercero, llevadas a cabo en lugares públicos, espacio abierto, domicilio del investigado o en cualesquiera otros sitios cerrados[561], cuya finalidad es la de recopilar fuente o medio de prueba para el proceso penal.

Esta medida permite captar las conversaciones orales en cualquier sitio donde se presuma que el investigado tendrá algún encuentro. Como bien lo expresa VELASCO

---

[558] Artículo 588 *quinquies* a.: "1. La Policía Judicial podrá obtener y grabar por cualquier medio técnico imágenes de la persona investigada cuando se encuentre en un lugar o espacio público, si ello fuera necesario para facilitar su identificación, para localizar los instrumentos o efectos del delito u obtener datos relevantes para el esclarecimiento de los hechos". LECrim. Bellido Penadés sostiene que para las otras clases de medidas investigativas que afectan derechos fundamentales, especialmente aquellas relacionadas a la captación de imágenes en sitios públicos, no se necesita autorización judicial, pues la policía judicial se encuentra facultada para realizarla, cuando se requiere identificar al autor, localizar los instrumentos o efectos del delito… BELLIDO PENADÉS, R.: *La captación de comunicaciones orales directas y de imágenes… op. cit.,* p. 66.

[559] La Fiscalía General del Estado en su circular 3 sobre captación y grabación de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos, haciendo un análisis lógico sobre sí se podría realizar la grabación de imagen sin hacerlo de manera conjunta con la conversación oral, ha considerado que sí se puede hacer la captación y grabación únicamente de la imagen, pues esto lo permite algunas normas, dentro de las que se puede citar el art. 282 bis 7. FGE Circular 3/2019, de 6 de marzo. Criterio que es compartido por Bueno De Mata, quien piensa que este razonamiento de la Fiscalía, permite colmar la laguna jurídica sobre la aplicación de esta diligencia investigativa. BUENO DE MATA, F.: *"Las diligencias de investigación penal…", op. cit.,* p. 100. Así mismo sostiene Díaz Martínez quien señala que cuando se obtiene únicamente grabación de imagen en lugares públicos, no se necesita autorización judicial, por cuanto así lo estipula el art. 588 *quinquienes* a. LECrim. DÍAZ MARTÍNEZ, M.: "La captación de comunicaciones orales*…"*, en *La nueva reforma procesal penal…*, *op. cit.*, p. 93.

[560] El distintivo de este tipo de intervención es la ausencia de intermediarios en la vía para trasmitir la comunicación, es por esto que dentro de esta medida se incluirá la captación de comunicaciones realizadas por walkie-talkie, emisores de radiofrecuencia, o por el telefonillo en un portero electrónico. BARRIO ANDRÉS, M.: *Delitos 2.0. Aspectos penales, procesales y de seguridad…, op. cit.*, p. 272.

[561] VEGAS TORRES, J.: Las medidas de investigación tecnológica", *Nuevas tecnologías…*, *op. cit.*, pp. 49-83.

NÚÑEZ[562], a pesar de señalar la norma determinados sitios donde se debe aplicar esta medida, esto no impide la posibilidad de que los instrumentos de captación y grabación, puedan ser llevados por una persona que acuda al encuentro con el sospechoso, lo que sí es necesario, para tener la certeza de la validez de las actuaciones, es señalar el lugar e instante donde por su ubicación y contexto temporal se realizó la diligencia investigativa de captación y grabación oral de la conversación o imagen.

De acuerdo a estas peculiaridades, esta medida constituye, en nuestra opinión, el instrumento de investigación moderno más invasivo y peligroso que pulveriza la intimidad, pues puede ser utilizada en los sitios o espacios más reservados de la persona. La ley no establece exención de lugar, esto quiere decir que el juez podría autorizar una captación de grabación oral y de imagen en el dormitorio o baño del sospechoso. Por lo que, en determinados casos, el investigador, deberá previamente solicitar en la misma petición de la medida, la extensión de la resolución motivada para la procedencia del acceso a dichos espacios. En definitiva, se puede decir que esta medida en ciertas ocasiones puede significar una grave afectación no sólo para los derechos fundamentales del investigado, sino inclusive para todo su entorno familiar[563].

La intervención de conformidad con la actual norma va dirigida a captar únicamente las comunicaciones directas que se mantengan por el investigado[564], frase última que nos lleva a sostener que, a diferencia del resto de las medidas de investigación tecnológica, no es posible afectar a terceras personas si sobre éstas, no pesa algún tipo de sospecha, y así se lo justifica en la resolución judicial.

La ley no especifica los tipos de instrumentos autorizados para la captación y grabación oral de conversaciones y de imagen; por lo tanto, debemos entender que serán todos aquellos que permitan cumplir con la finalidad de la medida[565]. Al parecer esta omisión del legislador podría tener su razón de ser en el hecho que al ser muy veloz el desarrollo tecnológico, clasificar de forma taxativa los dispositivos tecnológicos aplicables dentro de este tipo de intervención,

[562] VELASCO NÚÑEZ, E.: *Delitos tecnológicos: definición…, op. cit.,* p. 114.
[563] BARRIO ANDRÉS, M.: *"La captación de comunicaciones orales directas y de imágenes… op. cit.,* p. 274.
[564] Art. 588 *quater* a. 1.: "Podrá autorizarse la colocación y utilización de dispositivos electrónicos que permitan la captación y grabación de las comunicaciones orales directas que se mantengan por el investigado…". LECrim.
[565] BELLIDO PENADÉS, R.: *La captación de comunicaciones orales directas y de imágenes… op. cit.,* p. 64. Con esto queda la puerta abierta para la utilización de cualquier instrumento tecnológico que tenga la aptitud para la captación y grabación. Circular 3/2019, Fiscalía General…, *op. cit.*

produciría que un tiempo muy cercano caiga en desuso la utilidad técnica de estos instrumentos o provoque problemas de interpretación[566]; por tal motivo dejar abierta esta posibilidad permitirá una rápida adaptación de esta medida a los cambios galopantes de la tecnología.

Si bien esta omisión del legislador puede resultar beneficiosa para la persecución penal, nosotros pensamos que puede provocar causas de nulidad al dejar abierta la puerta para que los investigadores usen cualesquiera de los dispositivos electrónicos que pueden resultar muy peligrosos para los derechos fundamentales de los ciudadanos. En la actualidad contamos con un sinnúmero de dispositivos inteligentes que si no los regulamos pueden ser muy invasivos para nuestros derechos.

Hoy en día es una realidad los dispositivos inteligentes que forman parte del denominado "Internet de las cosas", así mismo tenemos los dispositivos como *Alexa de Amazon* o las *Apps* bajadas e instaladas a nuestros móviles o laptops con nuestro consentimiento, que sin ser conscientes pueden captar imágenes o nuestras conversaciones. Dispositivos que al estar en el interior de nuestras viviendas pueden penetrar la esfera más secreta de nuestra vida íntima. Estos artefactos pueden permitir oír, ver y captar todo lo que realizamos en nuestro entorno; por lo que perfectamente pueden ser utilizados por la policía judicial para ver o grabar las conversaciones del sujeto investigado sin el conocimiento de éste y sin necesidad de ingresar a su domicilio para instalar los dispositivos. Lo mismo se podría hacer en el automóvil del investigado gracias a una herramienta conocida como *"movicar*[567]*"*. En otras palabras, nosotros mismos sin saberlo abrimos nuestra intimidad para que otros la conozcan.

Como podemos notar los dispositivos electrónicos considerados habituales dentro de este tipo de medida, tales como los micrófonos o videocámaras[568], que se han venido utilizando para la captación de imágenes y de sonido dentro de la investigación penal, pronto darán paso a las nuevos dispositivos que serán parte de la gran mayoría de hogares, los mismos que como ya dijimos le permitirá al investigador sin necesidad de ingresar al domicilio o al vehículo, utilizar la inteligencia artificial, así como todos los artefactos conectados a la red incorporados al día a día del sujeto incurso en un proceso penal, para grabar imagen o video, sin que éste pueda percatarse de aquello. En tal sentido esta tecnología se convertirá en muy poco tiempo en unos

[566] BARRIO ANDRÉS, M.: *Delitos 2.0. Aspectos penales, procesales y de seguridad…, op. cit*., pp. 271-272.
[567] BUENO DE MATA, F.: *Las diligencias de investigación penal…, op. cit*., p. 100.
[568] Circular 3/2019, Fiscalía General…, *op. cit.*

de los dispositivos más idóneos para alcanzar los objetivos de esta medida de investigación tecnológica[569].

La aplicación de estos dispositivos constituye un gran reto para el proceso penal, pues por un lado facilitan la laboral del investigador, al permitirle activar de manera remota las funciones de captación de voz o de imagen sin que el usuario se dé cuenta; pero por otro, al tratarse de artefactos normalmente que se encuentran en el interior de la vivienda, su utilización significa un impacto lesivo en la intimidad de muchos sujetos que por compartir con la persona sometida a investigación serán grabadas sus conversaciones e imágenes. Hasta el momento esta área ha sido poco explorada por el derecho procesal en general y de manera especial por el penal, de ahí que se requiere de una regulación específica, conforme a la naturaleza y características propias de estos dispositivos, para colmar estos vacíos jurídicos que provocan inseguridad jurídica en el uso de estas herramientas tecnológicas. De no tomarse en cuenta sus peculiaridades pueden provocar vulneraciones de derechos fundamentales y ser causa de ilicitud probatoria. En tal sentido somos del criterio, mientras no exista una reforma al respecto, que en la solicitud de autorización se especifique el dispositivo tecnológico a ser activado y sólo se pueda activar uno de ellos, pues de esta manera las grabaciones no se harán de forma indiscriminada en toda la vivienda del investigado, con lo cual se precautela, en parte, el derecho de los terceros, sean estos familiares o amigos del entorno del sometido al proceso penal.

3. Presupuestos habilitantes

Siguiendo lo expresado en el art. 588 *quater* b. los presupuestos lo podemos resumir en tres. El primero es que el uso de los artefactos destinados a la grabación y captación oral y de imagen deben referirse a uno o varios encuentros concretos del investigado con otras personas, y sobre cuya previsibilidad haya indicios puestos de manifiesto por la investigación[570]. De este presupuesto resaltamos dos efectos: uno de ellos es que antes de solicitar las grabaciones se debe haber realizado una investigación previa de los posibles sitios donde suele acudir el sospechoso a reunirse con terceras personas; y, el otro es que, al referirse la norma a encuentros concretos, deja en claro que esta medida no está sujeta a plazo, como sí ocurre en otras especies de medidas

[569] BUENO DE MATA, F.: *Las diligencias de investigación penal…*, *op. cit.*, p. 101.
[570] DELGADO MARTÍN, J.: *Investigación tecnológica y prueba digital…*, *op. cit.*, pp. 459-460.

como la intervención de comunicaciones. Por tal motivo, su rango de acción se fija no por un periodo de tiempo, sino en base a la concreción locativa del lugar o dependencias donde se realizará el o los encuentros del investigado con otras personas y sobre cuya previsibilidad haya indicios puestos de manifiesto por la investigación[571].

Debemos tener presente que lo concreto es opuesto a lo general y abstracto, por lo tanto, para que el encuentro sea calificado por el juez como concreto se debe aportar a la solicitud de los suficientes indicios que justifiquen tal circunstancia[572]. Esta última parte pone de manifiesto que este tipo interceptación no tiene cabida en la fase inicial de la investigación, pues muy difícilmente se contará con los indicios de previsibilidad de los encuentros concretos a realizarse[573]. Por lo tanto, esta medida no sirve como instrumento para arrancar con una investigación penal, pues se necesita del empleo de otras acciones investigativas previamente iniciadas, con las cuales se consiga aportar a la solicitud de autorización, de los indicios suficientes de los futuros encuentros a realizarse por parte del investigado[574].

Por otra parte, si bien se exige la concreción de la ubicación espacial, esto no es óbice para que la grabación se lleve a cabo en sitios en donde se desconozca el lugar exacto de la reunión por ser irrelevante o conociendo de la existencia del encuentro se desconozca con anticipación el sitio exacto de su celebración[575]. En tal razón es perfectamente legal que el dispositivo pueda ser portado por un tercero como puede ser un agente encubierto o la propia víctima e incluso la grabación puede darse en situaciones dinámicas en movimiento[576]. Con la exigencia de la concreción de los encuentros se busca evitar que esta medida, tan invasiva a los derechos fundamentales del investigado, sea utilizada con fines prospectivo o preventivo, prohibiéndose con esto la práctica denominada *"fishing expeditions"*[577]. En consecuencia, finalizada la captación autorizada, se deberá inmediatamente desactivar el dispositivo empleado

[571] Art. 588 *quater* b. LECrim.
[572] Circular 3/2019, Fiscalía General…, *op. cit.*
[573] BELLIDO PENADÉS, R.: *La captación de comunicaciones orales directas y de imágenes…, op. cit*., p. 103.
[574] Por eso la aplicación de esta medida requiere para su autorización de acciones investigativas iniciales como pueden ser seguimientos o escuchas telefónicas telemáticas, las mismas que permitirán obtener evidencias de los futuros sitios donde se realizarán los encuentros. MARTÍNEZ SANTOS, A.: *Las medidas de investigación tecnológica…*, *op. cit*., p. 199.
[575] Circular 3/2019, Fiscalía General*…, op. cit*. BELLIDO PENADÉS, R.: *La captación de comunicaciones orales directas y de imágenes…, op. cit*., p. 104.
[576] BUENO DE MATA, F.: *Las diligencias de investigación penal…, op. cit*., p. 276.
[577] CEDEÑO HERNÁN, M.: "Las medidas de investigación tecnológica…", en *Nuevas tecnologías…op. cit*., pp. 49-84.

para tal efecto[578], de tal suerte que esto se constituya en una garantía real[579] de los derechos fundamentales afectados por la medida.

Pero a pesar de esta buena intención hay quienes piensan que establecer como requisito la aportación de indicios de la previsibilidad de dichos encuentros, así como someter su utilización únicamente para encuentros "concretos", merma su utilidad dentro de la investigación criminal, a tal punto de que no se la solicitará[580]. Esta exigencia nos lleva a creer que esta medida a diferencias de otras, no es posible autorizarla de oficio, porque el juez al ser un sujeto de oficina, no podrá aportar los indicios de los posibles sitios dónde se realizarán los encuentros del investigado.

En vista de estos inconveniente prácticos, se plantea como una posible solución, la opción de solicitar autorización judicial para instalar los dispositivos electrónicos en el sitio donde se tenga los suficientes indicios de que el sospechoso se reúne con otros individuos para tratar sobre sus actividades delincuenciales y conforme se vayan dando los encuentros solicitar nuevas autorizaciones al juez para activarlos de forma remota y una vez culminado desconectarlo[581], eso sí deberá hacer conocer en la solicitud el momento inicial y final de la grabación, lo cual permite al juez ejercer un efectivo control de la medida.

El segundo de los presupuestos es el referente a la clase de delitos sobre los cuales cabe aplicar esta intervención, los mismos que de conformidad a la ley solo pueden ser: delitos dolosos castigado con pena con límite de, al menos, tres años de prisión; delitos cometidos en

---

[578] DELGADO SANCHO, C.*: Los derechos fundamentales en el proceso penal. Paso a paso. Guía práctica sobre la protección de los derechos fundamentales en el proceso penal*, Colex, A Coruña, 2019, p. 219.

[579] BELLIDO PENADÉS, R.: *La captación de comunicaciones orales directas y de imágenes…, op. cit*., p. 103.

[580] Dentro de este punto de vista se encuentra Conde-Pumpido, quien piensa que este requisito hace prácticamente inutilizable esta medida de investigación, pues las conversaciones orales suelen hacerse en el mismo sitio sin previo aviso. Por otra parte, esos encuentros "concretos", se conocen con poco tiempo de antelación temporal, lo cual provoca que los grupos de investigación no puedan instalar los dispositivos para la captación y grabación de las conversaciones, dejando a esta herramienta tecnológica de investigación inoperante. Otro punto que también presenta dificultades es el caso de las grabaciones en la vía pública, por cuanto en estos lugares al ser espacios abiertos y amplios cómo puede el investigador con anticipación conocer el momento y punto concreto donde se va a desarrollar el encuentro. Como podemos notar la aplicación de esta medida conforme a los presupuestos que estamos analizando la convierte en una herramienta retórica sin casi ninguna utilidad práctica. 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, (última visita 28/12/2020).

[581]CEDEÑO HERNÁN, M.: Las medidas de investigación tecnológica…, en *Nuevas tecnologías…, op. cit.*, 49-84.

el seno de un grupo u organización criminal; y, delitos de terrorismo[582]. Como podemos darnos cuenta en este tipo de medida no se incluye los delitos ejecutados mediante instrumentos informáticos o de cualquier otra tecnología de la información o comunicación o servicio de comunicación, exclusión que tiene sentido, pues por la naturaleza de esta medida, dirigida a los contactos reales y no virtuales o telemáticos, no se justifica su ampliación a este campo tecnológico, por cuanto no resultaría idónea para la persecución penal[583].

Para finalizar el tercer presupuesto exige "que pueda racionalmente preverse que la utilización de los dispositivos aportará datos esenciales y de relevancia probatoria para el esclarecimiento de los hechos y la identificación de su autor"[584]. De este concepto se destacan dos exigencias, por un lado, que la utilización de los dispositivos aporte "datos esenciales", es decir debe tratarse no de cualquier información, sino únicamente de aquella sustancial, principal o notable[585] para la investigación. Por otra parte, cuando la ley señala "relevancia probatoria", puede inducir a la idea que se requiere la obtención, no de indicios propios de la fase de investigación, sino de prueba para aportar a la etapa de juicio[586]. Pero por ser esta una medida de investigación penal se debe entender que la relevancia debe ser en cuanto a las evidencias o indicios probatorios mas no como prueba en sí; porque los fines de la instrucción son la de conseguir principalmente las fuentes de prueba que sirvan de base para probar en el juicio la materialidad de la infracción penal como a sus responsables.

Encontramos que el legislador no señala cuales son las normas a seguir para saber cuándo los datos que se conseguirán serán de importancia para la investigación; por lo tanto, tal como se desprende de la lectura de la norma, debemos entender que la esencialidad y relevancia están condicionada al esclarecimiento del ilícito y a la identificación del autor de la infracción[587].

En definitiva, este último supuesto reafirma lo dicho en líneas anteriores sobre la necesidad de utilizar, previo a solicitar la autorización de esta medida, de otros métodos de investigación criminal que permitan obtener ciertos indicios sobre los encuentros futuros del

[582] Art. 588 *quater* b. 2. LECrim.
[583] Circular 3/2019, Fiscalía General*…, op. cit*.
[584] Art. 588 *quater* b. 2. LECrim.
[585] Esencial de conformidad a la segunda acepción de la Real es adj. Sustancial, principal, notable. Diccionario de la lengua española, Ed. Del Tricentenario, Actualizada 2020, versión online, disponible en: https://dle.rae.es/esencial (última visita 2/1/2021).
[586] SANTOS MARTÍNEZ, A.: *Las medidas de investigación tecnológica…*, *op. cit*., p. 200.
[587] *Ibidem*, p. 201.

investigado, así como también que de dicho futuro encuentro se conseguirá datos útiles para la investigación[588].

4. La resolución judicial

Además de las exigencias de carácter general[589], esta medida debe adicionar la mención concreta al lugar o dependencias y los encuentros del investigado que van a ser puesto a vigilancia[590]. Si sumamos los requisitos comunes con los especiales de esta medida, la resolución judicial deberá contener un total de diez exigencias. Pero por cuanto ya estudiamos los requisitos de carácter general que debe contener la resolución judicial de todas las medidas de investigación tecnológica, resulta redundante hacer mención a los mismos, por lo que únicamente agregaremos aspectos específicos aplicables para la captación y grabación de comunicaciones orales.

Entrando en materia el art. 588 numeral 3 bis c LECrim., establece como requisitos:

a) El hecho punible objeto de investigación y su calificación jurídica, con expresión de los indicios racionales en los que funde la medida. Indicios que, para el caso de esta medida, no solo bastan con ser objetivos, sino que además deben cumplir con dos condiciones. La primera es aportar la previsibilidad de los encuentros concretos. Y la segunda es que deben tener la capacidad de aportar datos esenciales y de relevancia probatoria para el esclarecimiento y la identificación de su autor[591].

b) La identidad de los investigados y de cualquier otro afectado por la medida, de ser conocido. Debido a que la instalación de los dispositivos puede ser realizada en cualquier sitio sean estos públicos o privado e incluso en la propia vivienda del investigado, la convierte en una medida con un gran alcance de afectación para terceros, es por esto que en caso de

[588] Sanchis Crespo, pone dos supuestos en lo que esta condición se podría cumplir. La una es si con antelación se ha autorizado una interceptación de comunicaciones y de cuya información se desprende que el encuentro a realizarse se va a conseguir datos útiles para la investigación criminal. La segunda es consiguiendo la misma información a través de un confidente creíble. En los demás casos cumplir con este requisito dependerá del progreso de la investigación. SANCHIS CRESPO, C., y VELASCO NÚÑEZ, E.: *Delincuencia informática…*, *op. cit.*, p. 444.
[589] Véase el art. 588 bis c LECrim.
[590] *Ibidem*, art. 588 *quater* c.
[591] Art. 588 *quater* b numerales 1 y 2 LECrim.

conocerse deberá identificarse y singularizarse si los afectados pertenecen o no al núcleo familiar o si son únicamente personas conocidas[592].

c) La extensión de la medida de injerencia, especificando su alcance, así como la motivación relativa al cumplimiento de los principios rectores. Con este presupuesto se exige que la resolución judicial señale si la intervención será únicamente de captación y grabación de conversaciones o si también comprende la captación y grabación de imágenes, en cuyo caso deberá fundamentar por qué resulta necesaria esa extensión de la medida[593]. Esta puntualización es importante, pues caso contrario se debe entender que sólo la autorización será para la captación oral de las conversaciones, esto se explica por cuanto la grabación de imagen es una medida complementaria.

d) La unidad investigadora de Policía Judicial que se hará cargo de la intervención. Si bien lo normal es la identificación de la unidad policial a cargo de la medida, en esta se exige la identificación de todos los agentes que hayan participado en la ejecución y seguimiento de la medida, exigencia que a nuestro criterio resulta algo peligrosa para la integridad de los investigadores, sobre todo cuando se trata de investigaciones relativas al crimen organizado o terrorismo, grupos delincuenciales que por su poder económico y, en ocasiones político, puede amenazar o atentar contra la integridad física de los participantes de la ejecución de la medida, por eso considero que debería ser como las otras medidas que únicamente exigen la unidad policial mas no la individualización de los nombres de las personas a cargo de la aplicación de la medida.

e) La duración de la medida. Este apartado no aplica para la interceptación oral de las comunicaciones, debido a que como dijimos *supra*, esta medida no se somete a plazo, sino que dependerá su vigencia según los encuentros concretos previsibles a realizarse por parte del investigado.

f) La forma y la periodicidad con la que el solicitante informará al juez sobre los resultados de la medida. Para el caso de esta medida, no se establece periodos de tiempo, sean estos semanales, quincenales o mensuales para que la policía haga conocer sobre los resultados de la intervención, sino que aquí se deberá informar una vez producidos los encuentros, por lo tanto, la información sobre los avances de la medida, se encuentran sometida al requisito del

[592] SANCHIS CRESPO, C., y VELASCO NÚÑEZ, E.: *Delincuencia informática…, op. cit.*, p. 450.
[593] BELLIDO PENADES, R.: *La captación de comunicaciones orales directas y de imágenes…, op. cit*., p. 117.

"encuentro concreto"[594]. En definitiva, la forma y periodicidad de informar al juez de los resultados de la medida, dependerá de la naturaleza y tiempo de los encuentros[595].

g) La finalidad perseguida con la medida. En cuanto a este literal diremos que es igual a todas las demás medidas, esto es verificar o constatar la existencia del delito e identificar a sus posibles responsables del hecho criminoso.

h) El sujeto obligado que llevará a cabo la medida, en caso de conocerse. Este requisito tampoco aplica para esta clase de intervención, pues aquí estamos ante la presencia de grabaciones presenciales llevadas a cabo sin la participación de operadoras, por lo tanto, la regla general será que esta medida se lleve a cabo sin la necesidad de pedir colaboración de un tercero. Entonces lo normal será que la propia policía provea el operativo técnico necesario para la instalación de los dispositivos.

i) Mención concreta al lugar o dependencias. Con este requisito se consigue impedir un uso generalizado de la intervención, con lo cual el rango de intromisión de los derechos fundamentales se limita a un espacio geográfico específico. De esta forma se garantiza que la afectación de los derechos fundamentales del investigado se enmarque dentro del respeto al principio de proporcionalidad y no exceda su aplicación de lo estrictamente necesario[596]. A su vez este presupuesto asegura que las conversaciones captadas no vayan a ser suplantadas por otras ocurridas en otro sitio o día diferente[597].

Por otra parte, si bien la ley exige la concreción espacial del lugar del encuentro, este debe ser definido de forma razonable[598], pues como dijimos anteriormente existen casos de encuentros deslocalizados o cuyos lugares de celebración se desconocen previamente, por lo tanto, exigir un detalle pormenorizado del lugar o dependencia haría imposible la aplicación de la medida. En virtud de aquello, es suficiente para dar por cumplido con este supuesto con que se circunscriba el espacio geográfico de forma suficiente. Situación que varía en cambio cuando se trata de aplicar esta intervención al domicilio del investigado, en cuyo caso, sí será necesario hacer una mención específica del sitio donde se instalará el dispositivo[599], a más de esto, por el

[594] *Ibidem*, p. 118.
[595] BUENO DE MATA, F.: *Las diligencias de investigación penal…*, *op. cit*., p. 105.
[596] Circular 3/2019, Fiscalía General*…, op. cit*.
[597] DELGADO MARTÍN, J.: *Investigación tecnológica y prueba digital…*, *op. cit.,* p. 461
[598] *Ídem*.
[599] *Ídem*.

nivel mayor de afectación del derecho fundamental la autorización deberá ser dada mediante una motivación reforzada[600].

j) Los concretos encuentros del investigado que vayan a ser vigilados. Es decir que este elemento no puede estar sustentado en elucubraciones o creencias personales de los policías, sino que esto, como ya lo señalamos, debe sustentarse en indicios suficientes de permitir deducir la realización de un encuentro entre el investigado y terceros. Por lo tanto, si no se acredita dichos indicios, no se podría habilitar ni aplicar la medida, ni tampoco se puede hacer el respectivo control judicial de la medida, pues este elemento es el que determina la duración de la intervención[601].

5. Control judicial de la ejecución de la medida

Dentro del control de esta medida debemos tener presente las disposiciones generales como son la del secreto en su adopción señalada en el art. 588 *bis* d LECrim, así como las específicas consagradas en el art. 588 *quater* d. Dentro de estas últimas se dispone: cumplir con lo estipulado en el artículo 588 *bis* g[602]; entrega por parte de la Policía Judicial al juez competente del soporte original o copia electrónica auténtica de las grabaciones e imágenes; transcripción de las conversaciones que considere de interés; y, por último la identificación de todos los agentes participantes en la ejecución y seguimiento de la medida[603]. Dentro de la

[600] Como bien lo dice Delgado Martín, cuanto mayor grado de afectación de derechos fundamentales implique la aplicación de la medida, ésta exigirá un mayor esfuerzo motivador, por parte de la policía, ministerio fiscal y juez competente. En tal virtud la resolución judicial autorizadora, en casos de una elevada incidencia de vulneración del derecho fundamental a la intimidad, debe ir acompañada de una motivación reforzada. En efecto no es lo mismo grabar en un espacio público que en el domicilio del investigado y menos aún en lugares tan privados como puede ser el dormitorio o el baño. DELGADO MARTÍN, J.: *Investigación tecnológica y prueba digital…*, *op. cit.*, p. 460. Véase también al respecto: DÍAZ MARTÍNEZ, M.: La captación de comunicaciones orales…, en *La nueva reforma procesal penal…op. cit*., p. 103. Por la grave intromisión al derecho fundamental del investigado, es que el juez, al momento de ponderar y motivar la necesidad y proporcionalidad, debe tener presente el sitio y dependencia donde se realizará la vigilancia electrónica, pues de éstas dependerá el tipo de motivación, exigiéndose para casos de captaciones dentro de la vivienda del sospechoso o de lugares privados, de una motivación reforzada. BELLIDO PENADÉS, R.: *La captación de comunicaciones orales directas y de imágenes…, op. cit.,* p. 120.

[601] Circular 3/2019, Fiscalía General*…", op. cit.*

[602] A este supuesto de le debe agregar lo expresado en el 588 bis j., que dispone el cese de la medida cuando desaparecen las causales justificadoras que dieron paso a la autorización de la medida o resulte evidente que no se están consiguiendo los resultados trasados. Así mismo se tendrá en cuenta todo lo relacionado a la ejecución de la medida, redición de información sobre los resultados de la medida o situaciones atenientes a la destrucción de los registros electrónicos utilizado en la aplicación de la intervención. BELLIDO PENADÉS, R.: *La captación de comunicaciones orales directas y de imágenes…, op. cit*., p. 122.

[603] Circular 3/2019, Fiscalía General…, *op. cit.*

primera exigencia se encuentra la obligación de la policía judicial de informar al juez instructor de todo el desarrollo, así como del final de la intervención. Pero para el caso de la captación y grabación de imagen, por sus peculiaridades, y, como ya se dijo anteriormente, los informes de los avances de la medida, será luego de realizarse los encuentros concretos autorizados.

Para el control de esta medida es requisito necesario la aportación por parte de la policía judicial al juez competente del soporte original o copia electrónica autenticada de las grabaciones de imágenes, acompañada de la respectiva trascripción de las conversaciones e imágenes que sean relevantes para el proceso. En relación a este último aspecto, esto no es lo más adecuado para la protección de los derechos fundamentales, pues significa que los originales van a quedar bajo custodia de los archivos policiales sin ningún control sobre su uso, situación que no debe ser aceptada al tratarse de la grabación de imagen y sonido, lo cual vulnera gravemente a la privacidad e intimidad del investigado e incluso de sus familiares y allegados[604]. Siguiendo este punto de vista, lo correcto sería la entrega del soporte original y las copias autenticadas, a efecto de que el juez custodie las copias para caso de pérdida del original o en su defecto ordene lo más adecuado para garantizar la tutela de los derechos fundamentales de los afectados.

Fiscalía General conversación, únicamente se requiere la trascripción de lo que se considere de interés para la causa, en otras palabras, de igual manera como expresamos con las comunicaciones telefónicas y telemáticas, se debe poner a disposición del juez tanto la grabación integra de la conversación e imagen, así como las parciales que contengan los pasajes de mayor importancia para la causa[605]. MARTÍNEZ SANTOS, piensa que, si bien el control de la medida termina, con la entrega del soporte mecánico, sería importante que en el informe se agregaran determinados datos como la ubicación, día, hora y duración de la conversación intervenida; así como la identificación de los sujetos que intervinieron en el encuentro[606]. Criterio que nos adherimos, pues facilita el trabajo de control del juez, quien fácilmente podrá comprobar si efectivamente dichas intervenciones fueron hechas conforme se dispuso en el auto de autorización y no bajo otros parámetros o criterio arbitrarios. A su vez, la identificación de los otros sujetos captados o grabados con la intervención permite saber quiénes son los terceros

[604] BARRIO ANDRÉS, M.: *Delitos 2.0. Aspectos penales, procesales y de seguridad…, op. cit*., p. 280.
[605] DELGADO SANCHO, C.*: Los derechos fundamentales en el proceso penal..., op. cit.,* p. 220.
[606] SANTOS MARTÍNEZ, A.: *Las medidas de investigación tecnológica…*, *op. cit*., p. 203.

afectados con la medida, a fin de que se les precautelen sus derechos haciéndoles conocer, como sucede en la intervención de las comunicaciones telefónicas y telemáticas, de los encuentros en los cuales participaron, siempre y cuando sea posible su notificación y no perjudique las futuras investigaciones[607].

Para que se cumpla el control, se requiere en el informe la identificación de los agentes intervinientes en la ejecución y seguimiento de la medida. La aplicación de este requisito se lo puede justificar desde dos puntos de vista. Uno por el fortalecimiento de las garantías en relación a las injerencias que sufre los derechos fundamentales del investigado con la aplicación de la medida[608]. La otra porque con este presupuesto se consigue transparentar la aplicación de la medida al permitir la citación como testigo a juicio a cualquiera de los investigadores participantes en la ejecución de la medida[609]. Esto resulta útil sobre todo cuando se impugna la validez de la prueba o se cuestiona la veracidad de lo grabado[610], en cuyo caso la intervención en el juicio de los agentes policiales que participaron en la intervención, mediante su testimonio, darán cuenta de todo lo actuado, de esta forma, el juez y el impugnante, no tendrán dudas sobre la aplicación de la medida.

Pero a pesar de estas consideraciones su implementación presenta ciertos cuestionamientos, pues la identificación de esos agentes puede dar paso para dejar al descubierto las técnicas operativas y de investigación de la policía judicial[611]. MARTÍNEZ SANTOS, es crítico al momento de abordar la obligación de identificar a los agentes que han intervenido en la medida, ya que no se justifica el motivo del porqué esta exigencia es únicamente para la captación oral, mientras que para el resto de medidas de investigación tecnológica no se lo incluye. Sumado a esto la ley no señala qué consecuencias procesales trae aparejada la falta de identificación de los agentes participantes en la ejecución y seguimiento de la medida[612].

Por nuestra parte, pensamos que este requisito no se necesita para ejercer el control judicial, basta con conocer la unidad investigadora de Policía Judicial encargada de la

---

[607] 588 ter i. 3. LECrim.
[608] BELLIDO PENADÉS, R.: *La captación de comunicaciones orales directas y de imágenes…, op. cit*., p. 124.
[609] Circular 3/2019, Fiscalía General…, *op. cit*.
[610] SANTOS MARTÍNEZ, A.: *Las medidas de investigación tecnológica…*, *op. cit*., p. 203.
[611] BELLIDO PENADÉS, R.: *La captación de comunicaciones orales directas y de imágenes…, op. cit*., p. 124. Véase, además, la Circular 3/2019, Fiscalía General..., *op. cit*.
[612] SANTOS MARTÍNEZ, A.: *"Las medidas de investigación tecnológica…*, *op. cit.*, p. 203.

intervención, para que el juez, como sucede con el resto de medidas de investigación tecnológica, pueda realizar el respectivo control, garantizándose de esta forma los derechos fundamentales del investigado y de los terceros involucrados en la intervención. En cuanto a su comparecencia como testigos, la omisión de este requisito no es obstáculo para cumplir con esta actividad, pues de ser este uno de los fundamentos para su exigencia, las otras medidas no podrían llamar, en caso de así requerirlo, a juicio a los agentes intervinientes como testigos. Esta exigencia se la puede cumplir notificando al jefe superior de la unidad investigadora a cargo de la aplicación de la medida para que disponga a quienes participaron directamente de la intervención, su comparecencia como testigos al juicio. Por lo tanto, sostenemos que este requisito es irrelevante para cumplir con el control judicial, más bien como ya lo dijimos, al tratar sobre la resolución judicial específicamente en el literal e, identificar los agentes participantes de la intervención, en determinados casos resulta sumamente riesgoso para la integridad de ellos e incluso de sus familiares; de ahí que para estos supuestos su comparecencia como testigos debería ser bajo el anonimato.

6. Cese de la medida

El cese de la medida procede de acuerdo al art. 588 *quater* e, cuando se dan alguna de las causales previstas en el art. 588 *bis*. j LECrim. Pero como bien lo recalca SANTOS MARTÍNEZ, no todas las causales de este artículo se acoplan a la naturaleza de esta medida, de tal manera que es necesario realizar ciertos ajustes. Uno de ellos es que la medida al no tener un plazo determinado, como ocurre en las demás medidas de investigación tecnológica, su vigencia está supeditada a los encuentros concretos, por lo tanto, si este no se da, la medida cesará. Por otra parte, si se logra intervenir la conversación, pero esta resulta irrelevante para el proceso, su aplicación cesará; y por último esta también cesará cuando la intervención se ha realizado[613].

El cese de la medida de grabación de conversaciones o captación de imagen no implica que no se pueda ser empleada en otros encuentros, bastando para estos casos la obtención con que se cuente con una nueva autorización judicial[614]. Esto significa que mientras dure la investigación penal, se puede utilizar cuantas veces sea necesario este tipo de medida, claro está,

[613] SANTOS MARTÍNEZ, A.: *Las medidas de investigación tecnológica…*, *op. cit*., p. 204.
[614] 588 *quater* e. LECrim.

siempre con la debida autorización judicial. Por lo tanto, no está permitido el uso continuo de esta medida, pero sí la posibilidad de autorización para grabar varios encuentros. En razón en determinados casos no será necesario desinstalar los dispositivos electrónicos, sino únicamente desactivarlo, y una vez conseguida la respectiva autorización volverlos a activar.

V. UTILIZACIÓN DE DISPOSITIVOS TÉCNICOS DE CAPTACIÓN DE LA IMAGEN, DE SEGUIMIENTO Y DE LOCALIZACIÓN

1. Antecedentes

Mucho antes de la puesta en vigencia de la Ley Orgánica 13/2015, el uso de esta medida como instrumento de investigación del delito ha venido siendo admitida por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y Tribunal Supremo, eso sí, siempre y cuando las grabaciones se hagan en espacio o sitios públicos[615]. El Tribunal Supremo ha sostenido que la filmación de escenas presuntamente delictuales llevadas a cabo en lugares públicos, son actividades permitidas por la ley cuando se está investigando acciones criminales, por lo que son consideradas legítima y no vulneradora de derechos fundamentales. De manera resumida esta jurisprudencia considera que las filmaciones realizadas en un espacio o lugar público, cuando se está investigado un hecho criminal, no requieren autorización judicial previa para su validez, pues no existe intromisión indebida en la intimidad personal o familiar, por tal razón la evidencia así obtenida constituye para el proceso penal una prueba indiscutible[616]. En otra sentencia se reitera que pese a la ausencia de una regulación expresa la jurisprudencia de los Tribunales Constitucional y Supremo, han admitido que la policía pueda captar imágenes en los lugares públicos. El Tribunal expresa que lo importante es discernir cuando se trata de un lugar reservado a la autorización judicial o cuando la policía por propia iniciativa puede captar

[615] En relación a esta clase de diligencias de investigación encontramos varios pronunciamientos jurisprudenciales que han señalado: "Efectivamente, desde hace ya tiempo la jurisprudencia venía considerando legítima y no vulneradora de derechos fundamentales la filmación de escenas presuntamente delictivas que suceden en espacios o vías públicas (SSTS 968/1998, de 17 julio; 67/2014, de 28 enero; 409/2014, de 21 de mayo; y 200/2017, de 27 de marzo). "Lo relevante es discernir cuando se trata de un espacio reservado a la autorización judicial, domicilio o lugar cerrado, o cuando por propia iniciativa los agentes pueden captar las imágenes cuestionadas por tratarse de "lugares o espacios públicos", pues en estos, incluyendo con carácter general todos aquellos ajenos a la protección constitucional dispensada por el artículo 18.2 de la Constitución Española a la inviolabilidad domiciliaria o por el artículo 18.1 a la intimidad, podrá ser decidida por propia iniciativa por los agentes de policía". STS 272/2017, de 18 de abril, 2017.

[616] STS 433/2012, de 1 de junio de 2012.

imágenes sin requerir autorización al juez. En definitiva, mientras la captación de imagen no vulnere los derechos fundamentales consagrados en los artículos 18.2 y 18.1, de la Constitución, la policía por decisión propia, este facultada para captar imágenes en los lugares o sitios púbicos[617].

Actualmente esta medida de investigación se encuentra regulada en el Capítulo VII art. 588 *quinquies* a, b y c, de la cual se desprende que estamos en presencia de dos herramientas investigativas: la utilización de dispositivos técnicos de captación de la imagen y la utilización de dispositivos técnicos de seguimiento y localización. Razón por la cual vamos a estudiar cada una de ellas de forma separada.

2. Utilización de dispositivos técnicos de captación de la imagen

2.1. Presupuestos y características

Lo primero que podemos notar es que esta medida de investigación va destinada para uso exclusivo de la policía judicial sin necesidad de autorización judicial, según se colige de la lectura del art. 588 *quinquies* LECrim que faculta a este organismo a obtener y grabar por cualquier medio técnico imágenes de la persona investigada cuando se encuentre en un lugar o espacio público, siempre que esto fuere necesario para facilitar su identificación, para localizar los instrumentos o efectos del delito u obtener datos relevantes para esclarecimiento de los hechos.

En esta medida, a diferencia de las otras, el legislador ha querido facultar su uso directamente a la policía judicial, es por esto que no requiere de autorización judicial previa. Esto también daría como consecuencia la no aplicación de los principios rectores estudiados en líneas anteriores, criterio que no debe ser aplicado de forma absoluta. Sobre este aspecto BUENO DE MATA, considera que sí se deberían aplicar ciertas disposiciones tales como las concernientes al secreto, destrucción de registro y hallazgos casuales[618], lo cual compartimos porque estamos ante una investigación criminal que de una u otra forma implica siempre una afectación de los derechos fundamentales del investigado, los cuales deben ser garantizados en

[617] STS 272/2017, 18 de abril de 2017.
[618] BUENO DE MATA, F.: *Las diligencias de investigación penal…*, *op. cit.*, p. 127.

todo momento por el juez instructor. En este sentido situaciones como las relacionadas al secreto son importantes para evitar filtraciones de información que puedan poner en sobre aviso al investigado; la destrucción de registro una vez culminada la causa como forma de garantizar el derecho a la protección de datos o de imagen del incurso en la investigación; la aplicación de las reglas de los hallazgos casuales, a fin de que se los pueda utilizar en otra causa o para iniciar una nueva y no dejar en la impunidad los delitos descubiertos de manera imprevistas; constituyen en definitiva reglas que no pueden dejar de aplicarse en esta clase de medida.

Puede resultar extraño la falta de exigencia de la autorización judicial previa para aplicar esta medida, pero esta diferencia con el resto de medidas de investigación tecnológica tiene su explicación conforme se desprende del preámbulo de la LO 13/2015, debido a que este tipo de medida no afecta ningún derecho fundamental o su incidencia es muy leve; claro está siempre que se realice en un lugar o espacio público y no traspase la esfera inviolable donde el ciudadano desarrolla su vida privada, pues de otra manera, la autorización judicial se convierte en un requisito inexpugnable para legitimidad de la intervención.

Por otra parte, la facultad conferida a los agentes policiales para la aplicación directa de esta medida no es patente de corso para que ellos puedan grabar de forma indiscriminada todas las imágenes de las actividades ejecutadas por los ciudadanos, pues la propia norma limita esta potestad a tres casos que son para: a) facilitar la identificación del investigado; b) localizar instrumentos o efectos del delito; y, c) obtener datos relevantes para el esclarecimiento de los hechos[619]. De este deducimos que, si bien la policía está facultada por el legislador para captar imágenes en el espacio público, su uso es restringido únicamente cuando se requiere cumplir uno de los tres presupuestos que acabamos de mencionar. A pesar de esta limitación se observa que en cuanto al tipo de delito no se establece nada, por lo tanto, el uso de esta medida puede ser aplicada para cualquier investigación criminal[620].

Por último, encontramos que en el trascurso de la aplicación de esta medida se puede afectar derechos de terceros. Situación prevista en el art. 588 *bis* h LECrim en donde se establece que se puede acordar medidas de investigación tecnológicas aun cuando afecten a terceras personas en los casos y con las condiciones que se regulan en las disposiciones específicas de

[619] Art. 588 *quinquies* a.1. LECrim.
[620] SANTOS MARTÍNEZ, A.: *Medidas de investigación tecnológica…, op. cit.*, p. 214.

cada una de ellas. Acogiendo esta regulación el art. 588 *quinquies* a. numeral 2, prevé la afectación de terceros ajenos a la investigación, para ello exige el cumplimiento de dos requisitos: "siempre que de otro modo se reduzca de forma relevante la utilidad de la vigilancia o existan indicios fundado de la relación de dichas personas con el investigado y los hechos objetos de la investigación". Requisitos que conforme se desprende del nexo disyuntivo "o", significa que no son copulativos sino alternativos, es decir, basta que se verifique uno de ellos para justificar la afectación del derecho del tercero. De forma resumida la afectación del tercero tendrá lugar por razones de utilidad o por vinculación del tercero con el sospechoso o con los hechos investigados[621].

2.2. Ámbito de aplicación

Esta medida está enfocada hacia la investigación de hechos criminales, en tal razón las acciones policiales irán dirigidas a cumplir con las finalidades establecidas en la ley las cuales son: encaminar actuaciones tendientes a preparar el juicio, averiguar y hacer constar la perpetración de los delitos y la culpabilidad de los infractores[622]. Por lo tanto, si la utilización de esta intervención se desvía de estos fines, no obstante, de realizarse la captación de imágenes ajenas en lugares públicas, puede llegar a vulnerar el derecho a la intimidad y propia imagen del sujeto afectado con la medida. En efecto, no limitar esta facultad policial a la investigación de hechos criminales en concreto, daría lugar a que esta medida se la utilice con fines prospectivos, lo cual convertiría su uso en ilegal e impropio de un Estado democrático.

En virtud de la finalidad que caracteriza esta clase de intervención, quedan fuera del ámbito de regulación del art. 588 *quinquies* a., las captaciones de imágenes contenida en LO 4/1997, de 4 de agosto y las contempladas en la Ley 5/2014, de 4 de abril. En relación a la primera que comprende la utilización de videocámaras por las Fuerzas de Seguridad en lugares públicos, de su art. 1 se desprende que su finalidad es la de mantener la seguridad y prevenir delitos en lugares públicos, por lo tanto, difiere del objeto previsto en la LECrim que es la de investigar y perseguir un delito en concreto[623].

---

[621] *Ídem*.
[622] Art. 299 LECrim.
[623] Ley Orgánica 4/1997, de 4 de agosto, en su art. 1 .1 expresa: "1. La presente Ley regula la utilización por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad de videocámaras para grabar imágenes y sonidos en lugares públicos, abiertos o

Pero a pesar de que la LO 4/1997 cumple otro rol, no significa que sus grabaciones cuando registran hechos delictuales carecen de relevancia para el derecho penal, ya que la misma ley prevé la posibilidad de que dichas acciones pueden ser perfectamente aportadas a un proceso penal como pruebas o indicios de actividad delictual. En estos casos, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad deben poner la cinta o soporte original de lo captado o grabado a disposición del juez competente a la brevedad posible, sin que el plazo pueda exceder de setenta y dos horas desde su grabación[624].

En relación a la Ley de Seguridad Privada, de su título mismo se desprende que estas grabaciones no son realizadas por Fuerzas y Cuerpo de Seguridad del Estado, sino por entes privados; por lo tanto, la grabación de imágenes se limita al ámbito o espacio privado, cuya responsabilidad están a cargo de vigilantes de seguridad o, en su caso guardas rurales. En esta la ley al igual que la anterior, se prevé situaciones de captaciones de imágenes relacionadas a hechos delictivos o que afectan a la seguridad ciudadana. De darse estos eventos, lo captado puede ser aportado de propia iniciativa o por requerimiento de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, respetándose en todo momento los criterios de conservación y custodia del material grabado para su validez como evidencia o prueba en las investigaciones policiales o judiciales[625].

Otro tipo de grabación que, si bien no está regulado por ninguna ley en especial, es la atinente a las grabaciones realizadas por terceros, actividad que con las facilidades brindadas por las actuales tecnologías como son los teléfonos móviles, *tablets*, *smarphones* etc., todas ellas dotadas de cámaras, han convertido las instantáneas o grabaciones de imágenes y sonidos en algo muy frecuente en nuestros días. La masificación de estas tecnologías permite captar muchos hechos que se dan en la vía pública, en tal circunstancia veremos que efecto produce este tipo grabaciones[626].

---

cerrados, y su posterior tratamiento, a fin de contribuir a asegurar la convivencia ciudadana, la erradicación de la violencia y la utilización pacífica de las vías y espacios públicos, así como de prevenir la comisión de delitos, faltas e infracciones relacionados con la seguridad pública".

[624] Art. 7 LO 4/1997, de 4 de agosto.

[625] Art. 42. 4 "…Cuando las mismas se encuentren relacionadas con hechos delictivos o que afecten a la seguridad ciudadana, se aportarán, de propia iniciativa o a su requerimiento, a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad competentes, respetando los criterios de conservación y custodia de las mismas para su válida aportación como evidencia o prueba en investigaciones policiales o judiciales". Ley 5/2014, de 4 de abril, de Seguridad Privada.

[626] SANTOS MARTÍNEZ, A.: *Medidas de investigación tecnológica…, op. cit.*, p. 213.

Para que esta clase de grabaciones tengan validez deben ser realizadas de forma espontánea, por lo tanto, no se pueden realizar con fines investigativos por parte del tercero. En principio todas las grabaciones de los particulares realizadas en la vía pública no pueden ser cuestionadas, salvo que afecten derechos fundamentales, en tales circunstancias todo lo obtenido se convierte en ilícito. De forma resumida podemos expresar que las imágenes conseguidas por un tercero serán válidas siempre que se cumplan con tres requisitos a saber: deben ser realizada de forma espontáneas tienen que ser en un espacio público, y no pueden ser inducidas o provocadas.

3. Uso de dispositivos o medios técnicos de seguimiento y localización

Esta es una labor eminentemente policial en la investigación de los delitos, cuya función es la de realizar labor de vigilancia de lugares o personas con el objeto de conocer los movimientos y hábitos mediante la observación para que este proceso sirva para descubrir el delito, en resumen, con esta medida se consigue el control de los movimientos del investigado, así como conocer los sitios estratégicos donde se desarrollan las actividades criminales[627]. En antaño realizar esta labor significa un riesgo para el policía, pues tenía que ubicarse lo más próximo de su objetivo sin ser descubierto, adicionalmente se requería de varios agentes en turnos para poder llevar acabo esta función, en definitiva, su cumplimiento era un derroche de esfuerzo de personal como de recursos económicos. Afortunadamente, para beneficio de los policías, esto hoy en día ha variado muchísimo todo gracias al advenimiento de la revolución tecnológica, que ha traído una serie de instrumento técnicos que han dado paso a la tecnovigilancia, con lo cual las técnicas del seguimiento hoy en día se han simplificado[628].

Encontramos que antes de la vigencia de la LO 13/2015, la policía podía hacer seguimiento mediante la colocación de una baliza sin autorización judicial, sin que esto significare una afectación al derecho fundamental de la intimidad. El Tribunal Supremo consideraba a esta diligencia investigativa legítima desde la función constitucional que tiene la

[627] GÓMEZ SOLER, E.: "La utilización de dispositivos técnicos de captación de la imagen…" en *La nueva reforma procesal penal…, op. cit.*, p. 127.
[628] GONZÁLEZ i JIMÉNEZ A.: *Las diligencias policiales y su valor…, op. cit.*, pp. 179-180.

policía. Además, sostenía que la colocación de este artefacto no interfería en ningún de derecho fundamental que exigiese de autorización judicial[629].

La utilización de los dispositivos de seguimiento y localización se encontraban reservados al ámbito de la investigación criminal, su colocación quedaba a criterio de la policía, sin necesidad de solicitar autorización judicial previa. Todo esto refrendado por el Tribunal Supremo, pues hasta ese momento se consideraba que el uso de balizas geolocalizadoras no significan un atentado contra los derechos del investigado[630].

Actualmente dicho criterio ha variado por uno de tendencia garantista, lo cual se ve reflejado en el art. 588 *quinquies* b. LECrim, al disponer que "cuando concurran acreditadas razones de necesidad y la medida resulte proporcionada, el juez competente podrá autorizar la utilización de dispositivos o medios técnicos de seguimiento y localización". Al señalar la ley "utilización de dispositivos o medios técnicos", significa que quedan fuera de esta regulación los seguimientos policiales realizados personalmente sin la ayuda de dichos instrumentos[631]. Esta excepción parecería dar a entender que este último tipo de seguimiento no tiene igual incidencia de afectación para los derechos fundamentales del investigado, como sí lo representa el seguimiento mediante la utilización de dispositivos o medios técnicos, por consiguiente, no se exige autorización judicial previa para su implementación. En efecto la afectación del seguimiento realizado de forma personal representa una afectación de baja intensidad, ya que este tipo de vigilancia por ser realizado por un ser humano no puede permanecer de manera permanente, pues éste necesitará de relevo y esos instantes se deja de afectar el derecho a la intimidad del investigado. En cambio, con el seguimiento electrónico, no se pierde el contacto con el sujeto, su aplicación no necesita de relevos, en este sentido la intervención en el derecho del investigado es continuo y duradero en el tiempo tanto como sea necesario, por lo tanto, este tipo de seguimiento representa un alto grado de intromisión en el derecho a la intimidad, de ahí

[629] STS 562/2007, de 22 de junio, de 2007.
[630] SANTOS MARTÍNEZ, A.: *Medidas de investigación tecnológica…, op. cit.*, p. 216.
[631] La Fiscalía considera que a pesar de existir incidencia en el derecho a la intimidad cuando se practican seguimientos policiales de forma personal sin el uso de dispositivos electrónico, el legislador no ha tomado en cuanta estos supuestos para exigir autorización judicial previa, dejando este requisito únicamente para los casos de seguimiento y localización realizados con el auxilio de dispositivos electrónicos. Circular 4/2019, sobre utilización de dispositivos técnicos de captación de la imagen, de seguimiento y de localización.

que se justifique el porqué de la exigencia de autorización judicial para este tipo de seguimiento y no para el otro[632].

3.1. Presupuestos

Para que esta medida sea autorizada se debe justificar las razones de necesidad y de proporcionalidad. Principios que parecen redundantes por estar contenido en las reglas generales de cumplimiento obligatorio para todas las medidas de investigación tecnológicas. Esta remarcación nos lleva a pensar que estos dos principios son los prevalentes en la fundamentación de la medida a los cuales debe ajustarse[633], pero debido a que los otros principios como son los de especialidad, idoneidad y excepcionalidad son requisitos necesarios para la autorización de toda medida invasiva de derechos fundamentales, también deberán ser tomadas en cuenta en el auto de autorización judicial[634], siempre y cuando sean aplicables al caso. Esta última parte lo decimos porque al no señalar la norma la lista de delitos sobre los cuales se puede utilizar esta medida de investigación, debemos entender que opera para cualquier tipo de infracción, situación que provoca que no se cuente con los parámetros cuantitativo y cualitativo que permitan la realización del juicio de proporcionalidad[635]. A su vez vale recalcar como bien lo señala, MARTÍN MORALES, que el test de proporcionalidad es nada más uno de los parámetros que rigen los seguimientos. Dentro de las otras variantes constitucionales podemos citar: el principio de intervención indiciaria; el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos; y, el principio de reserva judicial, entre otros[636].

Para finalizar el exigir la justificación del principio de necesidad a la policía judicial, obliga a esta entidad, a recabar datos e indicios concretos y objetivos[637], que permitan al juez deducir que la utilización de los dispositivos técnicos sirve para el esclarecimiento del ilícito

---

[632] SANCHIS CRESPO, C., y VELASCO NÚÑEZ, E.: *Delincuencia informática…*, *op. cit*., pp. 469-470.
[633] *Ibidem*, p. 474.
[634] Estos principios por ser de carácter general para todas las medidas de investigación tecnológica conforme lo especifican el art. 588 bis a LECrim. no pueden ser inobservados en la autorización judicial. Circular 4/2019, Fiscalía General…, *op. cit*.
[635] BUENO DE LA MATA, F.: "El derecho a la protección del entorno virtual…", en *La nueva reforma procesal penal…, op. cit*., p. 130.
[636] MARTÍN MORALES, R.: *El régimen constitucional del seguimiento directo de personas..., op. cit*., pp. 20-21.
[637] Circular 4/2019, Fiscalía General…, *op. cit*.

penal, en tal razón la medida resulta necesaria para el cumplimiento de los objetivos de la investigación[638].

3.2. Especificación del medio técnico a ser utilizado

Si bien no es necesario identificar a los presuntos autores del ilícito, sí es una exigencia legal que en la resolución judicial se especifique el método técnico a ser utilizado, con esto se consigue determinar el alcance de la medida y, por ende, el nivel de afectación del derecho fundamental. En efecto no todos los dispositivos que se utilizan en la vigilancia tienen la misma incidencia en el derecho fundamental del investigado, pues unos permiten conocer todos los movimientos del intervenido, verbigracia cuando se coloca el medio técnico en el teléfono móvil, mientras que otros únicamente permiten obtener datos específicos de una actividad, como cuando se instala el dispositivo en una embarcación, con la cual sólo se logra conocer la ruta marítima que sigue el investigado[639].

Entonces la especificación del medio técnico a emplearse es importante para la autorización de la medida, pues el legislador ha establecido un número indeterminado de dispositivos técnicos de seguimiento, cada uno de ellos con peculiaridades diferentes en razón de los datos que generan y su precisión, características que incidirán en una mayor o menor afectación del derecho fundamental intervenido.

Por otra parte, la exigencia de la especificación del dispositivo técnico, deja en claro que el legislador, no solamente ha pensado en la baliza de posicionamiento colocado normalmente en el vehículo del investigado[640] como único instrumento del seguimiento, sino además en los que con el desarrollo tecnológico vayan apareciendo.

3.3. Deber de colaboración

De la variedad de dispositivos técnicos que pueden ser utilizados en el seguimiento, nace la obligación legal para ciertas personas de colaborar, pues si bien es la policía quien

[638] BUENO DE MATA, F.: *Las diligencias de investigación penal…, op. cit.*, p. 144.
[639] Circular 4/2019, Fiscalía General*…, op. cit.*
[640] BUENO DE MATA, F.: *Las diligencias de investigación penal…, op. cit.*, p. 140.

normalmente de forma directa realiza y recopila la información, existen otros casos en que los datos obtenidos con la intervención se encuentran en poder de terceros; por lo tanto si se quiere tener éxito con esta medida, es necesario el auxilio de determinados sujetos que participen en la ejecución de la intervención. Por tal motivo los prestadores, agentes y personas mencionados en el art. 588 *ter* e. LECrim, por mandato de la ley se encuentran obligados de asistir y colaborar con el juez de instrucción, Ministerio Fiscal y agentes de policías judicial para facilitar el cumplimiento del auto judicial que ordena la aplicación de la medida, bajo prevenciones de incurrir en el delito de desobediencia en caso de no hacerlo[641].

3.4. Razones de urgencia

Estos supuestos constituyen la excepción a la regla que es la de solicitar antes de llevar a cabo una intervención la respectiva autorización. El art. 588 *ter* d LECrim, brinda esta posibilidad; por lo tanto, es legítimo colocar y utilizar dispositivos técnicos de seguimiento sin autorización judicial cuando se está ante un supuesto de urgencias. En este caso al existir el temor razonado de echarse a perder la investigación si no se coloca el dispositivo o medio técnico de seguimiento y localización, la ley faculta a la policía para hacerlo sin necesidad de contar con la autorización judicial previa, con la condición de poner en conocimiento del juez a la mayor brevedad posible, sin que el plazo pueda exceder de 24 horas, para que éste la ratifique o la deje sin efecto dentro del mismo plazo. De darse esta última situación todo lo obtenido con la medida no tendrá efectos jurídicos en el proceso[642].

3.5. Duración de la medida

De conformidad con el art. 588 *quinquies* c. LECrim el plazo de esta medida es de tres meses, pudiendo prorrogarse de forma sucesivas por el mismo o inferior plazo hasta un máximo de dieciocho meses. Como ya dijimos cuando tratamos las reglas generales, el plazo se cuenta desde que se autoriza la medida y no cuando recién se aplica, circunstancia que se debe tener

[641] El art. 588 *quinquies* b., de la LECrim dispone: "Los prestadores, agentes y personas a que se refiere el artículo 588 ter e están obligados a prestar al juez, al Ministerio Fiscal y a los agentes de la Policía Judicial designados para la práctica de la medida la asistencia y colaboración precisas para facilitar el cumplimiento de los autos por los que se ordene el seguimiento, bajo apercibimiento de incurrir en delito de desobediencia".
[642] Art. 588 *quinquies* b.4. LECrim.

presente para evitar la nulidad de la prueba obtenida como consecuencia de haberse recabado los datos fuera del plazo autorizado.

A su vez la prórroga sólo puede ser autorizada de manera excepcional, y será concedida siempre que los resultados conseguidos con su aplicación así lo justifican[643]. Es decir debe ponerse a disposición del juez los resultados positivos que se han ido consiguiendo con la aplicación de la media. Por lo tanto, si éstos son negativos, o se basan en sospechas e intuiciones policiales, no se podría autorizar la prórroga de la intervención por no existir ninguna justificación que así lo avale. De darse paso a la prórroga tomando como justificativo las simples conjeturas policiales, estaríamos dando paso al uso de esta medida con objetivos prospectivos o predelictuales, situación que está proscrita por el art. 588 *bis* a. LECrim[644].

3.6. Control y destino de la información obtenida

Si echamos un vistazo al art. 588 *quinquies* c. 2 LECrim encontraremos dos momentos en los que la policía judicial se encuentra en la obligación de entregar los soportes originales o copias electrónicas auténticas con la información recogida; la una es cuando así lo solicite el juez, y, la otra en todo caso será al finalizar las investigaciones. Esto significa que, aunque el juez no le solicite dichos soportes, la policía judicial siempre deberá entregarlos al terminar la investigación[645].

Para SANTOS MARTÍNEZ[646], utilizar la ley la frase "cuando termine las investigaciones", puede dar lugar a confusiones, pues no se sabe si la policía judicial debe entregar los soportes originales o copias electrónicas auténticas con la información recogida, cuando finalice o cese la medida; o, si se refiere a la terminación de la instrucción o de la totalidad de las investigaciones acordadas. En tal sentido este autor piensa que, para evitar confusiones, lo mejor hubiese sido sustituir el término "investigaciones" y dejar únicamente "finalización o cese de la medida", de esta manera quedaría claro que el legislador se refiere a la finalización de la medida y no a la de la instrucción de la causa. A nuestro juicio esta aclaración resulta importante tener en cuenta si queremos evitar ilegalidades. Esperar a la

[643] Circular 4/2019, Fiscalía General*…, op. cit.*
[644] SANTOS MARTÍNEZ, A.: *Medidas de investigación tecnológica…, op. cit.*, p. 226.
[645] *Ídem*.
[646] *Ibidem*, p. 227.

culminación de la instrucción o de la totalidad de las investigaciones para recién informar al juez sobre el desarrollo de la medida, resulta una vulneración al derecho fundamental del intervenido, ya que al estar el investigado en indefensión, por ser una acción realizada sin su conocimiento, el único que puede suplir este hecho es el juez mediante el efectivo control. Dejar para la finalización de la instrucción de la causa, la rendición de cuenta por parte de la policía judicial impide la supervisión del desarrollo y cese de la medida, es durante la fase inicial de su uso como instrumento de investigación en donde el juez debe controlar y conocer sus resultados para garantizar el derecho fundamental del investigado, caso contrario convierte la intervención en ilegal. Por lo tanto, siendo coherente con el principio de control judicial, debemos entender que la ley se refiere cuando termine las investigaciones en donde se ha hecho uso de la medida, mas no cuando finalice la instrucción de la causa, ni otras investigaciones acordadas.

Por último, la ley establece que la información conseguida por medio de los dispositivos técnicos de seguimientos y localización deberán ser custodiados para evitar su utilización indebida[647]. Con esta disposición se evita que la información obtenida durante la investigación pueda tomar otro rumbo ajeno a los fines para los cuales fue autorizada la medida, es por esto que como bien lo señala OTAMENDI ZOZAYA[648], este mandato no debería ser exclusivo para esta clase de intervenciones, sino para todo el resto de medidas de investigación tecnológica, de ahí que hubiese sido mejor haber puesto esta previsión dentro de las disposiciones generales.

VI. REGISTRO DE DISPOSITIVOS DE ALMACENAMIENTO MASIVO DE INFORMACIÓN

La era digital y los medios tecnológicos han dado lugar a una gran autopista de información, todo lo cual queda grabado en los diversos dispositivos que utilizamos de forma cotidiana en nuestras actividades, de tal manera que, en estos artefactos modernos, se encuentra almacenado un cúmulo inmensurable de nuestra información. En efecto en un dispositivo se puede archivar información de diverso origen y naturaleza, tales como: imágenes, audios, información económica, registro de comunicaciones realizadas, entre otras. Esta circunstancia generó, en el ámbito penal, una distinción en el tratamiento legal del registro, el cual dependía

[647] Art. 588 *quinquies* c. 3. LECrim.
[648] OTAMENDI ZOZAYA, F.: *Las últimas reformas e la Ley de Enjuiciamiento Criminal…, op. cit.,* p. 139.

de la clase de datos que contenía el dispositivo. Por lo tanto, el grado de exigencia en la limitación del derecho fundamental era diferente. Así, por ejemplo, podemos encontrar casos en los que el acceso a la información del dispositivo incautado dependía de si el mensaje había sido leído o no. En el primer supuesto por entenderse que el proceso de comunicación ya había fenecido, no se necesitaba de autorización judicial, mientras que, en el segundo caso al no haber concluido la comunicación, sí exigencia de autorización[649]. En otras sentencias se toma como criterio la distinción entre el registro de la agenda de contacto de un teléfono móvil que no necesitaba de autorización judicial[650]; mientras que, para el caso de la revisión del registro de llamas entrantes y salientes, sí era requisito contar con tal autorización[651]. Como podemos notar, el acceso a los dispositivos de almacenamiento no tenía igual tratamiento, esto variaba según el derecho que se afectaba. Lo anterior significaba que si se trataba de una intervención al derecho a la intimidad se podía acceder al artefacto sin necesidad de autorización judicial, mientras que para el caso del derecho a la comunicación era imperioso contar con la respectiva habilitación judicial.

En futura jurisprudencia se cambia el anterior tratamiento jurídico que se venía dando a esta herramienta de investigación criminal por un criterio ajustado al actual mundo digital. De esta manera se enfrenta el problema de la afectación del derecho fundamental, aplicando un tratamiento unitario y no dispar, de tal manera que la intensidad de protección del derecho fundamental ya no depende de su naturaleza, sino que todos tienen un mismo grado de tutela. Lo anterior se hizo posible mediante la introducción del concepto del "derecho al entorno virtual", derecho que engloba la protección de la gran variedad de datos que pueden archivarse en un dispositivo o sistema informático[652]. Es por esto que el Tribunal Supremo consideró que la diversidad de derechos que pueden converger en un dispositivo de almacenamiento masivo, convierten a estos artefactos en algo más que una simple pieza de convicción, ya que su aprehensión y registro por parte de los investigadores policiales, no sólo dejan expuestos los datos que pretende buscar los agentes para obtener elementos de convicción, sino que al

[649] STS 864/2015, de 10 de diciembre de 2015.
[650] STC 115/2013, de 9 de mayo de 2013.
[651] STC 230/2007, de 5 de noviembre de 2007.
[652] Circular 5/2019 de la Fiscalía General, sobre registro de dispositivos y equipos informáticos.

coexistir otro tipo de información se puede vulnerar además otros derechos fundamentales[653] ajenos a la investigación.

En razón de la diversidad de datos que puede contener los dispositivos tecnológicos, representan para la investigación penal una fuente importante para el combate a la delincuencia; pero a su vez, significa un grave atentado para los derechos fundamentales de los ciudadanos, es por esto que ante la necesidad del Estado de invadir, como medio para investigar y sancionar a los culpables de los ilícitos lo que hoy se conoce como entorno virtual, surge a su vez la necesidad de crear una adecuada protección jurídica contra esta posibilidad[654]. Exigencia que además se debe ajustar a los parámetros de respeto y calidad de la ley exigidos por la jurisprudencia del TEDH[655] para este tipo de medidas de investigación.

Pero a pesar de esta exigencia, en España, se venía utilizando esta medida sin un sustento legal específico, justificando su aplicación en lo determinado por las disposiciones relacionadas al registro de libros y papeles y la recogida de otros efectos e instrumentos del delito, normativa que permitía a la policía, tras el registro de un domicilio registrar el disco duro de una computadora[656]. Debido a esta laguna jurídica y ante los abusos que ocasionaba para los derechos fundamentales del investigado el registro masivo de los dispositivos tecnológicos, la LO 13/2015, recoge esta problemática y lo regula.

1. Regulación legal

Su régimen jurídico lo encontramos en el Capítulo VIII, del Título VII, del Libro II de la LECrim, condensado en tres artículos y complementado como sucede con todo el resto de

[653] STS 342/2013, de 17 de abril de /2013. Esta misma consideración también la encontramos en la exposición de motivos de la LO 13/2015.
[654] *Ídem*.
[655] El TEDH, en el caso Copland vs. Reino Unido, especificó que los datos contenidos en los sistemas informáticos, al igual que la información derivada del acceso y uso de Internet por parte del investigado, se encuentran bajo el abanico protector del art. 8 CEDH, por ser datos que afectan a la intimidad personal. STEDH de 3 de abril de 2007, Copland vs. Reino Unido.
[656] BUENO DE LA MATA, F.: "El derecho a la protección del entorno virtual…", en *La nueva reforma procesal penal…, op. cit*. p. 136. A partir del 2001 también se tomaba como sustento jurídico para validar esta diligencia el Convenio sobre ciberdelincuencia, firmado por España el 23 de noviembre de 2001 y ratificado el 1 de octubre de 2010. Art. 19 Convenio de Budapest BOE» núm. 226, de 17 de septiembre de 2010.

medidas de investigación tecnológicas con las Disposiciones Comunes que ya hemos analizado anteriormente.

Si echamos un vistazo a los artículos reguladores de esta medida, notaremos que la norma no dice qué debemos entender por dispositivos de almacenamiento masivo de información, en tal sentido para tener un mayor nivel de entendimiento sobre este tema, resulta importante conocer su definición consignada por la doctrina. En palabras de DELGADO MARTÍN, estos artefactos guardan como característica común el empleo de un leguaje binario mediante un sistema que permite convertir impulsos eléctricos o fotosensibles, y que genera y almacena la información mediante su descomposición y recomposición informática grabada en formato electrónico[657]. Por el gran aporte en su definición resulta obligatorio conocer lo que nos refiere la Fiscalía sobre el tema, quien lo conceptualiza como "la unión de una serie de componentes que tienen la capacidad de escribir, conservar y posteriormente recuperar o leer datos en un soporte de almacenamiento"[658]. La importancia de este concepto radica en unificar en un solo elemento la parte tangible (hardware) con el componente intangible (metadatos y datos). Se diferencia de esta manera el soporte de almacenamiento de datos que es la parte física en donde se escribe y guarda la información, con el dispositivo de almacenamiento, el cual está conformado por varios elementos como pueden ser: el soporte donde se grava los datos o los dispositivos que la escriben y leen, de tal manera que pasan a formar un todo, sin que el uno pueda ser entendido sin el otro[659].

De manera concreta nosotros entendemos por dispositivos de almacenamiento masivo a todo artefacto tecnológico capaz de almacenar o guardar en formato electrónico, durante un periodo largo o corto, cualquier clase de información generada durante su uso por una persona.

2. El objeto de la medida

Conforme se desprende del art. 588 *sexies* a, el objeto de la medida es el acceso y aprehensión de ordenadores, instrumentos de comunicación telefónica o telemática o dispositivos de almacenamiento masivo de información digital o el acceso a repositorios

[657] DELGADO MARTÍN, J: "*Investigación del entorno virtual: el registro de dispositivos digitales tras la reforma por LO 13/2015"*, en Diario La Ley, núm. 8693, 2016, pp. 2-3.
[658] Circular 5/2019, Fiscalía General*…, op. cit.*
[659] BUENO DE MATA, F.: *Las diligencias de investigación penal…, op. cit.*, pp. 164-165.

telemáticos de datos. Este listado que proporciona la norma puede provocar confusión al colocar a los ordenadores e instrumentos de comunicación telefónica en el mismo plano que los dispositivos de almacenamiento masivo. En este sentido es necesario aclarar que los citados artefactos, contienen y hacen uso de los dispositivos de almacenamiento masivo de información digital, pero no son los únicos, existen otros como pueden ser las tabletas, cámaras, GPS y muchos más de uso cotidiano que permiten grabar y archivar datos de diversa naturaleza[660]. Lo anterior nos permite colegir que la ley nos da un concepto muy amplio referente a la expresión dispositivos de almacenamiento masivo, por lo tanto, dentro de su ámbito debemos incluir no sólo a los dispositivos de almacenamiento considerados en sentido estricto, sino además a todos aquellos que tenga como finalidad el de almacenar datos, aunque esa no sea su función principal[661].

Por otra parte, encontramos que los datos pueden ser guardados en dispositivos físicos palpables a los sentidos y en servidores distantes al usuario alojados en la nube que le permite acceder a ellos desde el domicilio o cualquier lugar donde se encuentre, sin necesidad de tener servidores o *software* propios[662]. En conclusión, para efectos de la presente ley, la función principal del dispositivo es irrelevante, lo importante es que pueda almacenar masivamente información para ser considerado objeto de registro. Debiéndose también agregar el acceso a los contenidos de los denominados repositorios telemáticos de datos.

Con la LO 13/2015, se supera la jurisprudencia que permitía a los policías acceder a la agenda telefónica sin autorización judicial previa, pues en estos casos se decía que la obtención de los números telefónicos de contacto no implicaba propiamente una trasgresión al secreto de las comunicaciones, sino una afectación al derecho fundamental a la intimidad[663]. Si bien este acto investigativo no permite conocer dato alguno relativo a la trasmisión de comunicación realizada por el teléfono, sino únicamente el listado de números telefónicos introducidos de forma voluntaria por el usuario del terminal[664], con el nuevo enfoque esta consideración queda proscrita, por lo tanto aunque no se encuentre en marcha un proceso de comunicación, la policía

[660] Circular 5/2019, Fiscalía General*…, op. cit.*
[661] SANCHIS CRESPO, C., y VELASCO NÚÑEZ, E.: *Delincuencia informática…, op. cit*., p. 378.
[662] BUENO DE LA MATA, F.: "El derecho a la protección del entorno virtual…", en *La nueva reforma procesal penal…, op. cit*. p. 146.
[663] Véase al respecto SSTS 1273/2009, de 17 de diciembre, 1397/2005, de 30 de noviembre, 70/2002, de 3 de abril y 112/2007, de 16 de febrero.
[664] Circular 1/2013, Fiscalía General*…, op. cit*.

no puede acceder a las agendas telefónicas sin contar con autorización judicial previa, salvo caso de urgencia, pues de darse esto, se afectaría el derecho al entorno virtual.

En definitiva, el objeto de esta medida es permitir el acceso al contenido de los datos archivados ya sea en los dispositivos físicos o los guardados en los repositorios telemáticos. De la lectura de la norma queda claro que la finalidad principal no es la incautación física de los dispositivos, esto únicamente procederá cuando constituyan el objeto o instrumento del delito o si las circunstancias así lo justifican. Esta excepción establecida por el legislador a nuestro juicio es adecuada, porque con ello se evita el cometimiento de posibles abusos por parte de los policías que suelen incautar los dispositivos físicos sin que estos constituyan el cuerpo del delito, ocasionando en determinados casos, como cuando dichos artefactos son instrumentos de trabajo, un grave perjuicio al investigado, afectación que no siempre será necesaria, puesto que fuera de los supuestos establecidos en la norma, lo relevante para la investigación penal es buscar la información contenida en los dispositivos que pueda servir como fuente o prueba para el proceso penal. En resumen, la ley establece el principio de alternativa menos gravosa[665], por tal motivo la incautación física no será la regla, sino que procederá cuando se cumplan las condiciones establecidas en la ley[666].

3. Incautación y acceso de dispositivos con motivo de un registro domiciliario

El supuesto más común con el que nos vamos a topar en la práctica de esta medida es la incautación que se produce como consecuencia del registro domiciliario. Normalmente en los allanamientos, por el masivo uso de las TIC, se van a encontrar diversos dispositivos electrónicos, los cuales son una importante fuente en el descubrimiento de los delitos, es por eso que su incautación se hace necesario para el buen éxito de la investigación penal. Pero a pesar de esta importancia, su incautación no legitima el acceso a su contenido, por lo tanto, como señala el Tribunal Supremo, los poderes públicos, no pueden de manera unilateral acceder al

[665] El principio de la alternativa menos gravosa no es otra cosa que evitar la incautación de los soportes físicos cuando estos no sean instrumentos del delito, ni existan razones que los justifiquen y puedan causar grave perjuicio al titular, por lo que para cumplir con esta medida bastará con la obtención de una copia. BUENO DE LA MATA, F..: "l derecho a la protección del entorno virtual…", en *La nueva reforma procesal penal…, op. cit*. p. 147.

[666] Art. 588 c 2. "Salvo que constituyan el objeto o instrumento del delito o existan otras razones que lo justifiquen, 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".

contenido del dispositivo del investigado. Esto se debe a que los dispositivos de almacenamiento masivo no son simples piezas de convicción, degradando su condición de instrumento que contiene una variedad de datos que, al ser aprehendido, quedan expuesto en su totalidad al control del investigador[667]. Con esta sentencia se da inicio a un nuevo enfoque jurisprudencial que difería de los anteriores criterios que legitimaban el registro de los dispositivos y libros, papeles y demás documentos del investigado, basados en la resolución judicial que autorizaba la entrada al domicilio[668].

A partir de la reforma LO 13/2015, si bien con la autorización de registro de domicilio se puede incautar un dispositivo de almacenamiento masivo[669], su acceso, sólo será posible mediante una motivación judicial especial e independiente, por lo tanto, la limitación del derecho fundamental será ponderada individualmente por el órgano judicial quien deberá exponer los argumentos para su afectación[670]. Con esto queda prohibida la autorización judicial implícita o sobreentendida[671].

Cuando nos referimos a que el justificativo del registro del dispositivo tenga un contenido propio e independiente del que autorizó el registro domiciliario, esto significa en palabras del TS, "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"[672]. En otras palabras, el juez, de forma motivada debe explicar de manera independiente por qué se justifica la afectación de cada derecho fundamental sin que le sea permitido hacerlo de forma generalizada.

Esta exigencia la encontramos reflejada en una de sus sentencias del Tribunal Supremo cuando recuerda la necesidad de una resolución judicial habilitante para afectar el derecho al entorno virtual contenido en un dispositivo electrónico. Resolución que no basta con su

---

667 TSS 470/2016, de 10 de marzo de 2016.
668 Circular 5, Fiscalía General*…, op. cit.*
669 La fiscalía sobre este aspecto aclara que la ley exige la autorización judicial sólo cuando se necesita registrar o analizar el contenido del dispositivo más no para su incautación, pues si esto son efectos, instrumentos o prueba del delito, hacerlo está dentro de las obligaciones y facultades que según la ley (art. 282 LECrim.) corresponde a la policía. Circular 5/2019, sobre registro de dispositivos y equipos*…", op. cit.*
670 BUENO DE LA MATA, F..: "El derecho a la protección del entorno virtual…", en *La nueva reforma procesal penal…, op. cit*. p. 141.
671 De esta manera la actual norma termina con la práctica jurisprudencial que permitía con la sola autorización judicial de la orden de registro domiciliar del investigado, acceder a todos los dispositivos encontrados en dicho sitio. *Ídem*.
672 STS 786/2015, de 4 de diciembre de 2015.

existencia formal, sino que, además debe contar con un contenido propio, explicativo de las razones del porqué a más del registro del domicilio es necesario penetrar la intimidad del ordenador. Continúa esta sentencia declarando que el sistema jurídico no soporta sacrificios de derechos fundamentales a partir de una legitimización derivada que viene a ser el justificativo de la afectación de otro derecho[673]. Criterio que actualmente se encuentra reflejado en lo dispuesto por el art. 588 *sexies* a 1 de la LECrim.

4. Incautación de dispositivos fuera del registro domiciliario

La actual ley prevé que además de las incautaciones de dispositivos de almacenamiento masivo que pueden tener lugar cuando se da un registro de domicilio, existen ocasiones que este acto sucede fuera del espacio domiciliar del sospechoso. En estos casos como se exige para los casos de registro de domicilio, la policía podrá incautar el dispositivo, pero no podrá acceder a su información, si no se cuenta con una autorización judicial, la misma que puede ser solicitada de manera posterior a la incautación o de forma previa a ésta[674]. El primer supuesto puede acontecer cuando la policía por un motivo fundado detiene a un sujeto o le realiza un cacheo y desea acceder a la información del dispositivo que porta el sospechoso[675]. En este caso podrían presentarse situaciones de flagrancia y urgencia que podrían ser validadas con una autorización judicial posterior. A su vez la segunda circunstancia, aunque de la lectura literal de la norma parecería que sólo alcanzaría al primer caso, su aplicación a este supuesto es perfectamente posible como por ejemplo cuando se va a detener a un individuo del que se sospecha porta en su dispositivo información relevante para la investigación; por lo tanto, nada obsta para que, en el mismo auto de detención, se autorice de manera motivada el registro del dispositivo del investigado[676].

[673] *Idem.*
[674] Art. 588 *bis* b. LECrim.
[675] BUENO DE MATA, F.: *Las diligencias de investigación penal…*, *op. cit.*, pp. 172-173.
[676] Circular 5/2019, Fiscalía General..., *op. cit.*

5. Garantía jurisdiccional

Conforme a lo manifestado, esta medida exige, tanto para la revisión del contenido de los dispositivos de almacenamiento incautados con motivo del registro de domicilio, como para los efectuados fuera de este registro, autorización judicial debidamente motivada, requisito que es necesario, pues como hemos señalado *supra*, dentro de un dispositivo electrónico se encuentran guardados datos de carácter personal del usuario que son manifestaciones de una variedad de derechos fundamentales, los cuales para gozar de una efectiva garantía constitucional deben ser protegidos de manera unificada como un derecho al propio entorno virtual.

Pero la necesidad de autorización judicial no es absoluta, esto significa que en determinadas circunstancias se puede acceder a los dispositivos sin tener una autorización judicial previa. Así podemos encontrar que en los casos de urgencia, la policía puede realizar el examen directo de los datos contenidos en el dispositivo incautado, con la condición de comunicar inmediatamente y, en todo caso, dentro de plazo máximo de 24 horas, por escrito motivado al juez instructor, sobre la actuación realizada, la forma como se la llevó a cabo y su resultado[677]. Lo criticable de esta excepción es que el legislador no determina cuáles son esas urgencias ni el interés constitucional legítimo, situación que queda al criterio del investigador y que a nuestro juicio se la debe regular para no provocar causa de ilicitud probatoria. Y esto se pueda dar porque tal vez para el policía se encuentra ante una situación de urgencia que le exige intervenir *ipso facto,* pero en cambio, según el análisis del juez de la causa, la actuación del agente fue precipitada por no encontrarse en una urgencia en esta última circunstancia, lo actuado sería ilegítimo por vulneración de un derecho fundamental, al no haber contado con una autorización judicial previa que autorizara la intervención. Pensamos que este tipo de registro sin autorización previa debería quedar especialmente para los casos de delitos *fraganti*, infracciones que no dan lugar a la duda ni a interpretaciones subjetivas en estos casos estamos ante una real situación de urgencia en donde no se puede esperar y se tiene que actuar inmediatamente, pues de lo contrario el delito podría quedar impune.

[677] Art. 588 *sexies* 3 y 4 LECrim.

Como última excepción tenemos el consentimiento que puede provenir del propio investigado o de un tercero que ocupa el dispositivo de buena fe[678]. Este aspecto no se encuentra regulado por la ley; por lo que debemos acudir a la jurisprudencia para conocer su alcance. La jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el valor del consentimiento del sujeto particular ha sostenido que éste es eficaz para permitir la intervención en su derecho a la intimidad, pues compete a cada persona restringir el contorno de intimidad personal y familiar que excluye del conocimiento ajeno. En tal razón si el titular del derecho fundamental consiente para que otros penetren en dicha esfera, su afectación queda legitimada sin que pueda luego alegar su vulneración[679]. El consentimiento puede manifestarse de dos formas: expreso o tácito[680]. Estaremos ante el consentimiento expreso cuando se lo hace de manera verbal, por escrito o por signos inequívocos[681]. A su vez el consentimiento será tácito, como señala el Tribunal Supremo cuando "la conducta analizada no es por sí misma reveladora de una declaración de voluntad, sino que dicha conducta se infiere que debió concurrir tal voluntad"[682]. Por lo tanto, esta forma de consentimiento no nace de expresiones, sino de actos o hechos que lo presuponen o lo llevan a conjeturar[683].

En resumen, si existe consentimiento del titular del derecho fundamental a ser intervenido, se excluye la vulneración del mismo, por ende, pierde el derecho a exigir su reivindicación[684]. Debido a esta consecuencia jurídica, el consentimiento prestado para la realización de la intervención tiene que ser dado por el titular de manera libre, sin coacción de ninguna clase, caso contrario no será válido. Esto significa que, si no se hace de esta forma, el consentimiento no podrá habilitar la realización de la injerencia en el derecho fundamental. Dentro de la jurisprudencia encontramos que el registro de domicilio realizado con el consentimiento del investigado no será válido sin la asistencia del letrado, exigencia que tiene

---

678 SANCHIS CRESPO, C., y VELASCO NÚÑEZ, E.: *Delincuencia informática…*, *op. cit*., p. 380.
679 STS 173/2011, de 7 de noviembre de 2011.
680 Es criterio reiterado por parte de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en señalar que el consentimiento se puede prestar de forma expresa o tácita. SSTS 864/2015, de 10 de diciembre de 2015, 83/2002, de 22 de abril de 2002, 70/2009, de 23 de marzo de 2009, 159/2009, de 29 de junio de 2009. Un caso señalado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, relacionado al consentimiento tácito fue el de un reconocimiento médico realizado a una trabajadora, que, si bien no presto su conocimiento expreso para ello, éste se dedujo por el hecho de haber entregado la muestra. STC 196/2004, de 15 de noviembre de 2004.
681 CABANELLAS DE TORRES, G.: *Diccionario enciclopédico de derecho usual*, Tomo II, Heliasta, Buenos Aires, 2009, p. 355.
682 STS 173/2017, de 7 de noviembre de 2017.
683 CABANELLAS DE TORRES, G.: *Diccionario enciclopédico de derecho usual… op. cit.*, p. 355.
684 STS 786/2015, 4 de diciembre de 2015.

su razón de ser porque esa manifestación de carácter personal llevada a cabo por el detenido, puede afectar tanto a su derecho a la inviolabilidad del domicilio como a su derecho de defensa[685]. La asistencia del letrado se justifica porque el consentimiento que sale de un sujeto detenido no puede ser considerado plenamente libre en atención a lo que la doctrina ha denominado como "la intimidación ambiental" o "la reacción que la presencia de los agentes de la autoridad representa". En efecto una manifestación de voluntad prestada de esa manera merece serios reparos, debido a que el detenido puede sentirse condicionado o forzado por tal circunstancia, lo cual puede impedirle reflexionar sobre la posibilidad que tiene de negarse a dar la autorización para que su derecho sea vulnerado, así como también conocer de las demás consecuencias que pudiera desprenderse por dicho acto[686]. Por tal motivo, en estos casos, la jurisprudencia ha exigido para la validez del consentimiento, la asistencia de un letrado para que asesore al detenido y le haga conocer sobre el contenido y alcance del acto jurídico que realiza[687]. Con esto dejamos aclarado que el consentimiento del afectado para autorizar la realización de una intervención no siempre será eficaz para legalizar la medida si esta manifestación de voluntad no se hace de manera libre y sin presión o si, por el contrario, siendo autorizada en buena forma, se altera o extralimita en los términos y alcance para el que se concedió el consentimiento[688].

El criterio jurisprudencial sobre el consentimiento para el caso del registro de domicilio cuando la persona está detenida, lo podemos igualmente aplicar para los casos de registros de dispositivos de almacenamiento masivo[689], pues ambos son derechos fundamentales garantizados por la Constitución, que exige para su legal afectación de autorización judicial o

---

[685] STS 1402/2014 de 20 de enero de 2015.
[686] STS 2769/2001, de 3 de abril de 2001.
[687] STS 1402/2014, de 10 de marzo de 2014. La doctrina también es partidaria de considerar que si bien el titular puede autorizar su afectación, para que el consentimiento sea válido se debe prestar con todas las garantías, en de tal forma que si la persona está detenida o si los policías saben que la detención se va a dar de forma inmediata, dicho consentimiento deberá ser prestado siempre con la asistencia y asesoramiento de su abogado, sobre las consecuencias posibles de dicha injerencia y de su derecho a negarse a la misma, e inclusive como constancia del acto, se debería dejar documentado de forma clara en el atestado policial las circunstancias como se dio el consentimiento del afectado con la medida. OTAMENDI ZOZAYA, F.: *Las últimas reformas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal…, op. cit*., pp. 140-141. GUTIÉRREZ GALLARDO, R.: "El registro de dispositivos de almacenamiento masivo", en *Nuevas formas de criminalidad y su persecución*, TransJus Working Papers Publication - Edición Especial, núm. 1, Barcelona, 2019, pp. 159-171.
[688] STS 786/2015, 4 de diciembre de 2015.
[689] Su aplicación encaja para estos casos, en la medida que cualquier detención de una persona puede provocar temor en el sujeto, a tal punto que esta situación podría estar condicionando su consentimiento, es por esto que lo aconsejable será, igual como sucede en el registro de domicilio, contar con su abogado defensor. BUENO DE MATA, F.: *Las diligencias de investigación penal…, op. cit*., p. 171.

del consentimiento del intervenido. Por lo tanto si se detiene a un sujeto, lo pertinente es que cuente con la asistencia de un letrado antes de prestar su autorización para que invada su derecho fundamental, o en su defecto nosotros pensamos que bastaría con hacerle conocer por parte de la policía las consecuencias tanto desfavorables como beneficiosas que derivan de su manifestación, y, si éste decide colaborar, luego de conocer sus implicaciones, su consentimiento será perfectamente válido para la intervención policial, todo esto sustentado en el hecho de que corresponde a cada persona restringir el ámbito privado que deseamos mantener fuera del conocimiento de los demás[690]. Por consiguiente, si el detenido, ya sea con el asesoramiento de su abogado, o en su defecto mediante información de la policía que lo detiene, está claro en las consecuencias que dan lugar a la manifestación de su consentimiento en permitir la medida, su voluntad será válida, pues habrá obrado con capacidad suficiente para comprender lo que está haciendo.

6. Alcance y término del registro

Siguiendo lo expresado en el art. 588 *sexies* c LECrim, a más de la necesaria autorización judicial que exige la medida, ésta debe precisar los términos y alcance del registro, y podrá autorizar la realización de copias de los datos informáticos. Adicionalmente fijará las condiciones necesarias para asegurar la integridad de los datos y las garantías de su preservación para hacer posible, en su caso, la práctica de un dictamen pericial. En relación a los términos, la medida debe establecer las personas concretas que son las afectadas por la medida, sujeto que normalmente será el investigado, pero que además podrá ser dirigida en contra de otros sujetos. Cuando éstos compartan el dispositivo con el sospechoso o los datos se encuentran almacenados en dispositivos que no son de titularidad de este último. Posibilidad que como recordaremos es de aplicación general para todas las medidas de investigación tecnológicas[691]. De igual manera,

[690] Tribunal Supremo sobre este aspecto señala que el consentimiento del sujeto que permite la intervención en su derecho a la intimidad es eficaz, por corresponder a cada persona acotar el ámbito de intimidad personal y familiar que reserva al conocimiento ajeno, STS 786/2015, 4 de diciembre. Lo mismo ocurre cuando se trata del registro de dispositivo de almacenamiento masivo, puesto que la posibilidad de disposición del derecho al entorno virtual, compete a cada individuo, por tal circunstancia, es el propio sujeto quien decide compartir o no su privacidad; por lo tanto, el levantamiento del escudo protector, contra la invasión de un tercero a su derecho fundamental, dependerá exclusivamente del titular del mismo. BUENO DE MATA, F.: *Las diligencias de investigación penal…, op. cit.*, p. 170.

[691] Circular 5/2019, Fiscalía General…, *op. cit.*

se tiene que determinar los archivos específicos que pueden ser intervenidos. Por lo tanto, la búsqueda de datos no puede aplicarse de forma generalizada hacia cualquier información que se halle en el dispositivo, sino restringirse a aquellas cuestiones relacionadas a la naturaleza del delito que se investiga[692].

En otras palabras, los términos deberán especificar tanto el campo subjetivo como el objetivo de la medida[693]. De esta manera se consigue garantizar que la afectación del derecho fundamental del investigado llegue hasta donde sea estrictamente necesario para conseguir los objetivos de la investigación, consiguiéndose con esto el respeto al resto de su entorno virtual[694].

Observamos que, a pesar de esta delimitación de la indagación policial a los hechos descritos y relacionados con el delito investigado, la policía, como también ocurre en la entrada y registro en domicilio, puede ampliar el objeto del registro si de manera justificada, considera que los datos objeto de la investigación se encuentren en una distinta ubicación electrónica, eso sí, siempre que los datos sean lícitamente accesibles por medio del sistema inicial o estén disponibles para este. De darse esta situación el encargado del registro deberá solicitar una nueva autorización judicial, salvo que ya estuviere prevista en la autorización inicial. De existir una situación de urgencia, la Policía Judicial o el fiscal, podrían realizar el registro sin autorización judicial previa, debiendo informar sobre la actuación realizada al juez inmediatamente, y en todo caso dentro del plazo máximo de veinticuatro horas. Actuación que el juzgador dentro de un máximo de setenta y dos horas podrá ratificar o revocar[695]. En definitiva, no en todos los casos, que se extienda el alcance del registro especificado en la resolución inicial judicial, dará lugar a una ilegalidad de lo actuado, pues ésta se puede ampliar en una nueva resolución si, como consecuencia del registro iniciado, apareciesen indicios que justifican la necesidad de acceder a otros datos[696].

---

[692] Esta directriz es la que se aplica para el auto de entrada y registro de domicilio, en el cual se tiene que fijar con precisión cuál es el objeto del registro, sin que sea permitido extenderse de forma general a otros objetos que se encuentren en la vivienda. Criterio doctrinal que ha sido trasladado a los dispositivos de almacenamiento masivo, en razón de ser considerado como un domicilio en el que puede encontrarse diversos contenidos que no son objetivo del registro y que, la policía debe abstenerse de investigar. RICHARD GONZÁLEZ, M.: *Investigación y prueba mediante medidas de intervención…op. cit.,* p. 176.

[693] BUENO DE MATA, F.: *Las diligencias de investigación penal…, op. cit*., p. 174.

[694] Circular 5/2019, Fiscalía General*..., op. cit.*

[695] 588 *sexies* c. 3. LECrim.

[696] Circular 5, Fiscalía General*… ", op. cit.*

7. Forma de ejecución de la medida

Como dejamos anteriormente sentado en este tipo de medida impera el principio de alternativa menos gravosa, por eso la regla será que el juez ordene la realización de copias de los datos informáticos, para lo cual resulta necesario asegurar la integridad de los datos y garantizar su preservación para hacer posible, en su caso, la práctica de un dictamen pericial[697]. Pero, no obstante, a lo antes señalado, si leemos el art. 588 *sexies* c, notaremos que en el inciso primero se dice la frase "podrá autorizar la realización de copias", es decir, existiría una contradicción con el inciso segundo que establece la realización de las copias como regla general[698], para evitar la incautación de los dispositivos. Posiblemente la ley busca con esto, a más de garantizar con el copiado de los dispositivos la integridad de la prueba, blindar con la autorización judicial una intromisión tan intensa en el entorno virtual del afectado que su simple visualización del contenido[699].

La mejor manera de garantizar la integridad de la información obtenida de los dispositivos registrados es mediante la aplicación de la cadena de custodia[700], con esto se tiene la certeza de que la información sometida a valoración probatoria del Tribunal penal va a ser la misma que se obtuvo de los artefactos electrónicos interferidos durante la instrucción de la causa[701]. Señala BARRIOS ANDRÉS, que esta garantía aplicada a la prueba digital se hace a través de la acreditación de la autenticidad del origen y la integridad del contenido, requisitos que deben ser cumplidos sin dejar lugar a la duda de su concurrencia, pues caso contrario el juez

---

[697] OTAMENDI ZOZAYA, F.: *Las últimas reformas e la Ley de Enjuiciamiento Criminal…*, *op. cit.*, p. 141.

[698] Esto colegimos de la propia norma cuando señala que se debe evitar la incautación de los sopores físicos que contengan los datos y sólo permite como excepción para su incautación cuando éstos son objeto o instrumento del delito o en su defecto existan razones que lo justifiquen. Art. 588 *sexies* c. 2. LECrim.

[699] Circular 5/2019, Fiscalía General*…, op. cit.*

[700] De conformidad con la jurisprudencia del Tribunal Supremo, a la cadena de custodia se la puede definir como: "la garantía de la autenticidad de los elementos probatorios recogidos durante la fase de investigación preliminar, al incidir sobre las condiciones de conservación del cuerpo y de los efectos e instrumentos del delito, de modo que no haya duda de que sean ellos mismos los elementos sobre los que se verifiquen las oportunas pericias, o sean mostradas en el juicio oral, como auténticas piezas de convicción". STS 2624/2020, de 10 de julio de 2020. Por nuestra parte podemos acotar, que la cadena de custodia, cuando se trata de elementos de convicción electrónicos, cobra gran relevación debido a que las fuentes de pruebas informáticas son modificables y volátiles más que las convencionales; por tal razón este instrumento procesal garantiza que el mismo objeto, esto es la evidencia, encontrado en el dispositivo, ha sido trasmitido sin modificación sustancial desde que se ocupa hasta que se analiza, de manera que se garantiza la autenticidad, inalterabilidad e indemnidad de la prueba que será utilizada en el proceso penal. VELASCO NÚÑEZ, E.: *Delitos cometidos a través del internet. Cuestiones procesales*, Wolters Kluwer, Madrid, 2010, p. 232.

[701] PINTO PALACIOS, F. y PUJOL CAPILLA, P.: *La prueba en la era digital,* Wolters Kluwer, Madrid, 2017, p. 216.

podría denegar la eficacia probatoria de los datos objeto de la prueba[702]. Ciertamente la facilidad con la que se puede alterar, desaparecer o manipular las evidencias electrónicas, exige para garantizar la integridad de la prueba dentro del proceso penal que el registro y análisis de los dispositivos de almacenamiento se practiquen sobre copias mas no sobre sus originales. Con este se consigue dinamizar la elaboración de informes sobre el contenido del dispositivo, pues se tiene la posibilidad, de presentarse el caso, de poder analizar de manera simultánea los mismos datos por los diversos sujetos intervinientes[703].

La forma de realizarse este procedimiento es mediante el clonado o volcado, que como nos enseña BARRIO ANDRÉS, se lleva a cabo mediante la realización de una copia espejo o bit a bit de la información original que puede ser hecha en el mismo sitio donde se encuentra el dispositivo[704] o en una diligencia posterior, y se hace a través de una herramienta específica de hardware, consiguiéndose de esta manera una copia física idéntica del contenido del dispositivo[705] y debe ser firmada digitalmente mediante la función *hash* que garantiza la identidad de los datos electrónicos que se encuentran en la copia y el original[706]. En efecto la fijación del código *hash*[707] calculado a partir de un algoritmo de cifrado estándar, facilita concluir que los datos encontrados en el dispositivo en el instante de su incautación no han sido objeto de ulterior adulteración[708], de esta manera se garantiza la autenticidad y la inalterabilidad de la prueba que va a ser utilizada en el juicio, e incluso llega a identificar el procedimiento utilizado por la policía judicial[709].

Realizar el clonado o volcado en el mismo sitio donde se encuentra el dispositivo, puede representar a la vez grandes ventajas para la agilidad de la investigación, ya que permiten utilizar las copias desde el primer momento, así como ciertos inconvenientes sobre todo cuando el copiado se prolonga más allá de lo que dure el registro domiciliario. De tal manera que incautar

---

[702] BARRIO ANDRÉS, M.: *Delitos 2.0. Aspectos penales, procesales y de seguridad…, op. cit*., p. 303.
[703] Circular 5/2019, Fiscalía General*…, op. cit.*
[704] Esta posibilidad es la más recomendada porque aporta agilidad a la investigación, ya que permiten utilizar las copias desde el primer momento, pero por otro lado también puede presentar inconvenientes si el copiado se prolonga más allá de lo que dure el registro domiciliario. Circular 5/2019, Fiscalía General*…, op. cit.*
[705] BARRIO ANDRÉS, M.: *Delitos 2.0. Aspectos penales, procesales y de seguridad…, op. cit*., p. 303.
[706] Circular 5/2019, Fiscalía General*…, op. cit.*
[707] Para Sanchis Crepo los *hash*, son algoritmos que consiguen crear a partir de una entrada, una salida alfanumérica de longitud normalmente fija que representa un resumen de toda la información que se le ha dado. SANCHIS CRESPO, C., y VELASCO NÚÑEZ, E.: *Delincuencia informática…*, *op. cit*., p. 401.
[708] PINTO PALACIOS, F. y PUJOL CAPILLA, P.: *La prueba en la era digital…*, *op. cit*., p. 216.
[709] BUENO DE MATA, F.: *Las diligencias de investigación penal…, op. cit*., p. 176.

el dispositivo, ya sea en el momento del registro del domicilio o fuera de este, para realizar su posterior clonado es la práctica más habitual que se utiliza por permitir trabajar con tranquilidad sin estar sujeto a la premura del tiempo. No obstante, serán las circunstancias del momento, su urgencia o la naturaleza de la información que interesen a la investigación, las que determinen inclinarse por la primera o segunda opción de clonado[710].

8. Deber de colaboración

Para culminar con la regulación de esta medida tenemos una inclusión novedosa que es la posibilidad de exigir a un tercero a participar como colaborador con las autoridades y agentes encargados de la investigación en el acceso de registro de dispositivos de almacenamiento masivo. De acuerdo con el art. 588 *sexies* c 5 LECrim, esta facultad la puede ejercer las autoridades y agentes encargados de la investigación cuando necesiten realizar un registro y su acceso se dificulte por falta de conocimiento en el tema. En este caso, con la finalidad de que la investigación penal no se frustre, el legislador, ha impuesto como deber para todo aquél que tenga conocimiento en el funcionamiento del sistema informático, o sepa cómo proteger los datos informáticos contenidos en el dispositivo, la obligación de colaborar con la medida a efectos de facilitar la información que resulte indispensable, siempre que de dicha acción no provoque una carga desproporcionada para el afectado, cuya negativa podría significar incurrir en el delito de desobediencia. Con esta norma se introduce uno de los compromisos que deben cumplir los Estados suscritores del Convenio de Budapest en adaptar de mejor manera sus normas locales a los objetivos de este documento, que es la lucha contra la ciberdelincuencia, la misma que ha propuesto para los casos de actuaciones de investigaciones penales relacionadas con sistemas informáticos la sugerencia de incluir en el ordenamiento jurídico normas que faculten a las autoridades competentes la posibilidad de ordenar a cualquier persona que conozca el funcionamiento del sistema informático la colaboración, ya sea para poder acceder a los dispositivos o para proteger los datos informáticos contenidos en el mismo[711], es decir, no es

[710] Circular 5/2019, Fiscalía General *..., op. cit*.

[711] Art. 19. 4. "Cada Parte adoptará las medidas legislativas y de otro tipo que resulten necesarias para facultar a sus autoridades competentes a ordenar a cualquier persona que conozca el funcionamiento del sistema informático o las medidas aplicadas para proteger los datos informáticos contenidos en el mismo que facilite toda la información necesaria, dentro de lo razonable, para permitir la aplicación de las medidas indicadas en los apartados 1 y 2". Convenio de Budapest.

necesario que la persona obligada sea técnico en la materia, es suficiente que éste pueda facilitar información sobre el diseño o comportamiento de los sistemas de seguridad[712].

Sobre este punto notamos que el ámbito de colaboración "cualquier persona"; así como lo atinente a la extensión de la petición "la información que resulte necesario", nos da una idea de que la intención del legislador ha sido la de dotar de amplias facultades a las autoridades y agentes que investigan el delito en estas clases de dispositivos que, por su complejidad, pueden significar un obstáculo para acceder a su registro y conseguir los elementos electrónicos de convicción necesarios para el proceso penal. Se debe aclarar que el deber de colaboración opera únicamente cuando se encuentra abierta una investigación penal en curso y no para cualquier tipo de actuación policial.

Pero este deber de colaboración tiene sus excepciones que se refieren a los siguientes sujetos: 1) al investigado quien no puede ser obligado a colaborar, derecho que no se encuentra consagrado de forma explícita en el art. 24 de la Constitución, ni tampoco admitido, por regla general, por la jurisprudencia española[713]; pero que, a nuestro juicio, haciendo una interpretación *pro homine*, se lo podría admitir como una ramificación del derecho a no declarar en contra de sí mismo; 2) las personas que por ley están exentas de declarar por razones de parentesco o por secreto profesional. Dentro de las primeras se encuentra las personas que tenga línea de parentesco directa con el investigado, cónyuge o unión de hecho, hermanos consanguíneos y los parientes colaterales hasta el segundo grado civil[714]. Por último, están aquellos sujetos que, en razón de su profesión, no pueden declarar, que conforme se colige del propio art. 588 *sexies* c.5 se limita únicamente a los abogados defensores del procesado[715]. Por lo tanto, quedan fuera de este ámbito otros profesionales que también son afectados por este tipo de secreto[716].

---

[712] Circular 5/2019, Fiscalía General*…, op. cit.*

[713] Sobre su tratamiento en el ámbito jurisprudencial, por ser una norma nueva, habría que esperar como la interpreta este organismo cuando llegue su momento. OTAMENDI ZOZAYA, F.: *Las últimas reformas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal…*, *op. cit*., p. 143.

[714] Art. 416.1 LECrim.

[715] *Ídem*.

[716] Dentro de este grupo podríamos citar a manera de ejemplo a los eclesiásticos, funcionarios públicos entre otros. Véase al respecto lo señalado en el art. 417 LECrim.

VII. EL REGISTRO REMOTO DE EQUIPOS INFORMÁTICOS

Para un mejor entendimiento del tema nosotros hemos empezado por definir el registro remoto de equipos informáticos como aquella medida de investigación tecnológica que mediante la utilización de determinadas técnicas puede registrar cualquier dispositivo o sistema informático, sin importar el lugar donde se encuentre y sin conocimiento del titular de los mismos, busca descubrir y perseguir aquellos hechos delictuales especificado por la ley que son objeto de una investigación penal, cuya finalidad consiste en recoger información de los equipos intervenidos, destruir datos y cerrar sus accesos.

Entrando en materia lo primero que notamos en esta medida es que comparte muchas similitudes y elementos comunes con el registro de dispositivos de almacenamiento masivo, pero a su vez tiene determinadas peculiaridades, de ahí la necesidad de realizar estudio de forma independiente. Dentro de sus similitudes está la identidad de objeto sobre el que recae la medida, los cuales pueden ser: ordenadores, tabletas, celulares, sistemas informáticos, etc. Igualmente tienen la misma finalidad, esto es, la búsqueda de evidencia electrónica o vestigios de la ejecución del delito, guardados en los dispositivos. A su vez, se diferencia principalmente por la manera de su ejecución, mientras que el registro de dispositivos de almacenamiento se lo hace de manera estática y con conocimiento del titular; el registro remoto, se lleva a cabo en la clandestinidad y sin necesidad de incautar el sistema informático. También podríamos incluir el hecho de que el registro de dispositivo siempre se realiza dentro del territorio donde ejerce jurisdicción el juez que ordenó la medida; a su vez, en los casos de registros remotos, esto no siempre es así, pues los dispositivos o sistemas informáticos pueden estar ubicados en jurisdicciones ajenas a las del juez que autorizó la intervención. En este último supuesto, lo jurídicamente aceptable es que el delito sea cometido en España y el acceso se lo haga desde ese mismo país. Por lo tanto, para la validez de este acto es necesario que el sistema informático se encuentre en territorio español, y que mediante éste se acceda al dato sin importar el país donde se encuentre. No es aceptable, que un juez de España autorice el registro de un dispositivo o sistema electrónico ubicado en el extranjero, situación que provocaría la ilegitimidad de la actuado por falta de autorización judicial competente para intervenir el derecho. Lo pertinente en estos casos es acudir a la cooperación judicial internacional[717].

[717] Circular 5/2019, Fiscalía General*…, op. cit.*

La regulación de esta medida se encuentra claramente determinada en el Capítulo IX, del Título VIII, del Libro II LECrim a partir de los arts. 588 *septies* a 588 *septies* c, en donde encontramos desarrollado todo lo relacionado a los presupuestos, deber de colaboración y la duración de este instrumento de investigación tecnológico.

1. Presupuestos

Del análisis del art. 588 *septies* a, se desprende que la ley permite dos formas de acceder al registro remoto, por un lado, tenemos la utilización de datos de identificación y códigos; y, por otro, la instalación de un *software*[718]. Sobre estas dos técnicas la Fiscalía General piensa que, si bien hoy en día son sistemas de acceso amplio, los cuales permiten hacer efectiva la utilización de esta medida, lo más recomendado hubiese sido la implementación de una fórmula con mayor amplitud, a efectos de permitir que abarcara formas de acceso remoto que pudieran surgir en un futuro[719].

Esta medida tiene en principio, porque como veremos luego debe matizarse, un campo limitado de actuación a determinados delitos como son: a) delitos cometidos en el seno de organizaciones criminales; b) delitos de terrorismo; c) delitos cometidos contra menores o personas con capacidad modificada judicialmente. d) Delitos contra la Constitución, de traición y relativos a la defensa nacional; y, e) delitos cometidos a través de instrumentos informáticos o de cualquier otra tecnología de la información o la telecomunicación o servicio de comunicación. Es precisamente este último numeral por lo indeterminado en su redacción que nos lleva a creer que la restricción establecida en la ley para el uso de esta medida es relativa. En este sentido encontramos destacados juristas como MORENO CATENA, quien señala que esta técnica permite solamente la investigación de una serie reducida de delitos, pero considera que el último supuesto aparece con una formulación muy amplia "y no se corresponde con

[718] Mediante la instalación de este tipo de programas se accede de forma subrepticia a los dispositivos digitales del investigado, pero con autorización judicial, con la finalidad de vigilar de manera electrónica las acciones de éste, así como conseguir fuentes o medios de prueba para el proceso penal. Debido a la forma secreta de instalación del *software* espía, esta técnica de investigación presente grandes ventajas, ya que, entre otras cosas, la intervención del artefacto se lo hace de forma directa por el ente investigador sin necesidad del auxilio de las empresas proveedoras de internet y, además, exige menos personal para el cumplimiento de esta tarea y, capta mayor información del accionar delictual del sospechoso que otras diligencias tecnológicas de investigación. VELASCO NÚÑEZ, E.: *Delitos tecnológicos. Cuestiones penales y procesales*, Wolter Kluwer, Madrid, 2021, pp. 526-528.
[719] Circular 5/2019, Fiscalía General*…, op. cit.*

ninguna de las categorías de delitos previstos en el Código Penal". Esto significa que va a ser el juez instructor quien según su discrecionalidad autorice la medida, situación que podría producir una desproporcionalidad entre la búsqueda del castigo del delito y los derechos fundamentales afectados[720]. Por su parte BUENO DE MATA, piensa que estamos ante una aparente regulación restrictiva, pero en realidad no lo es tanto, pues el último de los delitos señalados por la ley, puede dar lugar para ser utilizada de una forma encubierta y desmedida de esta diligencia. En tal sentido la falta de concreción sobre los delitos puede permitir la utilización de una medida tan invasiva en el derecho al entorno virtual del investigado, ante el cometimiento de cualquier tipo de ciberdelito[721]. Contrario a este criterio GOZÁLEZ PULIDO, considera que esta última cláusula no es necesariamente arbitraria, más bien resulta adecuada en el marco de la evolución tecnológica. Las tecnologías están en constante transformación, mientras que el desarrollo legislativo es lento, circunstancia que podría dejar sin sanción ciertas conductas y, afectar con ello la eficacia del proceso penal[722].

A nuestro modeste entender, el último de los supuestos no es concreto y deja a la discrecionalidad del juez instructor la interpretación de los tipos de delitos sobre los cuales puede autorizar el uso de esta medida, situación que consideramos peligrosa para una correcta protección de los derechos fundamentales del investigado, habría que esperar en el futuro si la jurisprudencia va estableciendo matices a esta discrecionalidad judicial.

2. Contenido de la resolución judicial

Debido a que esta es una medida de un alto nivel de afectación de los derechos fundamentales del investigado, la ley exige la autorización judicial para todos los casos, por lo tanto, está vedada la opción de actuar por parte de la policía o el fiscal, ya sea en los casos de

[720] MORENO CATENA, V.: "La garantía de los derechos fundamentales…", en *Problemas actuales del proceso…, op. cit.*, 2010, p. 294.
[721] BUENO DE MATA, F.: *Las diligencias de investigación penal…*, *op. cit*., p. 193. Por su parte, López-Barajas, piensa que el supuesto que hace mención a los delitos cometidos a través de instrumentos informáticos, podría dar lugar a una clara inseguridad jurídica respecto del uso de esta medida, de ahí que lo más recomendable sería limitarlo a los delitos de especial gravedad, y, además definir con precisión qué debe entenderse por tales. LÓPEZ-BARAJAS PEREA, I.: "El derecho a la protección del entorno virtual…", en *La nueva reforma procesal penal…, op. cit*. p. 164.
[722] GONZÁLEZ PULIDO I.: *El registro remoto como diligencia de investigación tecnológica de la ciberdelincuencia*, Arazandi, Navarra, 2023, pp. 62-63.

urgencia sin dicha autorización. El art. 588 a 2 señala cinco requisitos que la resolución de autorización judicial debe especificar:

a) Los ordenadores, dispositivos electrónicos, sistemas informáticos o parte de los mismos, medios informáticos de almacenamiento de datos o bases de datos, datos u otros contenidos digitales objeto de la medida. Como se desprende de la lectura de este literal, esta medida puede recaer sobre un amplio campo de posibilidades de equipos y sistemas electrónico, informático o virtual de almacenamiento de datos u otros contenidos digitales. Con este abanico de posibilidades se impide que fácilmente esta medida con el avance tecnológico quede rápidamente en desuso. En efecto, tal como se encuentra redactado este inciso, nos permite señalar que el registro remoto puede ser encaminado hacia cualquier tecnología que permita conservar datos, por lo tanto, podrá amoldarse a la aparición de nuevos sistemas de almacenamiento más avanzados. Si bien la medida abarca cualquier sistema de almacenamiento, no significa que puede ir dirigido contra cualquier persona, sólo irá dirigida a aquellos dispositivos electrónicos que están siendo usados por el investigado o que son de su propiedad. Por este motivo no se incluye, como sí lo prevé la ley para las otras medidas, la afectación de terceros, únicamente su ámbito subjetivo se encuentra restringida a los artefactos o sistemas electrónicos cuando el sujeto investigado es usuario de los mismos o es su titular.

Para LÓPEZ-BARAJAS, el legislador no emplea términos claros que identifiquen al sujeto pasivo de la medida con el investigado, sino con el concepto de titular o usuario. Esta situación, señala la autora, tiene su razón por la grave afectación que causa la medida en los derechos fundamentales, por lo tanto, esta intervención sólo podrá realizarse sobre los dispositivos informáticos de los que el investigado es titular o usuario[723]. A su vez para SANTOS MARTÍNEZ, la referencia "titular o usuario", permite aseverar que el legislador no ha excluido *per se* la posibilidad de llevar a cabo el registro remoto de un dispositivo u ordenador perteneciente a un tercero. Sin embargo, la falta de previsión expresa demanda la máxima cautela del juez cuando quiera autorizar la intervención sobre los sistemas de almacenamiento de estos sujetos. Diligencia que obliga al juzgador a tener constancia de que el investigado utiliza esos sistemas o bien que en ellos están almacenados archivos o datos pertenecientes al investigado en este último caso el juez deberá especificar que sólo se accederá a los archivos

[723] LÓPEZ-BARAJAS PEREA, I..: "El derecho a la protección del entorno virtual…", en *La nueva reforma procesal penal…, op. cit*. p. 167.

del sujeto involucrado en la investigación penal, sin que pueda acceder a los datos pertenecientes a terceros[724]. Criterio respetado que no compartimos, porque como muy bien lo sustenta LÓPEZ-BARAJAS [725], el art. 588 *bis* h LECrim, que trata sobre las reglas comunes, de forma clara señala que se puede ordenar medidas de investigación tecnológicas, aunque afecten a terceras personas, pero "en los casos y con las condiciones que se regulen en las disposiciones específicas de cada una de ellas". Esto deja dilucidada la duda de si en el registro remoto de dispositivos electrónicos cabe la posibilidad de afectar a un tercero con la intervención, puesto que al no expresarse en ninguno de los artículos esta circunstancia, la debemos interpretar como una negativa a la posibilidad de afectar con el registro el sistema informático de un tercero no vinculado a la investigación penal.

b) El alcance de la misma, la forma en la que se procederá al acceso y aprehensión de los datos o archivos informáticos relevantes para la causa y el *software* mediante el que se ejecutará el control de la información. Esto obliga a especificar en la resolución los artefactos específicos a los que se va a acceder y qué datos concretos son los que se pueden registrar y cuáles no, esto dependerá de cada caso en concreto, por lo que el juez deberá prever, precisar y justificar el acceso de dichos datos de conformidad con los principios rectores[726], pues caso contario la medida dará lugar a una causa de ilegitimidad. En este apartado la ley se refiere sobre la forma en la que se procederá al acceso y aprehensión de los datos o archivos informáticos, y, del *software* mediante el cual se ejecutará el control de la información. Cuando se está en presencia del primer supuesto, se deberá consignar como se logró el acceso; por lo tanto, deberá señalar si éste fue efectuado a través del empleo de datos de identificación y códigos, o bien mediante la instalación de un *software* específico.

Por último, cuando se hace mención al *software* de control, se está refiriendo a aquél que garantiza la integridad y autenticidad de los datos captados. Con esto se busca, por un lado, conocer la forma como se accede al sistema, así como el mecanismo que se utiliza para la aprehensión de la información o archivos importantes para la investigación penal; y por otro,

[724] SANTOS MARTÍNEZ, A.: *Medidas de investigación tecnológica…, op. cit*., pp. 254-255.
[725] Para López-Barajas, con esta disposición queda excluida la posibilidad de intervenir con esta medida los dispositivos de un tercero no investigado. LÓPEZ-BARAJAS PEREA, I..: "El derecho a la protección del entorno virtual…", en *La nueva reforma procesal penal…, op. cit*. pp. 164-167.
[726] Circular 5/2019, Fiscalía General*…, op. cit.*

saber el programa o sistema empleado para controlar el dato obtenido[727]. De esta forma se puede controlar la autenticidad de la información conseguida con la aplicación de la medida, con lo cual se garantiza la legalidad de la medida y al mismo tiempo se facilita al investigado la información necesaria para ejercer su derecho a la defensa[728].

c) Los agentes autorizados para la ejecución de la medida. Como ya hemos señalado no es requisito indispensable la identificación individual del sujeto encargado de aplicar la medida, basta con señalar la Unidad Policial competente que se va a encargar de ejecutar el registro para dar por cumplido este supuesto. Cuando sea la policía quien solicita la autorización de la medida, será la propia unidad solicitante la encargada de llevar a cabo la intervención. A su vez si la solicitud proviene de la Fiscalía, el juez se limitará a consignar los mismos datos de la unidad policial señalada por el fiscal para que se encargue de la ejecución de la medida. Y por último si es el juez quien de oficio autoriza la medida, la unidad policial se designará, previa información facilitada por la propia policía en relación a la unidad más idónea para tal efecto[729]. Esta identificación resulta necesaria tanto para garantizar el control de la medida, así como para el ejercicio del derecho a la defensa del investigado, pues esto le permitirá comprobar mediante el interrogatorio en juicio de los agentes que llevaron a cabo el registro, aspectos tales como la legalidad y alcance de la medida[730].

d) La autorización, en su caso, para la realización y conservación de copias de los datos informáticos. Debido a que el copiado de datos es una acción mucho más invasiva que la simple observación de ellos, el legislador ha establecido para el primero de los supuestos la exigencia de la autorización judicial. Sin embargo, la ley no señala nada respecto de la finalidad de las copias ni tampoco de los supuestos en los que procede. Frente a esta laguna SANTOS MARTÍNEZ[731] propone que la autorización de las copias debería darse expresamente: 1) cuando dentro de la investigación se encuentre algún hallazgo causal. En efecto ante un hallazgo casual se justifica la copia si es que queremos iniciar una nueva investigación, pues como sabemos las evidencias electrónicas son muy volátiles y fácilmente manipulables, por lo que se debe actuar rápido para conservarlas y una de esas formas es mediante el copiado respectivo, pues caso

[727] SANTOS MARTÍNEZ, A.: *Medidas de investigación tecnológica…, op. cit*., p. 267.
[728] Circular 5/2019, Fiscalía General*…, op. cit.*
[729] SANTOS MARTÍNEZ, A.: *Medidas de investigación tecnológica…, op. cit*., p. 268.
[730] Circular 5/2019, Fiscalía General*…, op. cit.*,
[731] SANTOS MARTÍNEZ, A.: *Medidas de investigación tecnológica…, op. cit*., p. 268.

contrario se perderán, y el nuevo hecho crimonoso detectado con la medida de registro que dará sin sanción; 2) cuando las partes interesaran el acceso a copias, y 3) cuando se ordene la destrucción de los archivos contenidos en el sistema original, siempre que sean necesario disponer de los datos informáticos tanto para la investigación como a efectos probatorios.

Con la destrucción de los archivos originales contenidos en los dispositivos de almacenamiento, se pierde todo la evidencia probatoria y material útil que podría ser requerida tanto para la investigación en curso como en una futura, e incluso para los intereses del investigado. Por lo tanto, si se los quiere utilizar en el futuro tanto para la investigación o para la defensa lo lógico será guardar una copia de los datos almacenados en los archivos electrónicos originales, con esto se consigue que las partes en cualquier momento del proceso puedan acceder sin ningún problema a dichos datos. De este último supuesto salta la interrogante de quien será el encargado de la conservación de las copias. Como el artículo que estamos tratando tampoco lo dice, siguiendo las reglas generales, estas copias deberán quedar bajo custodia del secretario judicial[732].

e) Las medidas precisas para la preservación de la integridad de los datos almacenados, así como para la inaccesibilidad o supresión de dichos datos del sistema informático al que se ha tenido acceso. De este literal se desprenden varias medidas con objetivos diversos. El primero de ellos hace referencia a la adopción de medidas encaminadas a preservar la integridad de los datos, la cual es necesaria que la ordene el juez para asegurar la absoluta fiabilidad e integridad de los datos obtenidos con el registro. Como podemos notar la medida está debidamente justificada, pues asegura que los datos obtenidos al tiempo del registro se encuentran conservados sin alteración hasta el instante de ser valorados por el Tribunal de enjuiciamiento. Para RICHARD GONZÁLEZ, esta primera parte no plantea ningún inconveniente, la que resulta más difícil de comprender es la segunda frase en donde se hace referencia a la actuación policial no sólo actuando como un "intruso informático", encargado de acopiar hechos inherentes a la investigación delictual, sino que, de forma paralela, puede además ser autorizado para inhabilitar el sistema informático accedido, así como para eliminar sus contenidos. En este sentido esta actividad rebasa los límites ordinarios de la investigación penal y se vincula directamente con la función principal de la policía que es además de investigar delitos, la de

[732] 588 *bis* k, LECrim.

impedir su ejecución o evitar que se sigan cometiendo. Por lo tanto, debemos entender que la norma simplemente ha querido asimilar una situación normal, propia de la actuación policial cuando se encuentra ante la persecución de un delito común, en donde detiene a los infractores, recoge evidencias y realiza actuaciones para detener y suprimir la actividad criminal, a hechos delincuenciales que se suscitan en el mundo virtual, en donde también tienen cabida los mismos procedimientos[733]. Tanto la inaccesibilidad como la eliminación de los datos de los sistemas informáticos tienen como finalidad la de impedir que el investigado pueda manipular, borrar la prueba o continuar cometiendo la infracción. Es por esto que BUENO DE MATA, considera a estas acciones como una especie de medida cautelar virtual[734].

Por nuestra parte consideramos que la inaccesibilidad es una medida aceptable[735] y necesaria cuando se trata de combatir delitos que usan como principal herramienta las TIC, pues asegura las fuentes de prueba, evita la manipulación y la destrucción de elementos de convicción, pero además se corta la continuidad de la ejecución del delito. Sin embargo, en lo relacionado a la eliminación de los datos, su aplicación puede ser algo cuestionada, pues podrían incidir en el derecho de defensa del investigado. Al eliminarse los datos originales se deja sin posibilidad de realizar una pericia sobre ellos, por lo que, si se quiere desvirtuar o acreditar la autenticidad de los archivos obtenidos mediante el registro, se deberá realizar sobre una copia que no tiene la misma fiabilidad que la principal. En razón de esto lo más aconsejable es conservar sus originales por lo menos hasta cuando las partes hayan tenido la posibilidad de practicar las pruebas sobre ellas. Coherente con esta idea, su aplicación no debería ser la regla, sino que como bien lo señala SANTOS MARTÍNEZ, su autorización sería correcta cuando: a) fuera la única forma de poner fin la actividad criminal; b) que aún, habiéndose puesto fin a la acción delictual, existiera un peligro de reiteración del ilícito; c) que existiera una situación de peligro; y d) que se hiciera para proteger los derechos e intereses de la víctima[736]. En resumen, la supresión de los datos se justifica únicamente ante unas circunstancias que vuelven necesaria su aplicación, debiendo para el efecto sacar previamente una copia que garantice la autenticidad

[733] RICHARD GONZÁLEZ, M.: *Investigación y prueba mediante medidas de intervención…, op. cit.,* p. 199.
[734] BUENO DE MATA, F.: *Las diligencias de investigación penal…, op. cit.,* p. 196.
[735] Señala Santo Martínez, que la inaccesibilidad es una medida que cumple las mismas finalidades de la supresión, pero además es respetuosa con las garantías procesales de las partes en lo referente con la práctica de diligencias y pruebas sobre los archivos y datos originales. SANTOS MARTÍNEZ, A.: *Medidas de investigación tecnológica…, op. cit.,* pp. 270-271.
[736] *Ibidem,* p. 270.

de los datos conseguidos con el registro. En otras palabras, si no existe una causal, que deberá ser puesta de manifiesto en la autorización judicial, y si no se saca una copia de los datos originales que garantice la autenticidad e indemnidad de la fuente de prueba original eliminada, no se debería realizar la medida de supresión de los datos, pues caso contrario se desnaturalizaría la prueba y se afectaría el derecho de defensa.

3. Extensión de la medida

En principio sabemos por lo invasiva de la medida, su acción debe ir específicamente dirigida al registro de datos contenidos en dispositivos o sistemas plenamente identificados, sin que pueda exceder de los límites objetivos y subjetivos, pero si como consecuencia del registro autorizado se puede presumir que los datos buscados se encuentran en un sistema informático distinto o en una parte del mismo, deberá poner este hecho en conocimiento del juez para que éste analice la solicitud y autorice la ampliación del registro. Esta excepción, como recordaremos, también se encuentra estipulada para los registros de dispositivos de almacenamiento masivo de información, con la diferencia de que, en los registros remotos, no se puede extender el registro sin autorización previa, como sí es posible en los registros directos. Esta exigencia se justifica por dos circunstancias, la primera es que en el caso del registro remoto, al ser una medida llevada a cabo sin conocimiento del investigado, la urgencia desaparece, por ende no existe peligro de que éste pueda destruir la evidencia, a diferencia del directo en el que el investigado y su entorno tiene conocimiento del registro de sus dispositivos informativos, hecho que podría alertar al investigado, si está en libertad, o a un tercero, para acceder vía remota al sistema o dispositivo y destruir los datos que en ellos se encuentren. Y la segunda justificación es por el nivel más alto de afectación de los derechos fundamentales del investigado que producen los registros remotos en relación con los directos, lo cual exige de mayores garantías como es la de requerir previamente autorización en los casos de ampliación de la medida[737].

[737] Circular 5/2019*..., op. cit.*

4. Deber de colaboración

Como no podía ser de otra manera al tratarse de equipos y sistemas tecnológicos, al igual que en el caso de los registros directos, es necesaria la colaboración de otros sujetos sin los cuales muy difícilmente se podría aplicar este tipo de medida, pero a diferencia de los registros directos, el ámbito de sujetos obligados es mucho más amplio, ya que en ella se contemplan los prestadores de servicios y personas señaladas en el art. 588 *ter* LECrim y los titulares o responsables del sistema informático o base de datos[738]. En resumen, en esta deber de colaboración encontramos a los mismos sujetos obligados para el caso de los registros directos, sumado a los que acabamos de mencionar. Así mismo no varían las excepciones subjetivas estipuladas en el art. 588 *sexis* c.5, por lo tanto, son aplicables las mismas consideraciones que dimos al tratar los registros directos.

La necesidad de colaboración puede surgir antes de la aplicación de la medida, en estos casos lo aconsejable sería poner en la solicitud de autorización la forma como se va acceder al dispositivo, de tal manera que si el acceso remoto únicamente es posible mediante la colaboración de terceros se lo indique y se ponga de manifiesto esta circunstancia, lo cual se deberá reflejar en la resolución de autorización. Con esto se consigue agilidad en la investigación, pues el policía podrá acudir con dicha autorización ante el sujeto obligado para que éste colabore inmediatamente sin la necesidad de realizar una nueva petición al juez, pues existen casos en los que los prestadores de servicios tecnológicos sólo pueden colaborar previo requerimiento de autoridad judicial. Pero también esta colaboración puede surgir al momento de aplicar la medida, como puede ser el caso cuando teniendo el programa respectivo para acceder al sistema informático, éste último cuenta con *software* antivirus, contrafuegos o detectores de troyanos, los cuales pueden haber sido instalado por el propio investigado o por la compañía prestadora de la comunicación. Bajo estas circunstancias conforme a la actual norma los encargados de ejecutar el registro podrían directamente sin necesidad de autorización judicial, solicitar la colaboración respectiva[739]. No obstante, esta colaboración no es genérica, por el contrario, va dirigida al sujeto obligado para que éste facilite a los agentes investigadores la práctica de la medida, el acceso al sistema y para que los datos e información recogidos

[738] Art. 588 *septies* b, LECrim.
[739] SANTOS MARTÍNEZ, A.: *Medidas de investigación tecnológica…, op. cit.*, pp. 274-275.

puedan ser objeto de examen y visualización[740]. Como podemos notar, esta exigencia es necesaria, pues sin este auxilio los agentes policiales, en determinados casos, no podrían acceder al sistema informático para realizar el registro.

Por otra parte, el art. 588 *septies* b 2 no prevé la excusa, que sí se encuentra para el caso del registro directo, del requerido a colaborar cuando dicha colaboración provoque en él una carga desproporcionada. No obstante, existen excepciones normativas, en los que el sujeto obligado, está excusado de prestar su auxilio, como es el caso cuando esto significa infringir deberes legales o derivados del ejercicio legítimo de sus derechos, de un oficio o de un cargo, en estos supuestos, el colaborar supone para la persona requerida una carga desproporcionada, en tal circunstancia no podría ser sancionando por el delito de desobediencia[741]. De lo anterior colegimos que la omisión legal sobre el tema de excusa de colaboración del sujeto obligado no es absoluta sino relativa, porque de no existir ninguna excepción, significaría para el colaborador una carga desproporcionada, al no ser sancionado, por una parte, por haber prestado su auxilio para llevar a cabo con éxito el registro, pero por otra sería penado por haber infringido el deber legal y viceversa. Lo que nos lleva a pensar que el legislador para el caso de los registros remotos, en lo relacionado a las excepciones de colaboración, las ha limitado, aunque no de manera expresa, al mínimo estrictamente indispensable[742].

Para culminar encontramos que el art. 588 *septies* b, impone la obligación de guardar silencio para los sujetos que prestan su colaboración en la aplicación de la medida, circunstancia, no señalada en el registro de dispositivos de almacenamiento masivo. Justificativo que a decir de la Fiscalía pueda deberse al hecho de que, en el registro remoto, para el buen éxito de la investigación, se debe actuar sin el conocimiento del investigado si se quiere evitar que éste pueda vía remota destruir las evidencias, a diferencia del registro directo en donde no existe este problema, porque los dispositivos a registrarse, se encuentran en poder de las autoridades, con lo cual queda anulado cualquier intento de manipulación por parte del sospechoso[743].

---

[740] 588 *septies* b, LECrim.
[741] "Están exentos de responsabilidad criminal: … 7.º El que obre en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo". Art. 20.7 LECrim.
[742] Circular 5/2019*…, op. cit.*
[743] *Ídem*.

5. Duración de la medida

Como no podía ser de otra manera la grave intromisión de esta medida en los derechos fundamentales, exige una duración lo menos extensa posible, de tal forma que el legislador consiente de sus efectos, ha establecido "una duración máxima de un mes, prorrogable por iguales periodos hasta un máximo de tres meses[744]".

El tiempo señalado por la ley puede resultar excesivo, pero al igual corto. En torno a lo excesivo que podría resultar el tiempo de su aplicación, señala SANTOS MARTÍNEZ que esto se debe en primer lugar por la gravedad de la lesión que padece el investigado en su derecho a la intimidad, por lo tanto, no debería extenderse la injerencia más allá de lo necesario. En efecto, si echamos un vistazo a las demás medidas estudiadas hasta aquí, el registro remoto, tiene un alcance mucho más amplio que el resto de las intervenciones, pues su intromisión puede llegar a afectar al mismo tiempo, una gran variedad de derechos fundamentales. Y derivado de lo anterior se entiende que la medida se agotaría con el acceso y examen del dispositivo o sistema informático. Este último criterio tiene su razón de ser en el hecho que no estamos ante la presencia de una medida de seguimiento de la actividad informática del usuario, sino como bien se colige de su nombre, de un registro de datos y archivos almacenado en un dispositivo o sistema informático. En el actual escenario donde se cuenta con programas avanzados, que pueden realizar un barrido de todo el sistema en un corto tiempo, el registro remoto no debería exigir de un plazo largo, pues esto resulta desproporcionado. Únicamente para aquellos de sistemas complejos o cuando se requiera de la colaboración de un tercero para acceder al registro, se podría justificar el plazo de un mes para la intervención de la medida[745].

Al no señalarse desde cuando comienza o correr el plazo de la autorización de la medida nos encontramos ante la duda de saber si el plazo se contabiliza desde la fecha de la autorización judicial, cuando se tuvo acceso al dispositivo o sistema de almacenamiento, o a partir del instante en que se encuentra el archivo o información buscada. Este silencio legislativo, podría llevar a interpretar soluciones distintas sobre este tema. Con la finalidad de encontrar una salida a esta imprecisión, encontramos varios planteamientos al respecto. SANCHIS CRESPO propugna una modificación legal que permita ampliar el plazo distinguiendo entre un plazo para

[744] Art. 588 *septies* c. LECrim.
[745] SANTOS MARTÍNEZ, A.: *Medidas de investigación tecnológica…, op. cit.*, p. 278.

obtener los datos necesarios para acceder al dispositivo y otro para la ejecución efectiva de la medida[746]. En la práctica este tipo de medida puede presentar dificultades cuando para el registro es necesario la instalación de un *software* en el dispositivo del investigado, en este caso podría suceder que cuando se haya instalado dicho *software*, y se efectivice recién la monitorización del equipo, el tiempo de autorización de la intervención se encuentre fenecido[747]. Como vemos la unidad policial, puede encontrarse con ciertas dificultades y complejidades al momento de acceder de manera remota al dispositivo informático e incluso podría necesitar de la colaboración de terceros para realizar la medida, circunstancias que demorarían el registro y comprometerían la eficacia de este instrumento de investigación moderno. En virtud de aquello considera SANTOS MARTÍNEZ que lo más coherente sería fijar el inicio del cómputo del tiempo desde el instante cuando se tiene efectivo acceso al sistema investigado, salida que, a criterio de este autor, es respetuoso con los derechos del investigado, pues mientras no se acceda realmente al sistema informático no se produciría ninguna lesión a la intimidad de éste[748].

Por nuestra parte somos de la idea que el plazo debe computarse desde el instante de la autorización judicial. Contar el tiempo desde que se tiene el acceso al dispositivo o sistema de almacenamiento, o a partir del instante en que se encuentra el archivo o información buscada, a nuestro juicio significa, a diferencia del respetado criterio de SANTOS MARTÍNEZ, comprometer no sólo la seguridad jurídica, sino además afectar el derecho fundamental del investigado. Si el plazo de autorización no empieza a correr desde la autorización judicial, la afectación al derecho fundamental investigado, en la práctica, no tendría un alcance temporal limitado, pues todo dependerá del momento inicial en que el registro se realice[749], violándose de esta manera la categoría garantista que pretende dar el legislador al establecer un periodo corto para el uso de esta medida.

---

[746] VELASCO NÚÑEZ, E. y, SANCHIS CRESPO, C.: *Delincuencia informática... op. cit*., p. 512.
[747] Circular 5/2019*…, op. cit.*
[748] SANTOS MARTÍNEZ, A.: *Medidas de investigación tecnológica…, op. cit*., pp. 279-280.
[749] Este criterio lo podemos colegir de la jurisprudencial de Tribunal Constitucional que en un caso de intervención telefónica trató el tema del computa del plazo para la intervención telefónica. Señalando al respecto que "el entendimiento de que el plazo previsto en una autorización judicial que autoriza la restricción del secreto de las comunicaciones comienza a correr el día en que aquélla efectivamente se realiza compromete la seguridad jurídica y consagra una lesión en el derecho fundamental, que tiene su origen en que sobre el afectado pesa una eventual restricción que, en puridad, no tiene un alcance temporal limitado, ya que todo dependerá del momento inicial en que la intervención tenga lugar…" En otras palabras, no interesa si la medida se la aplica días o meses después de su autorización, para efectos de una adecuada protección del derecho fundamental afectado, el plazo que se debe computar es el de la fecha en que se dio la resolución de la autorización. STC 205/2005, de 18 de julio.

En lo atinente a la prórroga la norma señala que se puede prorrogar por un mes hasta un máximo de tres meses[750], la misma que deberá ser justificada. No se puede pedir prórroga sin una causa que lo amerite, así por ejemplo se podría alegar la complejidad del dispositivo intervenido, la necesaria colaboración de un tercero para acceder al registro o cuando habiéndose accedido al sistema se descubre que la información buscada se encuentra en un dispositivo distinto al intervenido, etc.[751]

[750] 588 *septies* c. LECrim.
[751] SANTOS MARTÍNEZ, A.: *Medidas de investigación tecnológica…, op. cit.*, p. 280.

CAPÍTULO III. LAS MEDIDAS DE INVESTIGACIÓN TECNOLÓGICAS EN EL DERECHO PROCESAL PENAL ECUATORIANO.

I. CONSIDERACIONES INICIALES

En el presente capítulo se abordarán los aspectos relacionados con las medidas de investigación tecnológicas en el proceso penal ecuatoriano. Para ello, comenzaremos con el estudio de la implementación de las TIC en el proceso penal ecuatoriano.

Veremos cuál fue el antecedente para su regulación e inclusión como nueva herramienta en esta área del derecho. Debido a la escasa regulación sobre este tema, nos obliga estudiar en primer lugar lo dispuesto por la máxima norma en materia de derechos humanos para Latinoamérica, como es la Convención americana de Derechos Humanos. Este instrumento internacional nos dará las pautas a tener en cuenta para la restricción de derechos fundamentales por parte de los Estados suscriptores a la Convención.

Como segundo aspecto, cotejaremos si la legislación ecuatoriana se ajusta o no a la exigencia internacional y nacional sobre restricción de derechos fundamentales causados por la implementación de una medida de investigación tecnológica.

Finalmente, abordaremos el régimen jurídico de implementación de la intervención de comunicaciones y datos informáticos y la captación de imagen y sonido según la actual normativa ecuatoriana.

1. La implementación de las TIC en el proceso penal ecuatoriano

Como ha sucedido en otras latitudes del mundo, la aparición de las TIC trajo consigo la tecnificación de la delincuencia, situación que puso en desventaja al sistema penal ecuatoriano, al no existir una regulación sobre este tema. El legislador consciente de esta problemática, en el año 2000 introduce, en el reformado Código de Procedimiento Penal de esa época (en adelante CPP), la posibilidad de usar las tecnologías como instrumento de investigación[752], y, además,

[752] De esta forma, a partir de la reforma se incorpora a la técnica de investigación del delito, la interceptación telefónica. Regulación que fue muy escueta, la misma que disponía: "El juez de garantías penales puede autorizar por escrito al Fiscal para que intercepte y registre conversaciones telefónicas o de otro tipo, cuando lo considere indispensable para impedir la consumación de un delito, o para comprobar la existencia de uno ya cometido, o la responsabilidad de los partícipes. La cinta grabada deberá ser conservada por el Fiscal, con la transcripción suscrita

como medio para sustentar las actuaciones y pronunciamientos de los fiscales[753]. En otras palabras, se dio paso a la posibilidad de obtener fuentes y medios de pruebas mediante el uso de medidas de investigación tecnológicas.

La inclusión de las TIC constituyó un avance novedoso para el proceso penal, pues a partir de ese momento el contenido en sistemas digital, siempre y cuando se garantizara su integridad, autenticidad y reproducción, no podía ser rechazado o tachado como ineficiente para probar la materialidad de la infracción o la responsabilidad del presunto partícipe del ilícito.

Ahora bien, a pesar de este reconocimiento, su aplicación en la praxis procesal presentaba dudas, debido a que no se señala de forma expresa que estos medios tecnológicos podían ser considerados como medio de prueba con igual efecto jurídico al de un documento físico. Situación que cambió con la aprobación de la Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos[754] en adelante (LCE). Con la entrada en vigencia de la LCE, se tipifica como delito las acciones ilícitas provenientes del mal uso de las tecnologías y, a su vez, se brinda la posibilidad de aplicar un nuevo tipo de prueba proveniente del uso de las TIC, esto es, el documento electrónico[755]. De esta forma se deja claro que la forma de introducir estos medios de prueba al proceso penal será mediante la aplicación de la regla que sigue la prueba documental física.

No obstante, de que los mensajes de datos alcanzan igual valor jurídico que los documentos escritos tradicionales, su validez queda supeditada siempre y cuando se asegure su integridad. En efecto, este tipo de documentos, al ser de fácil manipulación, la única forma de

---

por la persona que la escribió". Art. 155 Código de Procedimiento Penal 2000, Registro Oficial Suplemento 360 de 13 enero 2000, (derogado por el actual Código Orgánico Integral Penal).

[753] La presente reforma sobre este asunto expresaba: "Los Fiscales podrán utilizar todos aquellos medios técnicos, electrónicos, informáticos y telemáticos que resulten útiles e indispensables para sustentar sus actuaciones y pronunciamientos, cumpliendo con los requisitos y obteniendo las autorizaciones que se exijan en la ley respecto de la procedencia y eficacia de los actos de investigación o de prueba que se formulen a través de dichos medios. Las actuaciones que se realicen, y los documentos o información obtenidas a través de estos procedimientos, serán válidos y eficaces siempre que se garantice su integridad, autenticidad y reproducción, y no afecten en modo alguno los derechos y garantías fundamentales reconocidas en la Constitución y la ley. Las actuaciones y procesos que se tramiten con soporte informático, deberán garantizar la confidencialidad, privacidad y seguridad de los datos e informaciones de carácter personal que contengan." Art. 156 CPP.

[754] Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos, Ley número 67, publicada en Registro Oficial Suplemento núm. 557, de 17 de abril de 2002.

[755] A partir de la LCE, la información captada en un depósito digital es considerado con igual valor que un documento físico. La ley en mención señala: "los mensajes de datos tendrán igual valor jurídico que los documentos escritos. Su eficacia, valoración y efectos se someterá al cumplimiento de lo establecido en esta Ley y su Reglamento". Art. 2 *ibidem*.

garantizar su autenticidad es verificando la integridad e inalterabilidad de los mismos. En el año 2009, con la promulgación del Código Orgánico de la Función Judicial (en adelante COFJ) se reconoce la validez y eficacia de los documentos electrónicos dentro de la tramitación judicial, siempre que estos no se encuentren con alteraciones que puedan afectar la autenticidad o integridad de dichos soportes[756]. Como podemos notar, con esta reforma se generaliza el uso de este tipo de documentos, inicialmente pensado para facilitar el comercio electrónico, a toda la actividad judicial, manteniendo para la validez de estos soportes, las mismas condiciones de la LCE, esto es, que se debe garantizar tanto la autenticidad e integridad de los mismos. De esta forma, la justicia ecuatoriana, atenta a la nueva realidad y ante las necesidades de los actuales tiempos, amplió el criterio tradicional de prueba documental basada en la escritura y el papel, por un concepto moderno que engloba, además, a todo contenido digital con eficacia probatoria o relevancia jurídica.

2. Origen de las medidas de investigación tecnológicas en el proceso penal ecuatoriano

Como señalamos *supra*, la incorporación al sistema penal ecuatoriano tuvo su inicio con la reforma introducida al Código de Procedimiento Penal del año 2000. Antes de esta fecha contábamos con un código adjetivo penal pensado para una época muy diferente a los actuales cambios. En este código, entre otras cuestiones, se regula la interceptación y las grabaciones de las conversaciones telefónicas o de otro tipo[757], al igual que se incorpora lo referente a la captación de audio o video en espacio público[758].

La interceptación de las conversaciones telefónicas se encontraba regulada en un único artículo, en donde se establecía, como requisito para su implementación, la autorización del juez de garantías penales. Autorización que debía ser por escrito, cuando este lo estimare indispensable para impedir la consumación de un delito, o para comprobar la existencia si fue ya ejecutado, o para conocer los partícipes del ilícito[759], es decir, la interceptación telefónica

[756] Art. 147 del Código Orgánico de la Función Judicial, publicado en el Registro Oficial suplemento 544 de 9 de marzo del 2009.
[757] Art. 155 del CPP.
[758] *ibídem* 156 inciso segundo y art. Innumerado.
[759] *Ibídem*, Art. 155.

estaba dirigida específicamente a estas tres finalidades, con lo cual quedaba fuera cualquier otro tipo intervención que no se ajustara a estos objetivos.

Por otra parte, la autorización judicial podía ser tanto para interceptar o para registrar las conversaciones telefónicas o de otro tipo. Con esta última frase se dejaba la puerta abierta para poder aplicar esta medida en los casos de comunicaciones telemáticas. Pero, si bien la ley de forma expresa no señalaba que la autorización debía ser motivada, esta obligación se desprendía de lo dispuesto por el artículo 24.13 de la Carta Magna de ese entonces, cuyo tenor expresaba: "las resoluciones de los poderes públicos que afecten a las personas deberán ser motivadas…" Por lo tanto, el juez penal, al instante de conocer la petición, debía realizar un análisis sucinto y detallado de los aspectos consignados en la fundamentación de la petición del fiscal, a efectos de motivar la resolución de autorización, de esta manera el juzgador no podía autorizar la medida de forma simplista o siguiendo su criterio. Al afectar un derecho fundamental, como no podía ser de otra manera, la autorización debía ser solicitada previamente a la intervención, caso contrario, todo lo actuado carecería de eficacia probatoria por vulnerar derechos fundamentales.

La ley no establecía el tiempo de duración de la medida, por lo tanto, se prestaba para abusos, pues al no existir un periodo determinado, esto quedaba a voluntad del juzgador, situación que resultaba desproporcionada, al dejar expuesto por periodos largos o indefinidos el derecho fundamental a la intimidad del investigado. Por esta razón, señalaba VACA ANDRADE, que el juez debía de analizar la autorización de la medida en cada caso, para cada situación concreta y según la finalidad trazada, quedando vedado hacerlo en términos generales[760].

Realizada la interceptación, todo lo grabado lo debía conservar el fiscal, con la trascripción debidamente suscrita por el sujeto que la escribió. Se establecía la obligación de guardar silencio para los encargados de interceptar, grabar y trascribir las comunicaciones, excepto si eran llamados a declarar en el juicio[761]. De esta forma se buscaba garantizar el derecho fundamental afectado del intervenido, evitando con ello la divulgación y mal uso del contenido grabado con la intervención.

[760] VACA ANDRADE, R.: *Manual de derecho procesal*, Tomo II, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito. 2009, p. 1088.
[761] Art. 155, inciso segundo y tercero del CPP.

En cuanto a la captación de audio o video, la ley eximía de la autorización judicial cuando las imágenes eran obtenidas por cámaras de seguridad o en lugares públicos, debiendo estas ser realizadas o registradas de forma espontánea en el mismo instante de la ejecución de la infracción o, cuando las grabaciones de audio o video eran realizadas y difundidas por uno de los intervinientes. De forma más detallada sobre estos supuestos trataremos en líneas posteriores cuando abordemos el tema de acuerdo al nuevo Código Orgánico Integral Penal (en adelante COIP).

A pesar de encontrarse estipulado en la ley, la interceptación de comunicaciones o datos informáticos, en la práctica tenía poco o nada aplicación debido a la falta de recursos para implementar su tecnología en el sistema judicial ecuatoriano. Situación que empieza a cambiar a partir del año 2007 como consecuencia de la alianza estratégica contra la lucha del narcotráfico celebrada entre Ecuador y los Estados Unidos de Norteamérica. A esta alianza se la conoció con el nombre del proyecto Libertador, cuya finalidad era adelantarse a las acciones ilícitas de las organizaciones criminales mediante la utilización medidas de investigación modernas como la interceptación de comunicaciones o datos informáticos,

Gracias al antes mencionado acuerdo de cooperación, mediante acta de compromiso entre FGE, el Ministerio del Interior y la Dirección Regional de la DEA (*Drug Enforcement Administration*), se dota a Ecuador de herramientas tecnológicas. Por tal sentido, la FGE en coordinación con la Dirección de la Policía Judicial e Investigaciones, implemente como nueva herramienta investigativa penal la vigilancia electrónica, conocida en la actualidad como Subsistema de Interceptación de Comunicaciones o Datos Informáticos (en adelante SICOM).

Debido a la ausencia de regulación sobre la vigilancia electrónica, se aprueba varias normas a saber: el Reglamento para la Implementación y Funcionamiento del Sistema de Vigilancia Técnica Electrónica, el Protocolo de Funcionamiento de los Equipos Tecnológicos del SVT-E y el Manual de Cargos, Funcionamiento y Responsabilidades del Personal Asignado al Sistema de Vigilancia Electrónica. Posteriormente se reemplaza el Reglamento para la Implementación y Funcionamiento del Sistema de Vigilancia Técnica Electrónica por el actual Subsistema de Interceptación de Comunicaciones o Datos Informáticos. En esta normativa se desarrolla de una mejor manera el tema de la interceptación de comunicaciones o datos informáticos. Así vemos cuestiones referentes a los principios rectores que sustentan estas

medidas. En igual sentido se establece el procedimiento a seguir, forma de presentar la solicitud de autorización, cierre de la medida, etc.

En la actualidad esta medida tecnológica se encuentra en el moderno Código Orgánico Integral Penal del 2014, en donde se recoge parte de las regulaciones del Código anterior y, agrega otras con el fin de llenar determinados vacíos que tenía la anterior norma penal. Incluye en la Sección Primera, bajo el título "Actuaciones especiales de investigación", la retención de correspondencia física, electrónica o cualquier otro tipo o forma de comunicación[762] y en el artículo siguiente comienza por regular la interceptación de las comunicaciones o datos informáticos[763]. Su regulación en detalle lo analizaremos en líneas posteriores.

3. Clasificación de las medidas de investigación tecnológicas en el derecho procesal penal ecuatoriano

Debido a las facilidades de las TIC, la delincuencia no se encuentra ceñida a límites espaciales como sucedía en antaño, por lo que la criminalidad ya no constituye un problema grave para los países en vía de desarrollo, sino de toda la comunidad internacional. Esto significa que todos los Estados deben aunar esfuerzos para poder frenar este flagelo. En tal sentido, pensamos que las diversas legislaciones de los países deben ir tomando como modelo las que se encuentren en un mayor nivel de desarrollo en cuestiones de medidas tecnológicas enfocadas a la investigación del delito.

Todas estas lagunas legislativas facilitan el avance de la criminalidad, pues la delincuencia, a diferencia de la gran mayoría de Estados, se preocupa por el avance tecnológico y las incorporan a sus actividades delictivas, lo cual les permite tener mayores posibilidades de éxito. Ante esta nueva realidad, si los países no se actualizan en el uso de medidas de investigación tecnológica, los criminales migran sus operaciones a dichos sitios donde, por las lagunas legislativas en relación con este tema, puede quedar en la impunidad su actuar delincuencial. Piénsese, por ejemplo, si en Ecuador opera una red de pornografía infantil y se requiere para conseguir elementos de convicción realizar algún registro en la nube, situación que no es posible realizar aquí, puesto que se carece de cobertura legal sobre este método

[762] Art. 475 del COIP.
[763] *Ibídem*, art. 476.

moderno investigativo, lo cual favorece al delincuente que, al conocer de estas deficiencias procesales, preferirá establecerse aquí en donde su derecho al entorno virtual está absolutamente garantizado.

En Ecuador, a pesar de contar con un código moderno de corte garantista, el cual fue aprobado recientemente en el año 2014, el legislador, no tomó en cuenta todas estas realidades y perdió la gran posibilidad de ponerse a la par de los cambios tecnológicos que han modificado la forma de delinquir y exigen una reacción investigativa acorde con estas peculiaridades.

El COIP no cuenta con ningún título especial referente a las medidas de investigación tecnológicas y mucho menos las clasifica. Por tal motivo vamos a realizar una clasificación por nuestra cuenta, a efectos de hacer más fácil el estudio de nuestra investigación.

De la revisión de la ley a nuestro juicio, en la legislación ecuatoriana, existen dos medidas de investigación tecnológicas, a saber: la interceptación de las comunicaciones telefónicas o datos telemáticos y, la captación de imagen y sonido. Previo al estudio detallado de cada una de ellas, resulta necesario para nuestro estudio, conocer la regulación y criterio desde el prisma internacional de los instrumentos y organismos de derechos humanos en torno a la protección y restricción de derechos fundamentales, de tal suerte que nos permita conocer si la implementación de este tipo de medidas invasivas de derechos, se ajustan a dichos estándares que son de observancia obligatoria para no caer en la arbitrariedad de su uso por parte del poder público.

II. LA PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA INTIMIDAD Y PRIVACIDAD E INVIOLABILIDAD DE LA CORRESPONDENCIA EN EL MARCO DE LA CADH

La importancia que representa para el desarrollo de la personalidad del ser humano, la intimidad y la inviolabilidad de la correspondencia, ha sido reconocida por todos los instrumentos internacionales de derechos humanos. De ahí que a través de sus normas se busque proteger este espacio y dejarlo libre de toda injerencia estatal o de particulares. La injerencia por parte del poder público, en el ámbito de la intimidad y de las comunicaciones, sin lugar a dudas, puede dar lugar a la captación de expresiones vertidas por el investigado a sus espaldas y sin su conocimiento, situación que daría lugar a consecuencias violatorias a sus derechos fundamentales, como puede ser la de autoincriminación o el derecho a no suministrar pruebas

en su contra; por lo tanto, no puede ser desentendido por la comunidad internacional. Es por esto que estos derechos han sido reconocidos en instrumentos internacionales. Así, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos reconoce de forma expresa en su art. 14.3 literal g: "Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: … A no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable…".

Por su parte, la Declaración de Derechos Humanos en su art. 11.1 expresa: "toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se hayan asegurado las garantías necesarias para su defensa". De esta cláusula se colige que por el principio de presunción de inocencia el investigado o procesado no está obligado a suministrar prueba contra sí mismo, sino que es el Estado quien debe conseguirlas por sus propios medios para demostrar su culpabilidad.

Es por esto que cierta doctrina sostiene que la aplicación de estas medidas, deben tener una doble protección constitucional, pues el investigado no está obligado dentro del cauce de la investigación penal a incriminarse así mismo, ni tampoco se debe dejar su esfera individual desprotegida a voluntad de la injerencia del poder público[764].

Sobre el problema de la autoincriminación, que se da en ciertas intervenciones como el de las comunicaciones, observa MUÑOZ CONDE, que existe en la práctica un progresivo resquebrajamiento de este principio, lo cual es hecho recurrente en las actuaciones policiales y judiciales que de diversas maneras consiguen que sea el mismo investigado quien suministre elementos de convicción o prueba en su contra. Pero esta degradación a la vigencia del principio *nemo tenetur*, también se produce en los derechos al secreto de las comunicaciones e intimidad[765]. Como podemos notar, la doctrina advierte las graves consecuencias que conlleva para los derechos fundamentales de los ciudadanos las injerencias estatales utilizadas como instrumento de investigación penal.

[764] ROXIN CLAUS: *La prohibición de autoincriminación y de las escuchas domiciliarias,* Hammurabi, Buenos Aires, 2008, p. 59.
[765] MUÑOZ CONDE, F: *De las prohibiciones probatorias al Derecho procesal penal del enemigo"*, Hammurabi, Buenos Aires, 2008, pp. 65-66.

1. Ámbito supranacional

Conforme lo antes expuesto la injerencia del poder público en la intimidad y comunicación de las personas, pueden acarrear graves complicaciones a los derechos fundamentales del investigado. Ante esta posibilidad numerosos instrumentos internacionales de derechos humanos han considerado fundamental proteger a las personas de injerencias arbitrarias a su vida privada, familiar, domiciliar o a su correspondencia[766]. De manera resumida, todos estos instrumentos hacen énfasis, por una parte, a la prohibición de las injerencias arbitrarias o ilegales en la vida priva y correspondencia. Por lo tanto, debemos entender que, si las intervenciones no son arbitrarias ni ilegales, pueden ser toleradas.

Por otra, se exige que mediante ley se proteja al ciudadano de dichas injerencias arbitrarias, constituyéndose esto en una barrera disuasiva para todo aquel que pretenda vulnerar dichos derechos fundamentales. En definitiva, no es suficiente que se prohíba las intervenciones de las injerencias arbitrarias e ilegales, sino que, además, se debe de proteger mediante ley de dichas intervenciones.

Es importante tener presente que, si bien las normas internacionales de derechos humanos protegen la correspondencia, esto no significa que no se incluya dentro de la tutela de protección el resto de comunicaciones como las telefónicas. Situación que fue debidamente puesta de manifiesto por el TEDH, en el caso Klass y otros vs. Alemania, en donde se dijo que las comunicaciones telefónicas están incluidas en los conceptos de vida privada y de correspondencia. Criterio que también ha sido adoptado por la jurisprudencia de nuestra Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH), que en el caso Santander Tristán Donoso vs. Panamá[767], se pronunció expresando que, aunque las conversaciones telefónicas no se encuentran expresamente previstas en el artículo 11 de la Convención, se trata de una forma de comunicación que, al igual que la correspondencia, se encuentra incluida dentro del ámbito de protección del derecho a la vida privada[768].

---

[766] Sobre este tema se trató de forma extensa en el capítulo 1 del presente trabajo investigativo, sin embargo, de manera breve podemos citar entre los principales instrumentos: la Declaración Universal de los Derechos Humanos artículo 12, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos artículo 17 y, la Convención Americana sobre Derechos Humanos artículo 11.

[767] Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso de Santander Tristán Donoso contra la República de Panamá, de 27 de enero de 2009.

[768] Corte Interamericana de Derechos Humanos, *La Expresión "Leyes" en el Artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986, Serie A núm. 6.

La mayoría de las constituciones de la región buscan armonizar, por una parte, la protección de los derechos fundamentales, y, por otro, limitar los mismos en beneficio del interés general sobre los individuales. Para tal efecto se preocupan de proteger los derechos a la intimidad y privacidad e inviolabilidad de la vida, pero a su vez se permite la restricción de estos mediante la remisión a ley.

La Constitución mexicana respecto a estos derechos prevé en su art. 16: "Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento. […] Las comunicaciones privadas son inviolables. La ley sancionará penalmente cualquier acto que atente contra la libertad y privacidad de las mismas, excepto cuando sean aportadas de forma voluntaria por alguno de los particulares que participen en ellas. El juez valorará el alcance de estas, siempre y cuando contengan información relacionada con la comisión de un delito. En ningún caso se admitirán comunicaciones que violen el deber de confidencialidad que establezca la ley".

La Constitución boliviana en su artículo 25. I. dispone "Toda persona tiene derecho a la inviolabilidad de su domicilio y al secreto de las comunicaciones privadas en todas sus formas, salvo autorización judicial. II. Son inviolables la correspondencia, los papeles privados y las manifestaciones privadas contenidas en cualquier soporte, estos no podrán ser incautados, salvo en los casos determinados por la ley para la investigación penal, en virtud de orden escrita y motivada de autoridad judicial competente". En esta normativa notamos que la protección de la comunicación abarca la protección de las telemáticas, pues al señalar "cualquier soporte" ingresan dispositivos electrónicos como las USB, tabletas, que son dispositivos capaces de guardar conversaciones o mensajes que hacen parte de las comunicaciones.

En tanto, Perú, reconoce en el artículo 2 de su Constitución que: "Toda persona tiene derecho: 9. A la inviolabilidad del domicilio. Nadie puede ingresar en él ni efectuar investigaciones o registros sin autorización de la persona que lo habita o sin mandato judicial, salvo flagrante delito o muy grave peligro de su perpetración. Las excepciones por motivos de sanidad o de grave riesgo son reguladas por la ley. 10. Al secreto y a la inviolabilidad de sus comunicaciones y documentos privados. Las comunicaciones, telecomunicaciones o sus

instrumentos solo pueden ser abiertos, incautados, interceptados o intervenidos por mandamiento motivado del juez, con las garantías previstas en la ley. Se guarda secreto de los asuntos ajenos al hecho que motiva su examen...” En esta norma se destaca excepciones para la restricción del derecho a la inviolabilidad del domicilio, pero siempre respaldadas en la ley. Por otra parte, de forma clara se incluye a las comunicaciones telemáticas dentro de la protección de las comunicaciones.

2. El derecho a la intimidad en el ordenamiento constitucional y la legislación ecuatoriana

Podríamos decir que el nacimiento de la intimidad como derecho fundamental se encuentra en la constitución de 1929, la misma que dentro de su artículo 158 aclaraba que, no obstante, a la lista enunciada de garantías y derechos personales, esto no excluía a otros inherentes de la personalidad humana[769]. En razón de esto sostenemos que al ser el derecho a la intimidad un atributo de la personalidad humana, de forma indirecta quedaba tutelado bajo este artículo.

Pero fue recién en la Constitución Política de 1967 que de manera expresa se consagra a la intimidad como derecho fundamental, dentro de su Capítulo II referente a los derechos de la persona, artículo 28[770]; es decir que desde sus inicios el legislador consideró a la intimidad como parte de los Derechos de la Persona, criterio que es acertado porque como sabemos éste, es un derecho inherente al ser humano indispensable para el desarrollo de su personalidad.

Actualmente este derecho se encuentra recogido en el art. 66 de la Constitución de la República vigente desde el 20 de octubre de 2008, que expresa: *“se reconoce y garantiza a las personas… numeral 20. El derecho a la intimidad personal y familiar”.* En esta Constitución

[769] El artículo 158 expresa: “La enumeración de garantías y derechos determinados por la Constitución no limita ni excluye otros que son inherentes a la personalidad humana o que se derivan del principio de la soberanía y de la forma republicana de gobierno”. Constitución de la República del Ecuador 1929, Registro Oficial núm. 138, 26 de marzo de 1929.

[770] Artículo 28 *“El derecho a la honra y a la intimida personal y familiar”.* Constitución Política del Ecuador, Registro Oficial 133, 25 de mayo de 1967.

notamos que el derecho a la intimidad, a diferencia de las anteriores constituciones[771], se lo reconoce como un derecho individual e independiente de otros.

Siendo que la Constitución ha considerado a la intimidad como derecho fundamental de los ciudadanos, las normas *infra* constitucionales, deben complementar su protección y proteger este derecho en sus distintos ámbitos para que no pueda ser afectado. Es así que, en el ámbito legal, la encontramos mencionada de manera dispersa en diversas normas; con esto pretende el legislador dotar de herramientas necesarias de protección a este derecho, a fin de que los ciudadanos y el propio Estado respeten ciertos límites al momento de acceder a la esfera interna y reservada de otros.

En virtud de esto observamos que el derecho a la intimidad se encuentra protegido en la Ley de Comercio Electrónico, Firmas y Mensajes de Datos, en la cual se establece que todo lo relacionado con la elaboración, transferencia o utilización de bases de datos de acceso restringido al público, debe contar con el consentimiento del titular de los mismos, sin que éstos pueden ser utilizados si el titular no lo autoriza; además, esa utilización no puede vulnerar la privacidad, intimidad y confidencialidad garantizados por la Constitución[772]. Con esto se está asegurando que el titular de los datos, a pesar de haberlos proporcionados libremente, no pierda el control de su uso y destino *a posteriori*, y que, aun consintiendo en su utilización, por ser un derecho fundamental, impida su tráfico ilícito y lesivo para la protección constitucional que se le da a la intimidad.

Otro ejemplo de protección del derecho a la intimidad que podemos citar es el mencionado en la Ley Orgánica de Comunicación, en donde se exige a todos las personas sean

[771] En la Constitución de 1998 encontramos en su Capítulo 2. De los derechos civiles. Art. 23. 8, que Decía: "El derecho a la honra, a la buena reputación y a la intimidad personal y familiar. La ley protegerá el nombre, la imagen y la voz de la persona". Vemos aquí que este artículo se incluye junto a la intimidad el derecho a la honra. Constitución de 1998 (Decreto Legislativo núm. 000. RO/ 1 de 11 de agosto de 1998).

[772] Art. 9.- Protección de datos. - Para la elaboración, transferencia o utilización de bases de datos, obtenidas directa o indirectamente del uso o transmisión de mensajes de datos, se requerirá el consentimiento expreso del titular de éstos, quien podrá seleccionar la información a compartirse con terceros. La recopilación y uso de datos personales responderá a los derechos de privacidad, intimidad y confidencialidad garantizados por la Constitución Política de la República y esta ley, los cuales podrán ser utilizados o transferidos únicamente con autorización del titular u orden de autoridad competente. Ley de Comercio Electrónico, Firmas y Mensajes de Datos, Registro Oficial Suplemento 557 de 17 de abril de 2002.

naturales o jurídicas, que participan en el proceso comunicativo que observen ciertas normas mínimas, dentro de las que se señala el respeto a la intimidad personal y familiar[773].

A su vez la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, con la finalidad de viabilizar el derecho a la intimidad establecido en la Constitución, imponen a los prestadores de servicios de telecomunicaciones garantizar, en el ejercicio de su actividad, la protección de los datos de carácter personal[774].

De lo que hemos visto hasta aquí notamos que en Ecuador se utiliza más la palabra intimidad que la de privacidad. Por otra parte, el derecho fundamental a la intimidad no se encuentra desarrollado en una sola ley, sino en que se la protege de forma dispersa en diversas normas, situación que crea falta de conocimiento por parte de los ciudadanos sobre este derecho. Es por esto que considero que para una mayor eficacia y aplicación de este derecho se requiere de una ley especial, puesto que, si no se tiene una enunciación clara sobre el concepto de un derecho fundamental, como en este caso la intimidad, se da cabida a un campo favorable de injerencias abusivas.

En lo atinente a la inviolabilidad de la comunicación, en el mismo art. 66 CRE antes citado, pero en el numeral 21, se refiere a este tema expresando que: "El derecho a la inviolabilidad y al secreto de la correspondencia física y virtual; esta no podrá ser retenida, abierta ni examinada, excepto en los casos previstos en la ley, previa intervención judicial y con la obligación de guardar el secreto de los asuntos ajenos al hecho que motive su examen. Este derecho protege cualquier otro tipo o forma de comunicación". De esta norma destacamos que la Constitución ecuatoriana atenta a las nuevas formas de comunicación incluyó dentro de su protección no solo a la correspondencia física, sino también a la virtual.

La norma ordinaria, siguiendo el precepto constitucional, también consagra la inviolabilidad del secreto de la comunicación transmitida a través de redes de

[773] Art. 10.- Normas deontológicas. - Todas las personas naturales o jurídicas que participen en el proceso comunicacional deberán considerar las siguientes normas mínimas, de acuerdo a las características propias de los medios que utilizan para difundir información y opiniones: 1. Referidos a la dignidad humana…literal c) Respetar la intimidad personal y familiar. Ley Orgánica de Comunicación, Registro Oficial Suplemento 22 de 25, junio de 2013.

[774] Art. 78.- Derecho a la intimidad. - Para la plena vigencia del derecho a la intimidad, establecido en el artículo 66, numeral 20 de la Constitución de la República, las y los prestadores de servicios de telecomunicaciones deberán garantizar, en el ejercicio de su actividad, la protección de los datos de carácter personal. Ley Orgánica de Telecomunicaciones**,** Registro Oficial núm. 439, de 18 de febrero de 2015.

telecomunicaciones, para cuyo efecto, establece como obligación del Estado garantizar la inviolabilidad y secreto de la información y las comunicaciones transmitidas a través de redes de telecomunicaciones. Por este motivo, ninguna persona natural o jurídica, sea esta pública o privada, puede acceder a las mismas ni a su utilización, excepto cuando medie una orden judicial[775]. En sentido similar la Ley Orgánica de Comunicación impone a todos las personas sean naturales o jurídicas, que participan en el proceso comunicativo, la observancia de ciertas normas mínimas, dentro de las que se señala el respeto a la intimidad personal y familiar[776]. Por último, COIP en el art. 470 prohíbe "grabar o registrar por cualquier medio las comunicaciones personales de terceros sin que ellos hayan conocido y autorizado dicha grabación o registro, salvo los casos expresamente señalados en la ley..."

Del análisis normativo queda claro que el Estado debe garantizar la inviolabilidad y el secreto de las comunicaciones, por tal motivo, mediante ley, por una parte, prohíbe a terceros extraños de la comunicación intervenir o utilizar las mismas, salvo cuando exista una orden judicial. Y, por otra, obliga a los sujetos partícipes en el proceso comunicativo, respetar la intimidad personal y familiar.

En vista de la importancia que tiene el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones, el Estado ha considerado pertinente sancionar a todo aquel que no respete dicho derecho. En este orden de ideas, el COIP en el art. 229 manifiesta: … "La persona que, en provecho propio o de un tercero, revele información registrada, contenida en ficheros, archivos, bases de datos o medios semejantes, a través o dirigidas a un sistema electrónico, informático, telemático o de telecomunicaciones; materializando voluntaria e intencionalmente la violación del secreto, la intimidad y la privacidad de las personas, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años…"

En definitiva, el Estado ecuatoriano, siguiendo los lineamientos internacionales, ha tomado la protección del derecho a la intimidad y vida privada e inviolabilidad de la correspondencia, como bienes jurídicos de rango constitucional, como así se desprende de la

[775] Art. 22, numeral 3. Ley Orgánica de Telecomunicaciones, Publicada en el Registro Oficial 31, 7-VII-2017.
[776] Art. 10.- Normas deontológicas. - Todas las personas naturales o jurídicas que participen en el proceso comunicacional deberán considerar las siguientes normas mínimas, de acuerdo a las características propias de los medios que utilizan para difundir información y opiniones: 1. Referidos a la dignidad humana…literal c) Respetar la intimidad personal y familiar. Ley Orgánica de Comunicación, Registro Oficial Suplemento 22, de 25, junio de 2013.

norma constitucional *supra* estudiada, reforzando, además, su tutela mediante la puesta en vigencia de las leyes respectivas que viabilizan la consecución de dichos propósitos.

3. Exigencias que deben cumplir las limitaciones de los derechos fundamentales en el marco de la Convención Americana de Derechos Humanos

Si revisamos la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante CADH), los Estados partes tienen la obligación de respetar los derechos y libertades reconocidos en ella, y, a más de aquello, garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social[777]. De esta simple lectura salta a la vista que, en principio, los derechos fundamentales no podrían ser limitados por el poder público. Pero si nos remitimos a la propia Convención, su art. 32. 2 dispone que: "los derechos de las personas están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática[778]". Así mismo, la Declaración Universal de Derechos Humanos, en su art. 29. 2 señala que: "En el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a limitaciones establecidas por la ley y el respeto de los derechos y libertades de los demás…". Y, por último, la Declaración Americana de los derechos y deberes del hombre señala en su art. 28 que: "los derechos de cada hombre están limitados por los derechos de los demás," Lo anterior nos lleva a concluir que, el Estado sí puede aplicar medias limitativas de derechos fundamentales cuando lo hace amparado en una ley y con fines dirigidos a favorecer el interés general. Por lo tanto, lo que sí está proscrito son las intervenciones arbitrarias e ilegales. De manera resumida podemos decir que, de conformidad con los artículos citados, las restricciones pueden originarse por tres causas, a

[777] Parte I. Deberes de los Estados y Derechos Protegidos. Capitulo I. Art. 1. 1 convención Americana de Derechos Humanos

[778] Con similar criterio encontramos en el art. 28 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre que se refiere a la limitación de los derechos del hombre: "Los derechos de cada hombre están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bienestar general y del desenvolvimiento democrático. Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre".

saber: las limitaciones que nacen del respeto por los derechos de los demás, las limitaciones de origen material y las limitaciones de origen positivo o legal[779].

Sobre la primera categoría de limitaciones, esto es, aquellas que nacen del respeto por los derechos fundamentales de los demás miembros de la sociedad, su restricción se justifica porque el ejercicio abusivo del derecho de uno de los integrantes de la comunidad impide el libre ejercicio de los otros, ello significaría privilegiar los derechos de uno en detrimento de los demás, situación que no puede suceder, pues caso contrario se atentaría contra el fundamento de los derechos humanos, cuyo sustento es la dignidad humana.

De tal forma que preferir los derechos de una persona en agravio de los del otro, daría lugar a beneficiar la dignidad de un sujeto en desmedro de la dignidad de otro ser humano; circunstancia que es incompatible con la teoría de los derechos humanos. En definitiva, el ejercicio de un derecho debe terminar donde comienza el derecho del otro, pues de afectarlo, su acción trasgrede los límites al derecho y se vuelve contraria al ordenamiento jurídico.

Continuando con la segunda limitación relativa a aquellas de origen material o físico, las mismas se encuentran relacionadas exclusivamente con los derechos económicos y sociales, los cuales exigen para su efectivización de la intervención directa del Estado o de instituciones privadas que en virtud del principio de subsidiariedad cooperan con el mismo objetivo. En otras palabras, la realización de estos derechos reclama de acciones positivas o fácticas del Estado, sin las cuales los derechos fundamentales sufren limitación en el ejercicio de los mismos.

Como última categoría tenemos la más común y habitual de todas, que es aquella limitación que se produce como consecuencia de una norma jurídica. De lo antes señalado notamos que esta limitación, a diferencia de las dos anteriores, no se encuentra implícitamente incorporadas en cada derecho, sino que su origen es de carácter normativo. Por lo tanto, es a través de este instrumento jurídico que de forma expresa establece las condiciones y circunstancias de la limitación del derecho[780]. Pensamos que esta forma de limitación de derechos fundamentales es el más problemático, pues la restricción queda en manos de cada gobernante. Por tal motivo, establecer parámetros a la autoridad garantiza la vigencia de los

[779] TORTORA ARAVENA, H.: "Las limitaciones a los derechos fundamentales", en *Estudios Constitucionales*, Revista online, año 8, núm. 2, 2010, Universidad de Talca, pp. 167-200. Disponible en http://www.scielo.cl/pdf/estconst/v8n2/art07.pdf. 2010, (última visita 10/3/2022).
[780] *Ibidem*.

derechos y protege su contenido esencial. Este tipo de limitaciones son conocidas como restricciones indirectamente constitucionales, denominación que tiene cabida por cuanto no son restricciones estipuladas en la Constitución, sino que esta las deriva para que sea una ley o norma la encargada de imponer la limitación respectiva[781].

En vista de lo antes señalado, podemos decir de manera concreta que la restricción de un derecho será legítima en tanto y en cuanto, la limitación esté expresamente autorizada por la Convención, se lo haga en beneficio del interés general, se respete el contenido esencial del derecho afectado y que la limitación se encuentra debidamente permitida y regulada por una ley.

4. Condiciones para legitimar la injerencia en el derecho fundamental del investigado en el proceso penal ecuatoriano

Una vez que hemos visto, desde la óptica de la Convención, las condiciones que deben respetar los Estados para restringir un derecho fundamental, vamos a referirnos a este tema, pero enfocado directamente a la realidad ecuatoriana.

No se puede desconocer que el Estado tiene el derecho y el deber de garantizar la seguridad de su territorio contra todo tipo de amenaza, sea externa o internas, como en este último caso significa el repeler el accionar delictual contra la sociedad. Pero, no obstante, a la actual amenaza en que vivimos por el ataque de graves conductas criminales que pueden llegar a tambalear los cimientos de las estructuras democráticas del Estado, no justifica que el poder público pueda ejercer o valerse de cualquier procedimiento para conseguir su objetivo, pudiendo llegar incluso al desconocimiento o desprecio de la dignidad humana[782]. En este sentido, el poder público debe actuar dentro de los límites impuestos por una sociedad democrática que exige el respeto a los derechos humanos. Por lo tanto, tal exigencia, rechaza cualquier forma de ataque o amenaza, provenga del Estado o de otro protagonista.

Vimos que la Convención Americana permite la restricción de los derechos fundamentales. Por tal motivo, es pertinente que bajo el amparo de este convenio se estudie los

[781] *Ibidem*.
[782] Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Velásquez Rodríguez, Sentencia del 29 de julio de 1988, Serie C, núm. 4.

requisitos exigibles para que una medida de investigación criminal restrictiva de derechos sea considerada legítima y no arbitraria en Ecuador. En primer lugar, la limitación del poder público debe someterse, por una parte, a las exigencias supranacionales y a las establecidas por la legislación constitucional interna.

4.1. Exigencias supranacionales

Como se dejó expresado *supra,* la CADH establece la obligación de respetar los derechos y libertades reconocidos en la Convención. Pero como estos no son absolutos en su goce y ejercicio, los Estados parte pueden restringirlos en función de objetivos generales. En tal sentido, el art. 30 de la presente Convención, de manera expresa, señala que "las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas".

Este artículo, conforme al criterio expuesto por la CIDH, no se debe interpretar de forma aislada, sino que debe ser leído en concordancia con otros en que la CADH, permite limitaciones o restricciones a ciertos derechos y libertades. En todo caso, señala este organismo, que, para la implementación de una restricción de derechos, se debe dar cumplimiento concurrente de las siguientes condiciones: "a. Que se trate de una restricción expresamente autorizada por la Convención y en las condiciones particulares en que la misma ha sido permitida; b. Que los fines para los cuales se establece la restricción sean legítimos, es decir, que obedezcan a 'razones de interés general' y no se aparten del 'propósito para el cual han sido establecidas'. Este criterio teleológico (...) establece un control por desviación de poder; y c. que tales restricciones estén dispuestas por las leyes y se apliquen de conformidad con ellas[783]".

Como podemos notar, al momento de restringir un derecho no basta con el cumplimiento de la existencia de la ley autorizante, sino, además, debe de cumplirse de manera conjunta el resto de filtros acabados de citar. De faltar uno de ellos, la limitación del derecho sería ilegítima, a los cuales, siguiendo el criterio de PRIETO SANCHIS[784], debemos agregar la cláusula del

[783] Corte Interamericana de Derechos Humanos: Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986. La expresión "leyes" en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.
[784] PRIETO SANCHÍS, L: *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales,* Trotta, Madrid, 2003, pp. 232-241.

contenido esencial de los derechos[785], pues de no protegerse este núcleo esencial, el derecho se volvería impracticable.

En relación a los Convenios y pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Corte Constitucional ecuatoriana ha sostenido que cuando un país suscribe un tratado sobre derechos humanos, se obliga a respetar y a garantizar su ejercicio. De tal forma que su legislación interna no puede contrariar las disposiciones de la Convención. En definitiva, la suscripción conlleva el compromiso de los Estados de cumplir con todas las normas de la Convención, al mismo tiempo que obliga a los jueces, en cada caso concreto, a fallar sus decisiones interpretando las disposiciones de dicho instrumento. Por tal motivo, no es suficiente con defender los preceptos constitucionales, sino que, además, se debe de proteger los instrumentos internacionales[786]. Pronunciamiento que es concordante con lo que dispone el art. 11 CRE, que claramente señala que: "EI ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: …7. El reconocimiento de los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, no excluirá los demás derechos derivados de la dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades, que sean necesarios para su pleno desenvolvimiento"[787].

En vista de lo antes expresado, la legislación ecuatoriana, al momento de restringir un derecho fundamental, debe ceñirse a los presupuestos establecidos tanto en la Convención como a lo señalado por la jurisprudencia de la CIDH y sus opiniones consultivas, pues la promulgación

[785] Si revisamos la jurisprudencia de la Corte, nos daremos cuenta que este elemento también ha sido reconocido por este organismo, lo cual se desprende cuando en una de sus sentencias señala que las restricciones no pueden comprometer la esencia del derecho. Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso Ricardo Canese vs. Paraguay Sentencia de 31 de agosto de 2004.

[786] Resolución 0035-2006-TC, Tribunal Constitucional, R.O. 114-S, 27-VI-2007.

[787] De la lectura de este artículo podemos colegir que la Constitución ecuatoriana recoge lo que en doctrina se denomina como bloque de constitucionalidad, de tal forma que los instrumentos internacionales de derechos humanos pasan hacer parte de nuestro derecho interno, por tener el mismo nivel de los derechos constitucionales consagrados en nuestra Carta Magna. En tal virtud exigen su observancia al momento de implementar cualquier medida invasiva de un derecho fundamental. Sobre el bloque de constitucionalidad la doctrina constitucional ecuatoriana nos dice: "Una Constitución puede ser normativamente algo más que el propio texto constitucional, esto es, que las normas constitucionales, o al menos las supralegales, pueden ser más numerosas que aquellas que pueden encontrarse en el articulado de la constitución escrita". Corte Constitucional, sentencia 0001-009-SIS-CC, de 19 de mayo, 2009.

de una ley contraria a dichos pronunciamientos que afecten derechos y libertades protegidos en esos instrumentos, genera la responsabilidad internacional del Estado infractor[788].

La Convención Americana, a diferencia del Convenio Europeo, no establece requisitos de procedibilidad para los casos de injerencias al derecho a la vida privada y correspondencia. En tal sentido, la CEDH, a más de la reserva de ley, establece ciertos criterios para determinar si la intervención es legítima en una sociedad democrática. Así, su art. 8.2 en la parte pertinente nos expresa que: "…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". En vista de tal ausencia, la CIDH, siguiendo el criterio de esta norma, a través de sus informes, opiniones consultivas y jurisprudencia, ha ido incorporado similares requisitos que sirven de parámetros para valorar cuando la injerencia del poder público es legítima o no.

Así encontramos que en su informe anual sobre la compatibilidad entre las leyes de desacato que penalizan la expresión ofensiva para los funcionarios públicos y la libertad de expresión y pensamiento que constituye un derecho fundamental en el sistema Interamericano, el Tribunal cuestionó el fundamento de la ley de desacato sustentado en el orden público que a criterio del Estado son necesarias, pues las críticas a los funcionarios públicos pueden tener un efecto desestabilizador para el gobierno nacional. Este organismo, siguiendo la línea jurisprudencial de la Corte Europea, piensa que la protección de la libertad de expresión, que constituye uno de los fundamentos esenciales de una sociedad democrática, debe ser protegida no solo cuando las informaciones o las ideas son favorables, sino también cuando estas pueden ser ofensivas, chocantes o perturbadoras. Sin embargo, al no ser un derecho absoluto, puede verse limitada cuando así lo estipula ley, sean necesarias para asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o para la protección de la seguridad nacional, el orden público o

[788] Sobre este aspecto ha dicho la Corte: "que la promulgación de una ley manifiestamente contraria a las obligaciones asumidas por un Estado al ratificar o adherir a la Convención constituye una violación de ésta y que, en el evento de que esa violación afecte derechos y libertades protegidos respecto de individuos determinados, genera responsabilidad internacional para el Estado". Corte interamericana de derechos humanos opinión consultiva OC-14/94 del 9 de diciembre de 1994 responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la convención (arts. 1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos).

la salud o la moral pública, restricción que además debe ser compatible con la preservación y el desarrollo de sociedades democráticas. Concluye el Tribunal por señalar que la ley de desacato no es necesaria para asegurar el orden público en una sociedad democrática, pues el fin legítimo que se persigue con la norma puede ser conseguido por otro medio menos restrictivo de la libertad de expresión.

Este pronunciamiento representa un paso muy importante en la regulación de la restricción de derechos fundamentales, porque deja claro que el Estado no puede tomar como justificativo el invocar el orden público para restringir un derecho protegido por la Convención o para desnaturalizarlo o quitarle su contenido real, pues de ser así la limitación se convierte en ilegítima[789]. A más de esta importante acotación, en este informe se empieza a establecer determinados requisitos informadores que deberían ser tenidos en cuenta por las legislaciones internas de los Estados miembros, cuando restrinjan un derecho fundamental. De manera resumida de la presente opinión consultiva rescatamos las siguientes exigencias para legitimar la limitación del derecho: la necesidad de la ley que autorice la restricción, el respeto del derecho de los demás, la persecución de uno de los objetivos autorizados por la Convención y que estos sean compatibles en una sociedad democrática.

En otro de sus informes, sin apartarse del criterio anterior, el Tribunal aborda de una mejor manera esta cuestión, pues a diferencia de la opinión *supra*, aquí ya se establece de forma expresa las condiciones que deben cumplir las limitaciones para ser legítimas según la Convención, y, agrega nuevos parámetros que debe cumplir la ley. De tal manera que ya no es suficiente con la existencia de una ley que admita la restricción, sino, además, la limitación, debe ser definida en forma precisa y clara a través de una ley formal y material. Por otra parte, la limitación debe estar orientada al logro de objetivos imperiosos autorizados por la Convención, y, para finalizar, la limitación debe ser necesaria en una sociedad democrática para el logro de los fines imperiosos que se buscan; estrictamente proporcionada a la finalidad perseguida; e idónea para lograr el objetivo imperioso que pretende lograr. Lineamientos que deben ser cumplidas simultáneamente para que las limitaciones sean legítimas[790]; por lo tanto,

[789] Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe Anual 1994. Informe sobre la Compatibilidad entre las Leyes de Desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos.
[790] Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe anual 2008 vol. III, informe de la relatoría especial para la libertad de expresión.

la ausencia de una de ellas convierte en arbitraria la injerencia del Estado. En conclusión, la Corte condesa en tres los requisitos exigidos para considerar como legítima la restricción del derecho fundamental a la libertad de expresión.

Como podemos notar, las primeras condiciones relacionadas a la restricción de derechos tuvieron lugar con ocasión de la limitación del derecho a la libertad de expresión, pero luego, con buen criterio, la jurisprudencia de la Corte Interamericana, como pasaremos a ver, también las ha aplicado en casos relacionados con la intimidad y vida privada e inviolabilidad de las comunicaciones.

La primera situación de esta índole con la que se encuentra la CIDH fue en el caso Tristán Donoso vs. Panamá, el mismo que llega a su conocimiento por la interceptación, grabación y divulgación de una comunicación privada, sufrida por un profesional del derecho, en ejercicio de su profesión por parte del poder público. De forma resumida, este alto organismo, en su pronunciamiento, sostuvo que la convención consagra el derecho a la intimidad o a la vida privada, derecho que protege la confidencialidad o inviolabilidad del hogar, las comunicaciones y las relaciones familiares frente a cualquier invasión arbitraria o abusiva por parte del Estado o particulares. De tal suerte que debe impedir todo tipo de interferencias arbitrarias o abusivas. Por lo tanto, para no incurrir en dicho acto, la restricción del derecho debe estar previsto en la ley, buscar uno de los objetivos y propósitos de la Convención, y, además, ser necesario, razonable y proporcional[791].

Por último, para finalizar con nuestra revisión, tenemos el caso Escher y otros vs. Brasil[792], cuya demanda versó sobre la interceptación y monitoreo de líneas telefónicas de varios sujetos pertenecientes a una organización sindical, por parte de agentes estatales. La Corte, al tratar este asunto, hace alusión a lo resuelto por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en un caso de intervención telefónica, en donde dejó de manifiesto que la intervención, no es contraria a la Convención si se ajusta a los requerimientos del parágrafo 2 del artículo 8. A más de eso, el Tribunal Europeo, también se refiere a la calidad de la ley, exigiendo que esta sea accesible a la persona concernida.

[791] Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Tristán Donoso vs. Panamá, …, *op. cit.*
[792] Corte Interamericana De Derechos Humanos Caso Escher y Otros vs. Brasil, Sentencia de 6 de julio de 2009.

Como podemos darnos cuenta mediante la sentencia antes mencionada, nuestro sistema adopta parámetros, que como dijimos no se encuentran en ninguna de las disposiciones de la CADH, situación que puede deberse a las escasas demandas que ha recibido la Corte con relación a vulneraciones de interceptaciones telefónicas, las mismas que a lo largo de la vigencia de este organismo internacional se resumen, como acabamos de ver, únicamente a dos, resueltas en el 2009. Por este aspecto, creemos que, en nuestro continente hasta la fecha, como quedará demostrado en líneas posteriores, no se ha incorporado a la legislación interna de los países suscriptores del Convenio estas condiciones jurisprudenciales.

Pero ¿qué fuerza vinculante tienen estos pronunciamientos en el ordenamiento jurídico ecuatoriano? Para resolver esta duda es necesario dirigirnos a la Constitución. En esta Carta Magna, encontramos que esta impone la obligación de aplicar de forma directa las normas constitucionales y las de los instrumentos internacionales de derechos humanos, siempre que sean más favorables a las establecidas en la Constitución, exigencia que debe ser acatada por todas las personas[793]. En caso de existir una norma constitucional y un instrumento internacional cuando estos tratan de derechos humanos, la Norma Suprema señala que primará este último. En otras palabras, en Ecuador tiene mayor jerarquía, un instrumento internacional de derecho humanos que la Constitución. Adicionalmente, la Carta Magna de nuestro país, al igual que los instrumentos internacionales de derechos humanos, son de inmediato cumplimiento y aplicación[794], por lo tanto, no se necesita de una la ley que así lo disponga, ni las partes tienen obligación de alegarlo.

Por otra parte, la Constitución utiliza la expresión "instrumentos", en vez de tratados o convenios. Al respecto de esta expresión señala ÁVILA SANTAMARÍA, que su utilización lo hizo el constituyente de manera intencional, con la finalidad de ampliar el radio de protección de los derechos[795]. Desde este prisma, debemos entender que nuestra Constitución, dentro de

[793] El Art. 426 de la Corte Constitucional ecuatoriana expresa: "Todas las personas, autoridades e instituciones están sujetas a la Constitución. Las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, aplicarán directamente las normas constitucionales y las previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos siempre que sean más favorables a las establecidas en la Constitución, aunque las partes no las invoquen expresamente".

[794] *Idem*: "Los derechos consagrados en la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de inmediato cumplimiento y aplicación. No podrá alegarse falta de ley o desconocimiento de las normas para justificar la vulneración de los derechos y garantías establecidos en la Constitución, para desechar la acción interpuesta en su defensa, ni para negar el reconocimiento de tales derechos".

[795] ÁVILA SANTAMARÍA, R.: *El neoconstitucionalismo trasformador. El Estado y el derecho en la Constitución de 2008*, Abya Yala, Quito, 2011, p. 63.

dicho vocablo, engloba las resoluciones, sentencias, declaraciones de organismos o conferencias internacionales que desarrollen el contenido de los derechos.

Habiendo quedado claro el tratamiento jurídico que tienen en el Ecuador los tratados, convenios, opiniones, entre otros instrumentos de derecho humanos, podemos concluir que la legislación ecuatoriana, para legitimar una intromisión dentro del procedimiento penal, con una medida de investigación tecnológica restrictiva de un derecho fundamental, deberá cumplir con los siguientes requisitos: a) la restricción deberá estar expresamente fijada por la ley de forma clara y precisa, b) la restricción debe perseguir un fin legítimo, y, c) la restricción del derecho deberá ser necesaria en una sociedad democrática, proporcional e idónea para el logro del objetivo que persigue[796]. Por lo tanto, en la medida que se cumpla con este test tripartito, la injerencia será legítima.

4.1.1. La restricción deberá estar expresamente fijada por la ley de forma clara y precisa

Como primer requisito para la restricción de un derecho fundamental tenemos la necesaria previsión legal de la medida, la misma que debe tener su base en el derecho interno de los Estados partes de la Convención[797]. La ley debe ser dictada por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas. De tal suerte que el Estado no pueda vulnerar las esferas individuales o que únicamente tengan acceso a ellas de forma limitada. De esta forma, la restricción al ejercicio del poder del Estado se convierte en la barrera protectora de los derechos fundamentales del ciudadano. Es por esta razón que las acciones del poder público que afectan derechos humanos no pueden quedar a criterio del Estado, y deben protegérselos mediante un conjunto de garantías, siendo una de las más relevantes que las limitaciones se establezcan por una ley. En otras palabras, los derechos fundamentales solo

[796] Este criterio ha sido reafirmado en el Informe de Seguridad Ciudadana y derechos Humanos realizado por la Comisión, en donde señaló que las restricciones realizadas por los Estados son válidas siempre que "las injerencias no sean abusivas o arbitrarias; por ello, las mismas deben estar previstas en ley, perseguir un fin legítimo y cumplir con los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad, es decir, deben ser necesarias en una sociedad democrática. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe sobre Seguridad Ciudadana y Derechos Humanos, 31 de diciembre de 2009.

[797] La obligación estatal de adecuar su derecho interno derivada del artículo 2 de la Convención Americana. De acuerdo con el artículo 2 de la Convención Americana, uno de los deberes primarios de los Estados Parte es el de asegurar el ejercicio efectivo de los derechos humanos allí contemplados mediante la adopción de las medidas legislativas o de cualquier otro carácter que fueran necesarias para ello.

pueden ser afectados si existe la llamada reserva de ley[798]. Dentro del constitucionalismo democrático, la reserva de ley es un elemento esencial para la protección jurídica de los derechos, así como para su existencia real[799].

Es importante resaltar que el vocablo leyes debe ser entendido de conformidad con lo que de esta se dice en los tratados internacionales, más no desde la acepción del derecho interno del Estado parte[800]. Sobre la expresión leyes debemos saber si esta se refiere a normas jurídicas en sentido formal o sentido material. Esta aclaración parecería no tener mayor importancia, porque en ambos casos, la injerencia estaría permitida por la simple etiquetación de la palabra "ley", sin importar el procedimiento seguido para su promulgación.

Ahora bien, el hecho de que una norma tenga el carácter de ley formal o material tiene muchas implicaciones en la protección del derecho del investigado. Mientras que en el primer caso la aprobación de la ley tiene un procedimiento estricto y riguroso, en el segundo supuesto se prescinde de los lineamientos constitucionales exigidos para una ley que conlleva la afectación de un derecho. A efectos de conocer cuál es el criterio a seguir para considerar ley a una norma restrictiva de derechos, vamos a remitirnos a la jurisprudencia y opiniones consultivas del máximo interprete sobre derechos fundamentales de nuestro continente.

Al respecto, la Corte ha expresado que, para los casos de restricciones al goce y ejercicio de los derechos y libertades, autorizadas por la Convención, el término "leyes", no debe ser entendido como sinónimo de cualquier norma jurídica. En efecto, aceptar esta idea significaría dejar desprovisto de protección al derecho, pues su restricción quedaría a la determinación del Estado, a quien le bastaría con cumplir con la formalidad de crear una norma de carácter general que contenga las limitaciones para legitimar su injerencia. Bajo este supuesto, la expresión leyes, como norma protectora de los derechos fundamentales, no tendría sentido. Por el

---

[798] Esta garantía es muy antigua, así se desprende de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 en cuyo art. 4, se expresaba: "La libertad consiste en poder hacer todo lo que no perjudica a otro; así, el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tiene otros límites que los que garantizan a los demás miembros de la sociedad el goce de esos mismos derechos. Estos límites sólo pueden ser determinados por la Ley". Disponible en: http://www.amnistiacatalunya.org/edu/docs/e-hist-paris-1789.html, (última visita 31-03-2021).

[799] Corte Interamericana de Derechos Humanos: Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986…*op. cit.*

[800] En este sentido la Corte aclara, siguiendo la jurisprudencia de la CEDH (véase *The Sunday Times case*), que dentro de los Estados parte, existen sistemas jurídicos que tienen tradiciones diferentes, por lo que algunos siguen el sistema "*common law"* y otros se ajustan a la tradición romanista. En tal sentido "el concepto de leyes no puede ser interpretado en abstracto y, en consecuencia, no debe divorciarse del contexto del orden jurídico que le presta sentido e incide en su aplicación". Corte Interamericana de Derechos Humanos: Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986… *op. cit.*

contrario, este término alcanza su sentido lógico e histórico si se la considera como un instrumento necesario para limitar la interferencia del poder público en el espacio de los derechos humanos.

Por la importancia que significa la ley para los derechos, la Corte ha señalado que la expresión leyes, utilizada en la Convención, no puede tener otro sentido que el de ley formal, esto es, aquella norma jurídica adoptada por el órgano legislativo y promulgada por el Poder Ejecutivo, siguiendo el procedimiento exigido por el derecho interno de cada Estado[801]. Por lo tanto, si una ley no es dictada por el órgano legislativo constitucionalmente previsto y democráticamente elegido, y no sigue el procedimiento trazado por la Constitución del Estado para la formación de las leyes[802], la restricción del derecho será ilegítima.

Del criterio anterior podemos colegir que está prohibido afectar cualquier derecho fundamental vía decretos, actos administrativos, jurisprudencia, o norma jurídica, que no sean adoptadas por el Poder Legislativo ni sigan la ruta señalada por la Constitución para la aprobación de leyes.

El carácter formal de una ley, por las solemnidades a las que se somete, crean en la sociedad la seguridad de que la norma es legal por haber sido aprobada por sus representantes. Sin embargo, si bien únicamente la ley formal es idónea para limitar el goce o ejercicio de los derechos fundamentales de la persona[803], no es menos cierto que la norma requiere de un sentido material[804], pues solo así se puede asegurar que esta tendrá una real aplicación en la práctica.

En razón de lo antes expresado, no es suficiente su carácter formal, sino que además la ley, debe estar establecida en forma previa y de manera expresa, taxativa, precisa y clara, en otras palabras, si el ciudadano no la entiende por falta de claridad, en sus términos o precisión,

---

[801] Corte Interamericana de Derechos Humanos: Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986…, *op. cit*.
[802] *Ídem.*
[803] La Corte por unanimidad entiende la palabra leyes a toda norma jurídica de carácter general, ceñida al bien común, nacida de los órganos legislativos constitucionalmente previsto y democráticamente elegido, y creada de conformidad al procedimiento señalado por las constituciones de los Estados partes para la elaboración de las leyes. Por lo tanto, la ley que restringe un derecho debe buscar el bien común, debe provenir del órgano legislativo y crearse siguiendo el procedimiento respectivo del Estado. Corte Interamericana de Derechos Humanos: Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986…, *op. cit.*
[804] Esta postura fue tomada por la Corte en el Informe anual de 2008, de esta forma el anterior criterio formalista se completa con la exigencia del sentido material de la ley. Por lo tanto, para que una ley pueda restringir un derecho, se necesita que ésta se la cree tanto en el sentido formal como material. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe anual de la 2008 vol. III…, *op. cit.*

la ley no servirá nada o muy poco para proteger los derechos fundamentales afectados con la medida. Por ello es necesario que los textos normativos que establezcan las limitaciones, a los derechos afectados en el uso de medidas de investigación tecnológicas, estén redactados en los términos más claros y precisos posibles, de tal suerte que se le brinde seguridad jurídica a la ciudadanía. En este sentido se ha pronunciado la CIDH, en el informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en el año 2008, al dar el informe de la relatoría especial para la libertad de expresión, en donde declaró que toda norma legal vaga o ambigua que pretenda por esta vía dar facultades discrecionales muy amplia al poder público son incompatibles con la Convención Americana, porque esto puede provocar potenciales actos de arbitrariedad[805].

En efecto, cuando una ley que autoriza restringir un derecho fundamental no es precisa o clara, se presta para interpretaciones subjetivas de la autoridad pública, lo cual no es una garantía para el ciudadano que desconoce con certeza cuando su actuación tendrá implicaciones adversas para sus derechos, de tal manera que la intervención puede desembocar en una arbitrariedad o ilegalidad en su aplicación. Por el contrario, si esta es precisa, el ciudadano puede prever las consecuencias de la injerencia.

Adicionalmente, no basta con que la ley cumpla con los procedimientos para su aprobación, sino que, además, debe ser promulgada por razones de interés general, por lo tanto, deben ser dictadas en fusión del "bien común[806]". La CIDH entiende el bien común como un concepto relacionado con las condiciones de la vida social que facilita a los integrantes de la sociedad conseguir el mayor nivel de desarrollo personal y la mayor vigencia de los valores democráticos[807]. A pesar de esta aclaración de los términos, la propia Corte reconoce la dificultad de precisar de modo unívoco los conceptos de "orden público" y "bien común", por tal ambigüedad, este organismo recalca que ninguno de dichos conceptos, puede ser usado como sustento para limitar los derechos en nombre de los intereses colectivos[808].

La jurisprudencia de la Corte es clara en señalar que la invocación de orden público como justificativo para limitar el derecho, debe obedecer a causas reales y objetivamente

[805] *Ídem*.
[806] Art. 32.2 de la CADH.
[807] Corte Interamericana de Derechos Humanos: Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. La Colegiación Obligatoria de Periodistas (Art. 13 y 29 CADH).
[808] *Ibidem.*

verificables, que signifique una amenaza real y creíble de una perturbación potencialmente grave de las condiciones básicas para el buen desarrollo de las instituciones democráticas. Por lo tanto, no tiene cabida las meras conjeturas sobre posibles afectaciones del orden, derivadas de interpretaciones de la autoridad pública frente a hechos que no significan claramente un peligro razonable para la estructura democrática del Estado.

En consecuencia, no se puede dejar abierta la calificación de orden público a la autoridad, pues una interpretación amplia o indeterminada, puede dar paso a la arbitrariedad y limitaría los derechos fundamentales que son parte del orden público tutelado por la Convención Americana[809]. En efecto, una acepción posible del orden público dentro del marco de la Convención hace referencia a las condiciones que aseguran el funcionamiento armónico y normal de las instituciones sobre la base de un sistema coherente de valores y principios. Esos conceptos, en cuanto se invoquen como fundamento de limitaciones a los derechos humanos, deben ser objeto de una interpretación estrictamente ceñida a las "justas exigencias" de "una sociedad democrática" que tenga en cuenta el equilibrio entre los distintos intereses en juego y la necesidad de preservar el objeto y fin de la Convención.

En razón de lo antes expresado, su invocación como fundamento para restringir un derecho garantizado en la Convención, debe hacérselo siguiendo "una interpretación estrictamente ceñida a las "justas exigencias" de "una sociedad democrática" que busque el equilibrio entre los distintos intereses en juego y la necesidad de preservar el objeto y fin de la Convención[810]". En tal virtud, el interés general, no puede ser visto como un interés superior a los derechos humanos o dignidad de las personas, sino que se debe buscar la ponderación entre este con los demás derechos consagrados en la Convención y de este ejercicio ver si la limitación es proporcional al objetivo que se pretende alcanzar con la restricción en favor del bien común. En definitiva, los derechos únicamente podrán restringirse o limitarse de manera excepcional cuando así lo exige el interés general.

[809] Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe anual de la 2008 vol. III…, *op. cit.*
[810] Corte Interamericana de Derechos Humanos: Opinión Consultiva OC-5/85…, *op. cit.*

4.1.2. La limitación debe estar orientada a perseguir un fin legítimo

Este requisito es muy importante, pues pone un límite a las posibles intenciones antojadizas del Poder Público que, bajo el pretexto de conseguir ciertos objetivos, que a su criterio son indispensables, pueden acudir a la creación de una ley para limitar un derecho fundamental. Por tal motivo, la Corte ha establecido que las limitaciones impuestas deben perseguir el logro de alguno de los objetivos imperiosos establecidos taxativamente en la misma Convención Americana. Por lo tanto, los Estados no tienen libertad para interpretar como a ellos les plazca el contenido de los objetivos determinados en la Convención.

Siguiendo el criterio de la Corte los podemos clasificar en: la protección de los derechos de los demás, la protección de la seguridad nacional, del orden público o de la salud o moral públicas[811]. Es importante recalcar que la Corte de forma enfática ha expresado que estos son los únicos objetivos aceptados por la Convención para servir de fundamento en la limitación de un derecho fundamental. Solo en estos casos la restricción se torna necesaria para conseguir el interés público, por lo que, al no existir otra vía más idónea para aquello, la limitación al goce del derecho se justifica[812].

A pesar de que con este catálogo de excepciones se busca limitar al máximo el accionar de los Estados respecto a los justificativos para implementar una medida restrictiva de derechos, a nuestro criterio, resultan en algunos casos ser contenidos muy amplios y ambiguos. En tal razón vamos a referirnos específicamente a la moral y salud, no tocaremos los objetivos de orden público, al igual que la protección del derecho a los demás, porque ya fueron tratados de forma clara *ut supra*.

Entrando en materia, con relación al objetivo de moral pública, este término es muy amplio y depende de la cultura de cada país. No es igual la moral en un país musulmán que en un país occidental. Así puede ser inmoral que una mujer se bañe en traje de baño, mientras que otros sí lo pueden hacer, sin que esto signifique un acto reñido por la moral. De este punto de vista, este parámetro no puede ser aplicado basado en la moral de la propia persona cuyo derecho fundamental va a ser afectado con la medida, sino que debe hacérselo, tomando a la moral como

[811] Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe anual de la 2008 vol. III…, *op. cit.*
[812] Corte Interamericana de Derechos Humanos: Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985…, *op. cit.*

una cláusula general[813], cuya interpretación se debe realizar en consonancia con los valores y principios establecidos en la CADH.

De esta forma se pueden evitar intromisiones en el derecho fundamental del investigado, basados en razones que únicamente interesan u obedecen a ciertas morales particulares. Particular que también ha sido tomado en cuenta por el Tribunal Constitucional español, pues el criterio moral pública desde una perspectiva social no es inmutable, ya que esta puede variar según las distintas épocas y países. Esta situación ha llevado a concluir al Tribunal que: "la admisión de la moral pública como límite ha de rodearse de las garantías necesarias para evitar que, bajo un concepto ético, juridificado en cuanto es necesario un *mínimun* ético para la vida social, se produzca una limitación injustificada de derechos fundamentales y libertades públicas, que tienen un valor central en el sistema jurídico[814]".

En definitiva, podemos afirmar que no existe una noción uniforme de moral en el mundo, ni tampoco esta es inmutable a los cambios de las épocas. Debido a esta razón, la Convención no puede dar un contenido preciso sobre lo que los Estados deben entender por moral. En tal sentido, serán éstos quienes fijarán las exigencias de la moral en su espacio territorial, sin que esto signifique otorgarles un poder ilimitado, pues como dijimos, esta excepción debe ser tomada como una cláusula general y rodeada de ciertas garantías dentro de su necesidad en una sociedad democrática, con lo cual evita la arbitrariedad del poder público

Para culminar con este breve análisis, nos vamos a referir al término salud, concepto que también resulta impreciso al momento de utilizarlo como un justificativo para la restricción de un derecho. La salud no debe ser tomada en relación con el sujeto cuyo derecho fundamental se ve afectado con la medida, para que esta sirva como objetivo válido, debe suponer un interés general oponible[815]. Por ejemplo, en casos de pandemia, como la que padecimos con el COVID 19, de existir incidencias de casos de hospitalización y mortalidad que se salga de control, es factible invocar la salud, como fundamento para crear una norma que sancione con prisión a la persona que sabiendo que es portadora de esta enfermedad, salga de su hogar sin ningún justificativo y, sin llevar la debida protección necesaria. Justificativo que varios países como Ecuador se tuvieron que aplicar, a tal punto que propuso como proyecto de ley, crear la Ley

[813] LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J.: *Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida…*, *op. cit.*, p. 34.
[814] STC 62/1982, de 15 de octubre de 1982.
[815] LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J.; *Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida…*, *op. cit.*, p. 34.

Orgánica para la Gestión de Emergencia Sanitaria por Pandemia. En dicho proyecto se trata, entre otras cosas, la posibilidad de limitar la libre movilidad o de prohibir reuniones. De esta forma el Gobierno no tenía la necesidad de decretar estado de excepción para restringir determinados derechos fundamentales.

Como vemos sin necesidad de dictar una ley penal se podría limitar la libertad de todos los ciudadanos, sin que esta tenga que ver directamente en atención al sujeto afectado en su derecho, sino que se hace para proteger la salud y la vida de la colectividad. Esta circunstancia la prescribe el art. 5 literal e de la Convención Europea, que al tenor expresa: "Si se trata de la privación de libertad, conforme a derecho, de una persona susceptible de propagar una enfermedad contagiosa, de un enajenado, de un alcohólico, de un toxicómano o de un vagabundo".

4.1.3. La restricción del derecho deberá ser necesaria en una sociedad democrática, proporcional e idónea para el logro del objetivo que persigue

En este último requisito encontramos incursos tres supuestos, a saber: la restricción debe ser necesaria en una sociedad democrática, debe ser proporcional y por último debe ser idónea.

En cuanto al primer supuesto, se debe saber que cuando se menciona la palabra "necesidad" esta tiene que ver con la legalidad de las restricciones. Por ello, para que la limitación del derecho se considere legítima, debe ir enfocada a satisfacer un interés público imperativo. De esta manera, la necesidad de la medida se convierte en el criterio fundamental para la limitación del derecho.

A pesar de este margen de apreciación que tiene el legislador para restringir un derecho fundamentado en la necesidad, esta debe justificarse de manera razonable y conveniente. Por tal motivo, los Estados, si bien tienen un margen de apreciación para definir, según sus circunstancias, lo "necesario en una sociedad democrática", la fuerza expansiva de los derechos fundamentales restringe el alcance de las normas limitadoras que actúan sobre ellos. En tal razón, se erige como exigencia que los límites de los derechos fundamentales deben ser

interpretados con carácter restrictivo y en el sentido más beneficioso a la eficacia y esencia de tales derechos[816].

La Corte Interamericana, con el objeto de aclarar el concepto de "necesarias", ha hecho suya la interpretación realizada por el Tribunal Europea de Derechos Humanos[817] que, con relación a la expresión "necesarias", ha dicho que sin ser sinónimo de "indispensables", implica la "existencia de una" necesidad social imperiosa" y que para que una restricción sea "necesaria" no es suficiente demostrar que sea "útil", "razonable" u "oportuna". Por lo tanto, la norma limitativa, exige un juicio de ponderación, entre el interés que la justifica y el logro que se busca obtener, de tal suerte que se produzca la menor afectación posible en el efectivo ejercicio del derecho interferido[818].

El requisito de necesidad impide que la limitación de un derecho se haga más allá de lo estrictamente indispensable para garantizar el pleno ejercicio de este. Una medida será necesaria, si luego de revisarse el abanico de posibilidades existente para lograr el fin legítimo perseguido, la seleccionada es la que en menor medida se ve afectada en su ejercicio. Dicho de otra manera, de las múltiples opciones para conseguir el mismo fin, la seleccionada es la que restringe en menor nivel el derecho protegido por la Convención[819].

Por su parte el principio de proporcionalidad en una sociedad democrática exige al poder público, al momento de limitar el derecho, a verificar si la afectación de la medida es exagerada o desmedida en relación con los beneficios que se obtienen con el sacrificio del derecho fundamental[820]. En palabras del Comité de Derechos Humanos, "las medidas restrictivas deben ajustarse al principio de proporcionalidad; deben ser adecuadas para desempeñar su función

[816] CASTILLO CÓRDOVA, L.: "*Un caso de internacionalización y constitucionalización. Las libertades de expresión e información en la jurisprudencia del TEDH y en la del TC"*, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, año XL, núm. 119 2007, pp. 385-437, disponible en: https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/3919, (última visita 17/03/2021).
[817] Corte Interamericana de Derechos Humanos: Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985…, *op. cit.*
[818] Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica. Sentencia del 2 de julio de 2004, Serie C núm. 107.
[819] Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe anual de la 2008 vol. III…, *op. cit.*
[820] Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso de Eduardo Kimel vs. Argentina. Sentencia del 2 de mayo de 2008. Serie C núm. 177.

protectora; deben ser el instrumento menos perturbador de los que permitan conseguir el resultado deseado, y deben guardar proporción con el interés que debe protegerse"[821].

En resumen, la exigencia del principio de proporcionalidad en la aplicación de una medida restrictiva, a criterio de la CIDH, exige el análisis de diversos factores que deben ser tenidos en cuenta, como son: el nivel de afectación del derecho contrario; la importancia de satisfacer el derecho contrario; y si la satisfacción del derecho contrario justifica la restricción padecida[822]. En todo caso el principio de proporcionalidad consiste en un ejercicio ponderativo que habrá de efectuar el juzgador en cada caso concreto, frente al cual ha dicho la Corte no existe soluciones *a priori*[823].

Para finalizar con el último de los supuestos, en el caso Claude Reyes y otros vs. Chile, la Corte, al analizar la demanda, señala que la restricción debe ser conducente para alcanzar el logro del legítimo objetivo[824]. En otra jurisprudencia sostiene que las limitaciones al derecho deben ser un instrumento idóneo para alcanzar la finalidad que se busca con su imposición. En otras palabras, cuando se implementa una medida restrictiva, esta debe ser adecuada para poder obtener los fines legítimos que con su aplicación se persigue. Por lo tanto, siguiendo la jurisprudencia de la Corte, estaremos ante una medida restrictiva idónea, cuando esta sea adecuada para ayudar al logro de finalidades compatibles con la Convención Americana, o estar en capacidad de acercar o facilitar la realización de tales objetivos[825].

III. PRINCIPIOS RECTORES DE LAS MEDIDAS DE INVESTIGACIÓN TECNOLÓGICAS

Los principios rectores que rigen las medidas de investigación tecnológicas no tienen existencia autónoma, su fuente es el principio de proporcionalidad. En vista de esta

[821] Organización de Naciones Unidas. Comité de Derechos Humanos, Comentario general núm. 27.
15 Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso Ricardo Canese vs. Paraguay…, *op. cit.*
[822] Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe anual de la 2008 vol. III…, *op. cit.*
[823] Corte IDH, caso Kimel vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de mayo de 2008, serie C núm. 177.
[824] Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso Claude Reyes y otros vs. Chile Sentencia de 19 de septiembre de 2006.
[825]Corte Interamericana de Derechos Humanos, Marco Jurídico Interamericano sobre el Derecho a la Libertad de Expresión.

particularidad resulta necesario previo al análisis de los antes mencionados principios, conocer el principio de proporcionalidad desde la perspectiva ecuatoriana.

Igual como sucede en otras legislaciones como la española, el principio de proporcionalidad no se encuentra desarrollado en la Constitución ecuatoriana, su reconocimiento se ha ido dando mediante jurisprudencia constitucional. La Corte Constitucional en una de sus sentencias ha considerado al principio de proporcionalidad como una derivación de otros artículos constitucionales como son la supremacía constitucional, el mandato de aplicar sus normas de manera directa, la prohibición de restricción del contenido de los derechos constitucionales, el principio de interpretación *pro personae*, la indivisibilidad, interdependencia e igual jerarquía de los derechos y principios o la prohibición de regresividad e incluso como en otras ocasiones lo ha expresado este organismo como una exigencia derivada del debido proceso en su dimensión sustancial. Adicionalmente como dispone la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, este principio se configura como un método específico de interpretación y control judicial de las restricciones de los derechos constitucionales[826].

Por otra parte, este organismo constitucional es claro en señalar que el test de proporcionalidad caracterizado por sus subprincipios idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, no es ajeno al ordenamiento positivo ecuatoriano como se desprende de la LOGJCC. Efecto si revisamos la presente ley nos daremos cuenta que en ella se establece como método para solucionar contradicciones entre principios o normar la aplicación del principio de proporcionalidad, debiendo en este caso verificar "que la medida en cuestión proteja un fin constitucionalmente válido, que sea idónea, necesaria para garantizarlo, y que exista un debido equilibrio entre la protección y la restricción constitucional"[827].

En lo que respecta a nuestro tema de investigación, el art. 476 del COIP, mediante reforma de fecha 16 de marzo del 2022, la cual tuvo como origen la declaración de constitucionalidad aditiva del primer inciso del presente artículo, se agregó que "la medida sea idónea, necesaria y proporcional[828]. A partir de esta fecha, en Ecuador se empieza a aplicar los requisitos establecidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos para los casos de

[826] Corte Constitucional ecuatoriana, Sentencia núm. 048-13-SCNCC, 31 de julio de 2013.
[827] Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, artículo 3 numeral 2.
[828] Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia, núm. 77-16-IN/22, de 27 de enero de 2022.

restricción de medida. Antes de esto el legislador se encontraba en deuda en torno al establecimiento de principios rectores que deben ser de observancia obligatorio para el juez al momento de autorizar una medida de investigación tecnológica.

Siguiendo el hilo conductual de nuestro análisis encontramos que la Corte Constitucional ecuatoriana en su sentencia núm. 77-16-IN/22, de 27 de enero de 2022, considera a la interceptación un instrumento de gran beneficio para la investigación de conductas penalmente relevantes, sin embargo, al ser una medida intrusiva que afecta la vida privada resulta complicado establecer el beneficio o costo de la intervención si se lo hace de forma abstracta, por ello el análisis de proporcionalidad debe ser evaluado en cada caso concreto. En virtud de esta peculiaridad será el juez quien de conformidad a las circunstancias particulares de la investigación deberá ponderar los bienes en tensión y calificar la relevancia, idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la medida[829]. A partir de esta sentencia constitucional, la observancia del principio de proporcionalidad y sus subprincipios deberán ser constatados por el juez al momento de autorizar la medida.

En resumen, la aplicación del principio proporcionalidad en el ordenamiento jurídico ecuatoriano ha sido similar a lo acontecido en España. No se encuentra directamente establecido en la Constitución, pero su vigencia se desprende de otros artículos constitucionales. Por otra parte, el desarrollo de este principio tiene como base la jurisprudencia. No obstante, a pesar de estas concordancias, encontramos que la Constitución ecuatoriana, a diferencia de la española, menciona el principio de proporcionalidad únicamente para el caso de las penas[830] y, además se establece mediante ley como un método de aplicación para los casos de conflictos entre derechos constitucionales[831].

---

[829] *Ibidem*.

[830] Artículo 76, numeral 6 "En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: 6. La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra". Constitución de la República del Ecuador.

[831] Sobre este punto la ley señala: "Las normas constitucionales se interpretarán en el sentido que más se ajuste a la Constitución en su integralidad, en caso de duda, se interpretará en el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos reconocidos en la Constitución y que mejor respete la voluntad del constituyente. Se tendrán en cuenta los siguientes métodos y reglas de interpretación jurídica constitucional y ordinaria para resolver las causas que se sometan a su conocimiento, sin perjuicio de que en un caso se utilicen uno o varios de ellos… Cuando existan contradicciones entre principios o normas, y no sea posible resolverlas a través de las reglas de solución de antinomias, se aplicará el principio de proporcionalidad…" Art. 3 numeral 2 de la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

Revisado lo anterior pasaremos a estudiar cada uno de los subprincipios establecido para el caso de las medidas de investigación tecnológica de conformidad a la jurisprudencia ecuatoriana.

1. El principio de idoneidad

En lo atinente al requisito de idoneidad encontramos dos criterios utilizados por la Corte Constitucional. El primero es similar al desarrollado en la legislación española, es decir, el requisito de idoneidad se cumple cuando los otros instrumentos de investigación penal no son capaces para conseguir el objetivo que sí se puede conseguir con la intervención. En efecto, como bien lo hace notar la Corte, existen determinadas infracciones cometidas bajo la clandestinidad y cuya planificación se realiza en privado en donde las técnicas tradicionales de investigación resultan inadecuadas para contener dicha criminalidad. Es bajo estos parámetros donde la utilización de las medidas de investigación tecnológicas se convierte en un instrumento idóneo para obtener elementos de convicción relevantes para verificar el cometimiento de la infracción y a sus posibles responsables. De esta manera se concreta una respuesta inmediata por parte del Estado en la lucha contra la actual delincuencia altamente organizada y tecnificada que produce consigo graves repercusiones económicas sociales y políticas para la comunidad. Desde esta perspectiva la implementación de una medida restrictiva de derechos como es la intervención de la comunicaciones y datos informáticos resulta adecuada para neutralizar la actividad criminal y garantizar con ello los derechos de los demás. A más de este criterio, este organismo se refiere a la idoneidad enfocada desde la represión penal, por la cual cuando una vigilancia electrónica permite al fiscal razonablemente obtener elementos incriminatorios sobre las circunstancias de la ejecución del ilícito penal y los presuntos ejecutores de este, esta medida resulto ser adecuada para alcanzar los fines de la investigación penal. Desde esta visión jurisprudencial la idoneidad es un elemento que debe ser justificado no solo por el juez en su resolución motivada, sino también por el fiscal en la fundamentación de su solicitud.

2. El principio de necesidad

Este requisito igual que el anterior ha sido analizado por la Corte Constitucional desde una doble perspectiva. Este organismo siguiendo la línea del Tribunal Europeo de Derechos

Humanos, ha considerado que un derecho no debe ser restringido más de lo que es necesario para la consecución por parte del Estado del fin constitucional propuesto. Trasladado este principio al campo de las medidas de investigación tecnológicas, estas intervenciones únicamente podrán ser aplicadas cuando son estrictamente necesarias en una sociedad democráticas

Por otra parte, la Corte entiende por necesidad cuando la intervención se convierte en estrictamente ineludible para probar la materialidad y responsabilidad de la infracción. En otras palabras, si las demás herramientas investigativas menos invasivas de derechos no son suficientes para cumplir los objetivos del *ius puniendi*, entonces la utilización de la intervención de comunicaciones o datos informáticos se convierten en una medida estrictamente necesaria para demostrar la materialidad de la infracción y a sus responsables.

3. El principio proporcionalidad

Hemos vista que el principio de proporcionalidad se encuentra integrado por otros subprincipios, siendo uno de ellos el de proporcionalidad, el cual la doctrina y la jurisprudencia para diferenciarlo del principal lo denomina como "principio de proporcionalidad en sentido estricto. Desde esta perspectiva entendemos que cuando la jurisprudencia de la Corte ecuatoriana se refiere a este elemento, debemos entender que estamos ante la presencia de la proporcionalidad en sentido restringido.

Aclarado este aspecto notamos que la Corte al referirse al principio de proporcionalidad, señala que la interceptación para ser proporcionada debe dar más beneficios a los fines de la investigación que restricciones o perjuicio al derecho afectado con la medida. A su vez este organismo considera que, para determinar la proporcionalidad de la medida, se debe atender determinados parámetros como son: el principio de mínima intervención penal, la gravedad de la conducta y circunstancias del caso, así como el límite temporal necesario para limitar el derecho.

Consideramos un gran acierto por parte de la Corte haber establecido determinados lineamientos que sirven de guía para juez al momento de autorizar una intervención. Tal como se encuentra la ley da un campo muy amplio de discrecionalidad al fiscal para solicitar una medida sin importar el tipo de delito. Por lo tanto, establecer límites como el principio de mínima

intervención penal, deja claro la intención de la jurisprudencia constitucional en aplicar la intervención de comunicaciones o datos informáticos para los casos donde el impacto del ilícito cometido no puede ser solucionado por otros medios de solución menos lesivos que el proceso penal.

La gravedad de la conducta y las circunstancias del caso complementa el anterior presupuesto. En efecto la frase "gravedad de la conducta" indica que las medidas de investigación tecnológicas no deben ser aplicadas para la investigación de cualquier tipo de delito, como dejaba abierta la actual ley, sino únicamente para aquellos que por producir gran conmoción social la ley los sanciona con una pena severa[832]. En relación a las circunstancias del caso tiene su sentido porque no se puede establecer una medida estándar que calce a todas las situaciones. Por lo tanto, no es suficiente que la medida se halla aplicado en otros casos similares, para que de forma automática se autorice la intervención, lo pertinente será revisar la solicitud de autorización, a efectos de verificar si se cumple o no con el requisito de proporcionalidad.

Para finalizar, el límite temporal necesario para limitar el derecho es consustancial al principio de proporcionalidad, porque toda medida que restrinja un derecho fundamental no puede ser indefinida o más allá de lo estrictamente necesaria para conseguir la finalidad trazada dentro de la investigación penal. De suceder lo contrario la intervención sería desproporcionada.

IV. LA INTERCEPTACIÓN DE COMUNICACIONES O DATOS INFORMÁTICOS EN EL PROCESO PENAL ECUATORIANO

1. Presupuestos

Actualmente, en el Ecuador la interceptación de comunicaciones y datos informáticos se encuentra regulada por el COIP, dentro de la Sección Primera, que se refiere a las actuaciones

[832] Sobre este aspecto consideramos pertinente que igual como sucede en España, no se encasille la conducta grave al aspecto únicamente de la gravedad de la pena, pues esto podría dar lugar a que determinados delitos como por ejemplo los tecnológicos, por ser sancionados, en algunos casos, con penas menores a cinco años no puedan ser investigados con iguales herramientas a los que utilicen estas clases de infracciones. En definitiva, la implementación de una intervención no sólo debe aplicarse para los casos de infracciones castigadas con penas graves, sino que bajo ciertas condiciones puede extenderse a otras infracciones sancionadas con castigos menores si lesionan bienes jurídicos relevantes o causan gran alarma social.

especiales de investigación. La presente ley trata la interceptación de las comunicaciones o datos informáticos en un solo artículo constituido por 8 incisos.

El artículo 476.1 del COIP expresa: "La o el juzgador ordenará la interceptación de las comunicaciones o datos informáticos, previa solicitud fundamentada de la o el fiscal, cuando existan indicios que resulten relevantes a los fines de la investigación, de conformidad con las siguientes reglas: …" De esta primera parte resaltamos los siguientes elementos: 1) solicitud fiscal y autorización judicial, 2) los sujetos intervinientes, y 4) la existencia de indicios relevantes para los fines de la investigación.

1.1. Solicitud fiscal de la medida

El punto de partida de la implementación de una intervención de comunicaciones o datos informáticos inicia con el pedido de autorización judicial. Partiendo del hecho que el titular de la acción penal y quien dirige la investigación es la Fiscalía[833], por lógica corresponderá a este ente la potestad de solicitar al juez la respectiva autorización para la implementación de la medida tecnológica. Por tal virtud, los agentes investigadores no pueden pedir directamente al juez una intervención, siempre lo hará por intermedio del fiscal, a quien le deberá entregar determinados datos objetivos, para que éste a su vez, solicite la medida al juez competente. No obstante, a esta facultad, debido a la afectación de derechos fundamental producidos con la implantación de esta técnica investigativa, la solicitud no puede ser hecho a placer del fiscal, por el contrario, su petición debe ceñirse a ciertos requisitos que a continuación resaltaremos.

Normalmente en Ecuador la solicitud de autorización de una intervención se venía realizando sin una fundamentación adecuada. Se podía observar en la práctica que el fiscal

[833] El Art. 195 de la Constitución ecuatoriana expresa: "La Fiscalía dirigirá, de oficio o a petición de parte, la investigación preprocesal y procesal penal; durante el proceso ejercerá la acción pública con sujeción a los principios de oportunidad y mínima intervención penal, con especial atención al interés público y a los derechos de las víctimas. De hallar mérito acusará a los presuntos infractores ante el juez competente, e impulsará la acusación en la sustanciación del juicio penal". Lo anterior lo debemos concordar con lo señalado por el artículo 442 del COIP que expresa: La Fiscalía dirige la investigación preprocesal y procesal penal e interviene hasta la finalización del proceso. La víctima deberá ser instruida por parte de la o el fiscal sobre sus derechos y en especial, sobre su intervención en la causa. Por su parte, el Código Orgánico de la Función Judicial, en su art. 282 manifiesta que, entre las funciones de la Fiscalía General del Estado, tenemos, la de dirigir y promover de oficio o a petición de parte, la investigación pre procesal y procesal penal; dirigir y coordinar las actuaciones de la Policía Judicial; garantizar la intervención de la defensa de los imputados o procesados, entre otras, funciones que se desempeñan a favor de los investigados o procesados.

recibía por parte de los agentes investigadores algún oficio en donde se le hacía conocer era necesario intervenir una comunicación de un sujeto por considerar su participación en un hecho criminal, para que éste a su vez sustentado en el parte policial solicitara al juez la respectiva autorización de la medida. Como se desprende, el fiscal, basado en esa sospecha sin más elementos de soporte trasladaba su petición al juez adjuntando el parte policial como sustento para la autorización y el juez sin un análisis prolijo otorgaba el permiso respectivo para la intervención.

La Corte Constitucional ha determinado que el fiscal no está exento de dar razones para la obtención de la autorización judicial. A pesar de no estar estipulada en la ley la obligación de motivación, esta garantía se entiende explícita a todo acto del poder público[834]. Por ende, la motivación se constituye en un requisito necesario para la procedencia de la solicitud del fiscal. Esta exigencia impone al fiscal la necesidad de adjuntar a su pedido de autorización judicial, la incorporación determinados indicios objetivos conseguidos de una investigación inicial. De esta forma se evita que estos medios invasivos de derechos fundamentales puedan ser utilizados con fines prospectivos o para despejar sospechas.

Siguiendo esta línea jurisprudencial, la solicitud del fiscal, al menos tendría que incluir como requisitos mínimos: la naturaleza del delito a ser investigado, tener iniciado una investigación previa a la solicitud de autorización judicial, aportación de elementos objetivos y, límite temporal de la medida conseguidos con la investigación. Adicional a lo anterior para una mejor especificación de lo que se quiere intervenir, se debería especificar en la solicitud: la identificación de la operadora, nombres del abonado/usuario/alias, IMEI, IMSI y número a ser intervenido[835].

[834] Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia, núm. 77-16-IN/22, …, *op. cit.*

[835] Esta consideración la colegimos de lo estipulado por el Reglamento que en su parte pertinente expresa: El Fiscal del caso obtendrá del juez competente la autorización expresa de interceptación de comunicaciones o datos informáticos, la que incluirá la siguiente información: Identificación de la operadora, nombres del abonado/usuario/alias, IMEI, IMSI, número público…" Art. 9 del Reglamento para el Subsistema de Interceptación de Comunicaciones o Datos Informáticos, Resolución 061 FGE-2015, publicada en el Registro Oficial 569, 20 de Agosto de 2015.

1.2. Autorización judicial de la medida

Sabemos que los derechos fundamentales pueden ser restringidos dentro de un Estado de derecho, por lo tanto, si bien el derecho a la comunicación se encuentra protegido por la Constitución ante cualquier interferencia de terceros, este puede ser eventualmente afectado por una intervención, si es que la ley lo permite y se hace mediante resolución judicial.

La exclusividad jurisdiccional constituye uno de los requisitos establecido en la Carta Magna para los casos de afectación de un derecho constitucional, cuyo cumplimiento no puede ser soslayado. El rol garantista que actualmente cumple el juez penal lo convierte dentro del proceso en un sujeto vigilante de los derechos. Por estas particularidades resulta acertado otorgarle a este funcionario, y no a otro, el monopolio jurisdiccional para la autorización de la intervención.

En este orden de ideas el COIP en su artículo 476, cumpliendo con la Constitución, ratifica de forma expresa la ineludible exigencia de la obtención de la autorización judicial del juez penal para la aplicabilidad de la intervención de comunicaciones o datos informáticos. Sabemos que toda autorización judicial de una investigación tecnológica implica un grave atentado para los derechos del investigado, por lo tanto, la resolución judicial no puede ser fundamentado de la misma forma que se lo hace para otras clases de resoluciones de autoridades públicas. Entonces debemos preguntarnos ¿qué tipo de motivación se necesita para la resolución de autorización de una intervención de comunicaciones o datos informáticos? La norma procesal penal no nos da la respuesta. Por tal razón acudiremos para resolver esta interrogante, en primer lugar, a la Norma Suprema y, por último, a la jurisprudencia de la Corte Constitucional ecuatoriana.

Sobre la motivación la Norma Suprema en su artículo 76 numeral 7 literal 1) expresa: "Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se consideraran nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados". La exigencia de motivación no va dirigida solo al juez sino a todos los funcionarios u autoridades públicas. De esta disposición podemos sacar determinados requisitos como son: la enunciación de normas o principios jurídicos en que se

funda y la explicación de la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Si una motivación no consta con en estos presupuestos la resolución será considerada nula.

Adentrándonos en el análisis jurisprudencial, la Corte Constitucional ecuatoriana ha establecido tres criterios mínimos para saber de forma general si una resolución de autoridad pública está o no motivada, estos elementos son: razonabilidad, lógica y comprensibilidad.

En cuanto al primer criterio de motivación, la Corte Constitucional ha indicado que "este elemento hace referencia a la determinación y especificación de las fuentes del derecho que toma el juzgador desde el ordenamiento jurídico con la finalidad de sustentar su decisión conforme a derecho". De igual manera, en la sentencia núm. 2 1 1-16-SEP-CC, caso núm. 0777-10-EP, expresó que la razonabilidad "implica la observancia y aplicación por parte de los operadores de justicia de normas constitucionales, legales y/o jurisprudenciales pertinentes y acordes a la naturaleza de la acción puesta en su conocimiento". En definitiva, la razonabilidad no es más que la fundamentación realizada por la juez sustentada en normas constitucionales y legales aplicables a un caso concreto.

El segundo parámetro es la lógica, criterio que no sólo va orientado a la coherencia y concatenación que se debe observar entre las premisas con la conclusión final, sino que además, agrega la Corte, ésta tiene que ver "con la carga argumentativa que debe existir por parte de la autoridad en los razonamientos, afirmaciones y finalmente en la decisión que vaya a adoptar".

Por último, respecto a la comprensibilidad, de su propia terminología nos da una idea de que la resolución adoptada por la jueza o juez deberá ser redactada de forma clara, concreta, inteligible, asequible y sintética, únicamente cuando una resolución es clara en el lenguaje, permite que la decisión pueda entenderla sin mayor esfuerzo toda la sociedad, más allá de las partes en litigio. En tal razón, este criterio impone la obligación al juzgador de hacer un fallo en términos entendible y compresible, pues la resolución no es para él sino para toda la sociedad que mediante la lectura de las resoluciones sabrá si la actuación del órgano judicial es correcta.

La opinión anterior es concordante con lo señalado por la CIDH, quien ha sostenido que el deber de motivar constituye una de las debidas garantías incluidas en el art. 8. 1 de la Convención. Se vincula con la correcta administración de justicia, pues protege el derecho a ser juzgado por las razones que el derecho suministra, y, además rodean de credibilidad a las decisiones jurídicas en el marco de una sociedad democrática. Por lo tanto, la motivación de una

resolución debe permitir a los administrados conocer cuales fueros los hechos, motivos y normas en que fundamentó la autoridad para tomar tal decisión de esa manera y no de otra, con lo cual se descarta cualquier indicio de arbitrariedad.

Si bien los presupuestos anteriores son aplicables para toda resolución de autoridad pública, existen otros requisitos introducidos en el año 2022 por la jurisprudencia de la Corte Constitucional que son exclusivos para los casos de motivación de autorización judicial de una medida de investigación tecnológica. Al respecto este organismo ha expresado que la medida de interceptación al ser de carácter excepcional, el juez, deberá en su autorización justificar la relevancia, idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la implementación de la intervención. En consecuencia, si luego del análisis del juez se desprende la falta de cumplimiento de uno o algunos de dichos principios la autorización será denegada[836].

Con esta jurisprudencia se colma el vacío legislativo que se venía manteniendo desde la implementación de este tipo de medidas de investigación tecnológicas. Con la implementación de estos nuevos requisitos se otorga una mejor cobertura a los derechos fundamentales del investigado en curso en un proceso penal. Por tal circunstancia, toda autorización judicial de una intervención para su licitud, deberá observar tanto los requisitos generales de la motivación como los especiales. De esta forma el Ecuador se alinea con el criterio de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que, en varias de sus sentencias, como analizamos *supra*, ha establecido entre otras condiciones para la limitación de un derecho fundamental el cumplimiento de los principios de idoneidad necesidad y proporcionalidad.

Lo expresado hasta este momento nos permite inferir que en Ecuador el tema de la motivación de la resolución judicial exige el cumplimiento de requisitos generales para todos los funcionarios o autoridades públicas y, de exigencias especiales para el caso de la autorización judicial de una medida de vigilancia tecnológica. Los primeros se encuentran establecidos en la Constitución ecuatoriana, mientras que los otros fueron gracias a la reciente la jurisprudencia de la Corte Constitucional, fueron incorporados a la ley procesal mediante reforma del 16 de marzo de 2022 publicada en el Registro Oficial núm. 20[837].

[836] Constitucional del Ecuador, Sentencia, núm. 77-16-IN/22…, *op. cit.*
[837] En el actual artículo 476 del COIP, a diferencia de la anterior, no solo se exige como requisito para la solicitud del fiscal la existencia de datos relevantes para la investigación, sino, además, la medida debe ser idónea, necesaria y proporcional.

2. Los sujetos intervinientes

Conforme la lectura de la ley ecuatoriana, a nuestro juicio, podemos clasificar a los sujetos de manera resumida en dos: activos y pasivos. Dentro de los primeros encontramos al juez quien es el sujeto principal para la adecuada aplicación de la medida y, el fiscal quien es el que activa y desarrolla la intervención. Por último, tenemos el sujeto pasivo sobre el cual recae la medida. Desde ya consideramos a la presente regulación insuficiente, pues no cubre la situación de los terceros que pueden verse afectado con la intervención. Ante esta posibilidad hemos decido agregar este sujeto dentro de nuestro análisis.

2.1. Sujetos activos

2.1.1. El juez

El derecho penal ecuatoriano, conforme a la actual Constitución, es de línea garantista. Por lo tanto, la estructura básica del proceso penal está basada en principios como son: inocencia, legalidad, imparcialidad, defensa, debido proceso, entre otros. Tan es así que el juez en nuestra legislación cambió su denominación por el de "juez de garantía penales", con lo cual se convierte en un sujeto procesal básico para la defensa de los derechos constitucionales, principalmente del encausado por ser la parte más débil dentro del proceso penal. Desde esta nueva visión, el juez se convierte en un tercero imparcial que busca un trato equitativo entre las partes. Deja de ser un espectador y actúa en defensa de los derechos consagrados en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos[838].

Por tal razón toda acción del poder público que sea especialmente invasiva o pueda significar algún tipo de abuso a un derecho, debe por regla general contar con una autorización judicial[839]. Decimos por regla general, porque en países como España, conforme se advirtió en el capítulo segundo de ese trabajo, se puede intervenir, en determinados casos, un derecho sin

[838] Esto se desprende tanto de la lectura del artículo 172 de la Constitución que expresa: Las juezas y jueces administrarán justicia con sujeción a la Constitución, a los instrumentos internacionales de derechos humanos y a la ley; así como del Art. 11. 3. de la misma norma que menciona: Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte.
[839] Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe N0. 38-96, caso 10.506, Argentina, 15 de octubre de 1996.

previa autorización judicial[840], excepción que se puede dar en Ecuador, pero únicamente para los casos de delitos flagrantes[841], y en caso de resultar alguna persona detenido deberá ser puesto dentro de las 24 horas al juez competente para la respectiva calificación de flagrancia.

El Juez será aquél que en razón de su competencia le toca conocer la tramitación de la causa penal. Pero no sólo tiene la facultad para ordenar una medida, sino, además, la puede negar si la solicitud no fundamenta de forma correcta y no anexa los justificativos respectivos para convencer al juzgador de su necesaria aplicación dentro del caso. ¿Pero qué sucede si el juez niega la solicitud de autorización de la medida al fiscal? La ley no dice nada al respecto. Por tal motivo a nuestro pensar al no existir la posibilidad de impugnar dicha decisión en nuestra legislación, lo lógico será que el juez de forma motivada haga conocer al fiscal las causas por las cuales se considera no admisible la aplicación de la intervención para que éste proceda a subsanar dichas falencias e insista con el pedido.

2.1.2. El fiscal

En Ecuador, la facultad de solicitar una medida de intervención de comunicaciones o datos informáticos corresponde al fiscal. Lo anterior significa que la Fuerza Pública no puede solicitar la autorización judicial de una medida directamente al juez, sino que lo debe realizar por intermedio del fiscal, quien una vez, analizada a su vez con el parte policial remitirá la petición.

Conseguida la autorización judicial por parte del fiscal de la causa deberá enviarla a su vez al Subsistema de interceptación de comunicaciones o datos informáticos[842], para que se active la interceptación[843]. Como se desprende del Reglamento, en Ecuador la interceptación

[840] Véase sobre esta posibilidad la LECrim artículos 579.3 y 588 *ter* d 3. En estos casos puede intervenir el Ministro del Interior o el Secretario de Estado.
[841] En Ecuador se entiende por delito fragrante cuando la infracción es ejecutada en presencia de una o más personas o cuando se la descubre inmediatamente después de su supuesta comisión, siempre que exista una persecución ininterrumpida desde el momento de la supuesta comisión hasta la aprehensión, asimismo cuando se encuentre con armas, instrumentos, el producto del ilícito, huellas o documentos relativos a la infracción recién cometida. Artículo 527 del COIP.
[842] De acuerdo al Reglamento para el Subsistema de interceptación de comunicaciones o datos informáticos, art. 3, la sede se encuentra en la capital de la República del Ecuador.
[843] *Ídem*, art. 4.

se realiza no de forma directa sino a través del Subsistema que tiene cobertura nacional, cuya ejecución estará a cargo del fiscal asignado al Subsistema[844].

2.2. Sujetos pasivos

2.2.1. El investigado

Si el sujeto activo es quien viabiliza la práctica de la medida, el sujeto pasivo será la persona quien soporta la aplicación de la misma. Revisando lo expresado en el art. 476.1 del COIP, sabemos que el juzgador ordena una medida de investigación tecnológica cuando previa solicitud fundamentada del fiscal se determina la existencia de indicios que resulten relevantes a los fines de la investigación. Lo anterior nos permite colegir que el juez para ordenar la medida debe contar con una sospecha fundada frente a una determinada persona de quien se presume ser autor de un hecho ilícito. En otras palabras, la persona que va a soportar la intervención será el sujeto presuntamente responsable del ilícito, es decir, el investigado.

Reviste importancia por la afectación que padece el investigado en su derecho fundamental, que el juez al autorizar una medida de investigación tecnológica, lo haga sobre la base de una solicitud fundamentada en hechos objetivos y no en meras suposiciones o sospechas. Por esta razón, quedan proscritas todas las intervenciones dentro de la investigación penal, encaminada hacia la prevención del delito o con fines exploratorios.

En este orden de ideas, la solicitud de la intervención de la comunicación requiere de una previa investigación en donde se halla recopilado cierto material de hecho que permita sustentar la petición de la medida. De tal suerte que no sea la intervención que dé origen al inicio de la indagación, sino que, por el contrario, la causa debe existir, estar en curso y desprenderse de ella que con la intervención de la comunicación es factible conseguir elementos de convicción relevantes para los fines de la investigación.

Siguiendo el mismo punto de vista, sostenido cuando tratamos este aspecto en el proceso penal español, diremos que no es necesaria la identidad plena del sujeto pasivo de la medida, dado que, en la legislación ecuatoriana, al igual que en la española, una de las finalidades de la investigación previa, es la de identificar al autor o participe del ilícito. En tal circunstancia no

[844] *Ídem,* art. 9.

se puede exigir certeza en los datos del presunto sospechoso, pues caso contrario, en muchos de los casos no podría utilizarse la intervención por ausencia de este dato.

En vista de los fines de la investigación, es suficiente con proporcionar ciertas características que permitan determinar, al sujeto pasivo de la medida, dueño o usuario del artefacto a ser intervenido para conceder la respectiva autorización. El sujeto pasivo de la medida puede tratarse de una sola persona o de una pluralidad de sujetos, lo importante es que exista en contra de ellos sospechas fundadas y puedan ser determinados.

2.2.2. El tercero

Como acabamos de ver, en relación al investigado, no existe problema en aplicar una medida restrictiva de derechos, en donde sí se encuentra inconvenientes es en lo referente a terceros que no son investigados, pero que por las características técnicas de la ejecución no permite separar de forma automática a los sujetos pasivos investigados de éstos, por tal circunstancia, pueden ver afectados sus derechos. De esta manera encontramos un límite subjetivo respecto de los sujetos pasivos, que tal como se encuentra en la ley impediría ampliar este ámbito a terceros no investigados. En vista de este vacío, resulta importante tratar este aspecto y saber si sería posible ordenar una medida de interceptación contra terceros ajenos al ilícito investigado y convertirse en sujetos pasivos de la medida.

Al respecto de esta posibilidad, como dejamos sentado en líneas anteriores, el derecho español permite de forma expresa la posibilidad de autorizar la intervención en contra de terceros cuando se cumplen uno de los tres supuestos, como son: si el sujeto investigado se sirve de éstos para transmitir o recibir información, cuando el tercero colabora con el investigado en sus actividades ilícitas o se beneficia de ella; y, por último, cuando el dispositivo objeto de la investigación es utilizado maliciosamente por el tercero por vía telemática sin conocimiento de su titular[845].

Cabe preguntarnos ¿en el derecho ecuatoriano existiría tal posibilidad de ampliar el límite subjetivo? Revisada la norma no encontramos nada relacionado a este ámbito. Por lo tanto, al no estar prevista esta opción en la ley, se debería entender como prohibida mientras no

[845] Art. 588 *ter* c. LECrim.

pese ninguna sospecha de su participación en el ilícito, pues, caso contrario todo lo actuado carecería de eficacia probatoria por vulnerar el derecho de un sujeto que no cumple las condiciones de investigado. No obstante, al existir situaciones en las que el tercero, sin ser investigado, podría perfectamente intervenir de forma indirecta en la participación o colaboración del delito y, ante la falta de regulación de la ley sobre este aspecto, muchas intervenciones serían declaradas ilícitas. Desde perspectiva estamos a favor de la aplicación de la intervención en contra de un tercero no investigado, siempre y cuando, el fiscal en su solicitud de autorización logre demostrar, previa investigación, la necesidad de la interceptación de las comunicaciones o datos informáticos de este sujeto.

3. El requisito de relevancia

Si bien este elemento no se encuentra establecido de forma expresa como requisito para la procedibilidad de la autorización judicial de la medida, su exigencia se colige de la propia norma que en la parte pertinente señala: "La o el juzgador ordenará la interceptación de las comunicaciones o datos informáticos previa solicitud fundamentada de la o el fiscal cuando existan indicios que resulten relevantes a los fines de la investigación, de conformidad…[846]" Sobre este aspecto la Corte Constitucional, siguiendo el precepto legal ha considerado necesario adjuntar en la solicitud del fiscal los indicios o elementos de convicción que permitan considerar como relevante la intervención para los fines de la investigación penal[847].

Conforme a lo antes expresado el requisito de la relevancia impone la obligación al fiscal de conseguir elementos o indicios objetivos de la infracción penal como requisito previo para solicitar la autorización judicial de una medida. Exigencia que la consideramos correcta, pues con esto se impide la utilización de la vigilancia tecnológica con fines prospectivo. Por otra parte, este elemento permite al juez convencerse de la necesidad e idoneidad de la autorización de la medida para conseguir resultados importantes para la investigación.

[846] Artículo 476 del COIP.
[847] Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia, núm. 77-16-IN/22…, *op. cit*.

4. Duración, prórroga y control de la ejecución de la medida

4.1. Duración

Tal como vimos *supra*, uno de los requisitos para la verificación del principio de proporcionalidad es el relacionado con el límite temporal. En este orden de ideas, una medida no puede prolongarse de forma indefinida, sino que debe tener un límite de duración en su aplicación.

En vista que las intervenciones afectan gravemente los derechos fundamentales del investigado, estas no pueden ser indefinidas, pues caso contrario se convierten en abusivas y arbitrarias por violar el principio de proporcionalidad. En tal virtud, dejar abierta una medida de estas características *sine die*, significaría dejar al descubierto la vida privada, pensamientos e intimidad familiar del investigado, situación que afectaría al núcleo esencial del derecho, convirtiéndolo en impracticable. Por tal circunstancia resulta indispensable que toda intervención sea limitada en el tiempo[848].

Por cuanto, como se ha dicho a lo largo de esta investigación, toda medida investigación tecnológica implica una afectación al derecho fundamental del sujeto sobre el cual recae la intervención, el tiempo de su duración debe ser determinado por el juez. La ley ecuatoriana establece en el artículo 476 inciso 1 del COIP dos tipos de plazos. El primero es de noventa días para los casos de delincuencia común. Pero cuando se trata de delincuencia organizada y sus delitos relacionados, la norma aumenta el tiempo hasta un máximo de seis meses. La diferencia en el tiempo según la infracción es justificable, no es lo mismo investigar un delito común que el crimen organizado. Este último, por la complejidad y el secretismo que se maneja dentro de la organización, es muy difícil llegar a las cabezas principales de la misma. Por tal razón, el legislador ha considerado pertinente ampliar el periodo de desarrollo de medida, a efectos que su implementación pueda dar mejores resultados para la investigación penal.

El papel que cumple el juez al momento de establecer el tiempo de implementación de la medida resulta muy importante para la protección del derecho fundamental intervenido, pues

[848] DE LANGHE, M.: *Escuchas telefónicas. Límites a la intervención del Estado en la privacidad e intimidad de las personas*, Hammurabi, Buenos Aires, 2009, p. 108.

prolongaciones más allá de lo estrictamente necesario para la investigación puede dar lugar a afectaciones innecesarias y con ello convertir la medida es desproporcionada.

A pesar de que el juez pueda ajustar, de acuerdo a cada caso concreto, el tiempo adecuado para la consecución de los objetivos de la investigación, otorgando de esta manera una mejor protección al derecho afectado con la intervención, esta tutela quedaría desprotegida si el fiscal solicitante, debido a una desprolija investigación, no aporta elementos objetivos suficientes para determinar con claridad el tipo delictual que se busca investigar con la medida, el juez podría dar un límite temporal excesivo para la ejecución de la intromisión, lo cual provocaría al titular del derecho fundamental una afectación desproporcionada.

4.2. Prórroga

Si el tiempo otorgado por el juez no es suficiente para los objetivos propuestos en la investigación, la norma prevé la posibilidad de una prórroga por un periodo igual al máximo establecido por la ley, esto es, noventa días o seis meses más[849].

Sobre la prórroga encontramos similares falencias a lo expresado en torno a la fundamentación de la solicitud. Esto es, no existe por parte de la norma el establecimiento de requisitos que debe contener la petición de prórroga. Por lo tanto, el juez resolverá únicamente basado en lo proporcionado por el fiscal, pues en la legislación ecuatoriana, el órgano jurisdiccional, una vez entregada la autorización para la aplicación de la medida, no se le informa de forma periódica el desarrollo de la intervención como sucede en España. Todo es remitido por los agentes policiales delegados por la Fiscalía a esta entidad.

Las prórrogas no son automáticas ni indefinidas, estas únicamente pueden ser solicitadas únicamente por parte del fiscal de manera motivada por un periodo máximo de noventa días o de seis meses, según el tipo de delito. Conociendo que una prórroga significa la continuidad de algo previo, aunque la ley no señale nada sobre este particular, nosotros encontramos dos consecuencias. Una es que la solicitud de prórroga del fiscal, deberá cumplir con las mismas exigencias de la autorización primaria. Por último, al existir conexidad entre la resolución inicial y la autorización de prórroga, la ilicitud constitucional de la primera se irradiaría a la prorrogada.

[849] Artículo 476 del COIP.

El juez previo a autorizar la prórroga deberá valorar los resultados obtenidos hasta ese momento con la intervención, para lo cual resulta de vital importancia que el fiscal en su solicitud adjunte los resultados detallados de la intervención, así como las razones de la continuación de la medida. Sin la oportuna información del estado y resultado de la medida, que implica remitir los elementos de convicción obtenidos con la intervención, no se puede valorar la consistencia y persistencia de los indicios iniciales que fundamentaron la autorización inicial.

Debido a que la norma no señala el momento de presentación de la solicitud de prórroga, por lógica la presentación deberá hacerse antes que termine el plazo de la autorización, situación que a nuestro pensar podría traer problemas para una adecuada motivación judicial. El fiscal, al no tener una fecha específica para pedir la prórroga, podría perfectamente presentarla horas previas a la culminación de la autorización. Esto es un problema para el juez quien deberá pronunciarse de manera breve a favor o contra de la solicitud sin un adecuado análisis, para poder determinar la necesidad de prolongar la restricción del derecho fundamental afectado con la intervención, circunstancias que vulneran la constitucionalidad de la restricción del derecho. Por eso somos partidarios de que se establezca un periodo mínimo de antelación a la culminación de la medida para que el fiscal presente su solicitud de prórroga.

Por otra parte, a efectos de que el juez pueda tener un mayor conocimiento de causa para autorizar la prórroga, sería importante permitir al juzgador solicitar aclaraciones o mayor información sobre el desarrollo de la medida. Para ello, como acabamos de señalar, es necesario estipular que la presentación de la solicitud se lo haga con un periodo razonable antes de la finalización de la intervención. Tampoco la ley señala desde cuando corre el plazo de la prórroga, por lo que esto se presta para interpretaciones diversas. Uno de los criterios sería que la prórroga corra una vez finalizada la autorización de la aplicación de la medida. Pero también sería admisible que la fecha recién inicie una vez autorizada la prórroga por parte del juez. Nosotros nos decantamos por el primer supuesto, pues de esta manera se obligaría al fiscal a ser diligente y no esperar el último momento, como es normal en los países Latinoamericanos, para recién presentar la solicitud de prórroga, sabiendo de antemano que no hacerlo con antelación a la finalización de la aplicación de la medida, el juez, no le otorgará de manera oportuna la autorización de prórroga, lo cual le hará perder días valiosos para su investigación.

En resumen, no obstante, que la ley no regula este aspecto, debemos tener claro que la prórroga no se da de forma automática, por tal motivo requieren de la presentación de una solicitud por parte del fiscal de la causa. La solicitud deberá contener los resultados obtenidos hasta ese momento, pero, además, tiene que existir otros elementos actuales que hagan concluir la necesaria continuidad de la intervención para la culminación exitosa de la causa, en otras palabras, deberá estar debidamente motivada. Esta solicitud, por lógica, debe ser pedida al mismo juez que en su momento autorizó la medida. Por su parte, el juzgador tendrá que realizar una valoración de los resultados alcanzados con la medida, para luego, de forma similar a la autorización inicial, mediante resolución motivada, expresar las razones que permitan sostener que una medida de esa naturaleza sigue siendo necesaria y que, además, parezca todavía como razonablemente idónea. Por último, para cumplir con una adecuada resolución motivada y una mejor eficiencia en la investigación, la solicitud de prórroga deberá ser presentada con un tiempo razonable a la finalización de la aplicación de la intervención.

4.3. Control judicial de la ejecución

Las intervenciones como sabemos por su naturaleza se realizan sin notificación de parte interesada, por estas circunstancias el control judicial resulta una vía ineludible para la correcta protección del derecho fundamental que va a ser afectado con la medida. El control inicial sirve para valorar por parte del juez si efectivamente se cumplen con las garantías exigidas para la implementación de la medida. Como podemos notar, el control judicial es un requisito necesario dentro de la adopción de una medida, sin embargo, el legislador ecuatoriano no se ha preocupado en regular este requisito.

Por otra parte, al ser la Fiscalía el titular de la acción penal pública es quien lleva a cargo toda la investigación, en razón de aquello el juez una vez autorizada la intervención pierde contacto con ella, circunstancia que incrementa los riesgos de mantener una injerencia innecesaria en el tiempo se incrementa. La práctica forense nos ensaña que al estar en manos del fiscal el desarrollo de la intervención, este no va a hacer cesar la medida antes de tiempo, al menos hasta que consiga resultados positivos para la causa.

En Ecuador es frecuente solicitar prórrogas sin mayor fundamentación objetiva cuando no se consigue elementos de convicción y, el juez que no tiene conocimiento sobre el desarrollo

de la intervención, con lo expresado únicamente por el fiscal, otorga la prórroga, pues la ley no establece ninguna directriz sobre este trámite.

Revisando la jurisprudencia internacional, encontramos que "la falta de control judicial de la medida puede ocasionar la lesión del derecho al secreto de las comunicaciones, cuando no se establecen períodos para dar cuenta al Juez de los resultados de la intervención, o, en caso de su incumplimiento, o si, por otras razones, el Juez no efectúa un seguimiento de las vicisitudes del desarrollo y del cese de la intervención o no conoce los resultados de la investigación[850]".

Por su parte, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ecuatoriana, de una manera más escueta, ha establecido que la interceptación debe estar sometida a un control en cuanto al alcance y aplicabilidad de la medida, por un tercero imparcial, como es el juez y no quedar en manos del ejecutante de la intervención. En otras palabras, no obstante, a la discrecionalidad otorgada por el legislador ecuatoriano al fiscal para solicitar la medida en cualquier tipo de delitos, su desarrollo no puede quedar exclusivamente bajo el control de éste, pues como bien lo hace notar el Tribunal Constitucional español, la falta de control puede ocasionar vulneración del derecho a las comunicaciones. En razón de los posibles efectos perniciosos para los derechos, la Corte considera que la exigencia de resolución judicial no culmina únicamente con la autorización de la ejecución de la intervención, sino que debe extenderse a un control *ex post* de la medida.

Observamos que la Corte Constitucional ecuatoriana ha seguido con buen criterio los lineamientos adoptados por la doctrina internacional, en el sentido que el control le corresponde al juez, quien debe supervisar no solo la autorización inicial de la medida, sino, además, la aplicación y finalización de la misma. A pesar de esta disposición jurisprudencial, consideramos muy difícil cumplir con un control integral tal como lo exige este tipo de implementación de medidas de investigación tecnológicas.

Nuestra opinión la sustentamos porque de acuerdo a la normativa procesal penal no existe obligación de comunicar el desarrollo de la intervención. Si revisamos la normativa ecuatoriana encontraremos tres momentos en los que el juez tiene contacto con la intervención. El primero es cuando recibe la solicitud para la autorización de la medida. En esta instancia el juez puede ejercer control de la intervención mediante el análisis de la solicitud, si a su juicio,

[850] Tribunal Constitucional español, STC 82/2002, de 22 de abril de 2002.

la petición cumple con los requisitos constitucionales y legales dará paso para su implementación, caso contrario, aunque el fiscal tenga la potestad de pedirla, cuando lo estime relevante para la investigación, la negará.

El segundo momento lo encontramos cuando el fiscal considera que se encuentran reunidos los suficientes elementos que hagan presumir el cometimiento del delito y a sus posibles responsables. En este supuesto solicitará al juez la respectiva convocatoria para la realización de la audiencia de formulación de cargos[851]. En este instante, el juez tiene la posibilidad de entrar en contacto directo con todo el material incriminatorio recopilado durante la investigación. Sin embargo, al ser el titular de la acción penal pública, la Fiscalía es quien decide imputar o no la persona investigada. Por lo tanto, por no ser el momento procesal oportuno, el juez ni la parte contraria pueden oponerse a la formulación de cargos. En otras palabras, siendo potestad exclusiva del fiscal formular o no cargos, el juez queda como un simple espectador, al que no le es permitido, oponerse a la imputación, no obstante, de detectar elementos obtenidos con vulneración de algún derecho fundamental durante el desarrollo de la indagación penal.

En definitiva, el ordenamiento jurídico ecuatoriano no regula el control judicial, Su aplicación ha sido incluido mediante jurisprudencia constitucional del año 2022. En ella se establece como facultad el control de la intervención al juez, la misma que debe comprender las fases de autorización, aplicabilidad y finalización de la misma. Sin embargo, a nuestro juicio, conforme acabamos de analizar, por no estar regulada la figura del control judicial, no existen los mecanismos adecuados para su cumplimiento. Únicamente, como se dijo *supra*, el juez puede controlar de forma efectiva la intervención únicamente al inicio y a la finalización de la medida, más no su alcance y correcta aplicabilidad de esta.

En Ecuador la indagación de conformidad con la ley puede durar de uno a dos años[852], lo cual significa que el investigado puede estar afectado en sus derechos sin saberlo durante todo este periodo. Lo anterior se empeora si el fiscal no resuelve formular cargos en contra del encausado, pues de darse este evento el expediente, si no decide archivarlo, quedará bajo

[851] Art. 594.1 del COIP.
[852] El artículo 85 del COIP. En cuanto a la duración se señala que: La investigación previa no podrá superar los siguientes plazos, contados desde la fecha de su inicio: 1. En los delitos sancionados con pena privativa de libertad de hasta cinco años durará hasta un año. 2. En los delitos sancionados con pena privativa de libertad de más de cinco años durará hasta dos años.

custodia de la Fiscalía sin ningún control que evite la exposición de datos sensibles obtenidos con la aplicación de la medida.

Como se colige de lo antes expresado, el control judicial no se puede realizar de forma integral, su implementación se circunscribe a dos momentos procesales que son cuando se la autoriza y una vez finalizada. Por tal sentido, prácticamente la intervención se ejecuta al antojo del fiscal solicitante.

Consideramos que, si el juez es el garante del debido proceso, no puede dejar en manos el control de la medida al ente investigador, pues esta medida, al ser secreta, se vulnera, entre otros, el derecho a la defensa del investigado. Desde esta perspectiva, el control judicial se convierte en una exigencia inexpugnable para la efectiva protección del derecho del investigado. No olvidemos que la constitución ha establecido como uno de los deberes primordiales del Estado garantizar sin discriminación alguna, el efectivo goce de los derechos consagrados en la Carta Maga y en los instrumentos internacionales[853], mal puede afectar de forma secreta con una medida el derecho del sospechoso, y no controlar el buen uso de la intervención, sabiendo que de no hacerlo puede existir un abuso o arbitrariedad por parte del poder público. En tal razón, el control judicial pasa a convertirse en una garantía de los derechos constitucionales afectados con la medida.

5. El derecho a la eliminación de información no relevante para la investigación

De conformidad a la norma procesal, al proceso solo se debe incorporar de forma textual la trascripción de aquellas conversaciones o parte de ellas que se consideren útiles o relevantes para los fines de la investigación, sin perjuicio de que la persona procesada pueda solicitar la audición integra de sus grabaciones, cuando lo estime apropiado para su defensa. En tal sentido, si una información no es útil o importante a los fines de la investigación debe ser eliminada de oficio por parte del fiscal. Realizado lo anterior, se deberá remitir un acta en donde se deje constancia de este hecho, a efectos de registrarlo en el expediente respectivo. Destrucción que

[853] El art. 3 de la Constitución ecuatoriana. Establece como uno de los deberes primordiales del Estado: 1. Garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales.

se realizará bajo la supervisión del juez competente, el cual podrá disponer la eliminación de la información que no haya sido considerada[854].

Como aspectos destacables de la presente regulación encontramos, por una parte, que el procesado puede acceder a la audición completa de sus grabaciones, pero, además, tiene derecho a la eliminación de las partes no relevantes para la investigación. Antes de la presente reforma, el sujeto encausado penalmente, si se enteraba que sus comunicaciones o datos informáticos había sido interceptados, amparado en lo dispuesto por la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales (en adelante LOPDT), podía pedir la eliminación de aquella información que no había sido utilizada dentro del proceso por no ser relevante para la investigación[855]. Es decir, si no conocía de tal actuación, toda la información permanecería de forma indefinida bajo la custodia de la FGE. Circunstancia, como bien lo reconoció la Corte Constitucional, era contraría con la protección que el derecho a la intimidad personal y familiar debe tener en un Estado Constitucional de derechos y justicia[856]. En razón de aquello, era necesario establecer en la ley tal mecanismo.

Por su parte, la Fiscalía General del Estado, mediante Resolución núm. 61-FGE- 2022, de 12 de diciembre 2022, agrega en el artículo 10 de su Reglamento para el subsistema de Interceptación de Comunicaciones o datos informáticos (en adelante RSICDI), que la información considerada no útil o relevante para la investigación o para probar la materialidad o responsabilidad de un delito, y la de carácter personal debe ser borrada, descartada, suprimida y anulada de manera permanente de los sistemas lógico del SICOM, de tal suerte que no pueda ser recuperada.

Otro punto a resaltar es la participación del juez dentro de la diligencia de eliminación de la información no relevante para la investigación, anteriormente toda esta actividad estaba bajo el dominio del fiscal quien tenía la última palabra en decidir qué datos eran o no útiles para los fines investigativos. Esta libertad de decisión deja en indefensión al investigado quien, si no

[854] Art. 476. 6 del COIP.
[855] "El titular tiene derecho a que el responsable del tratamiento suprima sus datos personales, …cuando: 2) El tratamiento no sea necesario o pertinente para el cumplimiento de la finalidad; 3) Los datos personales hayan cumplido con la finalidad para la cual fueron recogidos o tratados; 5) El tratamiento afecte derechos fundamentales o libertades individuales;(…), entre otros derechos". Así mismo se establece un plazo perentorio para cumplir con dicha obligación. Art. 15 de la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales, publicada en RO núm.459 del 26 de mayo de 2021.
[856] Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia, núm. 77-16-IN/22…, *op. cit.*

conocía de la interceptación de su información, no podía reclamar si es que el fiscal estimaba pertinente incluir como relevante ciertos aspectos de índole personal. Situación que ha cambiado, porque si bien el fiscal puede, en primera instancia, decidir la incorporación al proceso o la eliminación de información, quien actualmente tiene la decisión final es el juez competente. De esta forma, aunque no conozca el investigado que su información o datos se encuentra en poder del fiscal, el juez, podrá garantizar que su derecho a la intimidad será respetado.

Como critica de la norma en comento señalamos la falta de notificación a la persona afectada sobre la interceptación de sus comunicaciones o datos informáticos. Si bien es un avance para los derechos del encausado la intervención del juez, la notificación al afectado hubiese coadyuvado a una protección integral. Decimos afectados, porque esta medida por su naturaleza es propensa a vulnerar el derecho de terceros, los cuales, siguiendo a la legislación española, de manera amplia comprende a los inicialmente investigados que dejan luego de serlo, los sobreseídos, y, por último, a los no investigados. En razón, de esto, siendo Ecuador un Estado Constitucional de Derechos y Justicia, no puede dejar desprotegidos a estos sujetos. Por lo tanto, se les debe dar los mismos mecanismos de protección para la eliminación de su información que tiene el investigado o procesado.

Tampoco se establece, como sí lo hace la legislación española[857], el momento procesal en el que procede la eliminación de información. Esta falencia daría a entender que lo puede hacer en cualquier instante del procedimiento. Consideramos que a efectos de procurar una mejor defensa del encartado, se debería eliminar la información no relevante ante la audiencia preparatoria y evaluatoria de juicio. De esta forma se brinda la posibilidad que el investigado o procesado, pueda acceder a la totalidad de las grabaciones realizadas en su contra.

A nuestro juicio la presente regulación representa un importante avance para la defensa de los derechos fundamentales no solo del investigado, sino, además, de terceros que podría ser afectados por la medida. Por estas circunstancias, compartimos que toda información no relevante para la investigación es necesaria que sea eliminada, pues de esta forma no se deja expuesta la vida íntima del sujeto afectado con la intervención.

[857] Artículo 588 *bis* k.

6. Delitos sobre los que recae la intervención de las comunicaciones o dispositivos informáticos en Ecuador

Este requisito es importante, pues nos ayuda a conocer cuáles son los delitos que pueden justificar la injerencia de la intervención de las comunicaciones o datos informáticos. Como veremos, a diferencia de legislaciones como la española, en Ecuador nos encontramos con una gran dificultad a la hora de analizar este aspecto, debido a que la ley no hace mención a este presupuesto.

En efecto, la norma ecuatoriana, simplemente en el primer inciso del art. 476 COIP, se refiere a cuando existan indicios relevantes para los fines de la investigación. Esta última parte nos lleva a colegir que, si se cumple este requerimiento, el fiscal, sin importar el tipo de infracción penal, podrá solicitar al juez, la respectiva autorización para ejecutar la intervención de las comunicaciones o datos informáticos. Si bien, en el párrafo tercero, del artículo en estudio, se hace mención al delito de delincuencia organizada y sus delitos relacionados, esta mención no es para los efectos de la admisión de la medida, sino para la concesión de prórroga.

En razón de esta explicación cabría preguntarse ¿en Ecuador es posible la aplicación de una medida de investigación restrictiva de derechos constitucionales para todo tipo de delitos? Para dilucidar esta duda, es necesario, en primer lugar, conocer qué tipo de infracciones penales pueden dar origen a la autorización de la intervención de comunicaciones o datos informáticos y, cuáles son los criterios normalmente utilizados para estos efectos.

Revisada la doctrina y legislación, encontramos tres tipos de sistemas aplicados para admitir su procedencia. La primera de ellas sigue el criterio de poner de forma taxativa en un listado los delitos sobre los cuales puede autorizarse una medida de intervención de las comunicaciones. El segundo, por su parte, aplica un criterio de dosificación de la pena, esto es, la ley señala la escala penal a partir del cual se puede autorizar una intervención.

Por último, encontramos el sistema mixto, que no es más que la mezcla de los dos anteriores. Por tal razón, por una parte, emplea el criterio del listado taxativo de delitos, y, por otra, la pena mínima a ser considerada para implementar la medida. Si bien, estos sistemas tienen sus diferencias que los caracteriza el uno de los otros, tienen una característica en común que

comparte, el cual es la de individualizar los delitos sobre los que son posible aplicar esta medida dentro de una investigación penal[858].

Por otro lado, no se puede decir que el uno es mejor que el otro. Cada uno de ellos tienen sus ventajas y desventajas. Al referirnos al sistema que utiliza como criterio el *numerus clausus* de los delitos, encontramos su utilidad por permitir identificar con su sola concurrencia al listado de infracciones cuáles acciones delictuales soportan la intervención de la medida. Pero su desventaja radica en la aplicación automatizada de las intervenciones, en tal razón, el juez, luego de analizar la fundamentación de la solicitud de autorización, sin importar que este sea grave, o, por el contrario, que sea de escasa gravedad, debe verificar si la infracción se encuentra dentro del listado de infracciones y, si lo está, autorizar su uso sin tomar otras consideraciones específicas del caso, lo cual lo convierte en un sistema rígido que podría dejar a un lado determinados delitos que, a pesar de no constar el catálogo de infracciones, son de tal gravedad que podrían tranquilamente soportar la medida, o también puede suceder lo contrario, establecerse dentro del listado ciertos delitos que por su escasa gravedad vuelve innecesaria la intervención del derecho[859].

A su vez, el sistema de dosificación de la pena estipulada para el delito permite ponderar el interés público en la persecución de ciertas infracciones penales que por la sanción elevada permiten arribar al criterio que la afectación del derecho con la medida es inferior en relación con el beneficio que se alcanza con la aplicación de la medida[860]. A pesar de ser una buena fórmula, pues, aparentemente, al ser sancionado el delito con una pena significativa, refleja la idea de que su accionar representa un nivel de gravedad suficiente para sufrir la intervención de la medida, no es menos cierto que existen determinados delitos, no obstante, al ser castigados con una pena menor al requerido para la implementación de una afectación al derecho del investigado, pueden ser de relevancia social que amerita una reacción enérgica del Estado, por lo tanto, podría autorizarse una medida de investigación tecnológica.

Para finalizar, el sistema que tiene más ventajas para la persecución penal, con relación a los anteriores, es el mixto, pues permite contar al juez con una lista de delitos, al cual puede acudir en todo momento y saber si es de aquello capaz de admitir la medida, pero, además,

[858] DE LANGHE, M.: *Escuchas telefónicas. Límites a la intervención del Estado…, op. cit.* pp. 65-66.
[859] *Ídem,* p. 66.
[860] *Ídem,* pp. 66-67

cuenta con una dosificación punitiva que le permite establecer en razón del mínimo establecido por la ley en qué caso es posible autorización la intervención de la comunicación. En cuanto a su desventaja por ser un sistema híbrido, son aplicables las mismas que acabamos de señalar para los dos anteriores sistemas.

En vista de lo expuesto, se colige que no existe una fórmula o sistema mágico para tratar todos los supuestos y situaciones admisibles dentro de la implementación de una medida de investigación tecnológica. En todo caso, la correcta intervención de una medida depende principalmente de la calidad de jueces que tengamos dentro de la administración de justicia. Si tenemos jueces entendidos en la materia, con conocimientos sólidos sobre esta materia, con independencia en sus funciones y con suficiente probidad, cualidades algo escasas de encontrar, como bien sabemos los que vivimos en Ecuador, el uso de estas medidas sería mejor administradas.

En el otro extremo tenemos a la legislación ecuatoriana, misma que no se ajusta a ninguno de los sistemas antes descritos. Esto se debe, como señalamos *supra*, porque la norma procesal no establece ninguna limitación específica de las infracciones penales sobre las cuales se puede aplicar la interceptación de las comunicaciones o datos informáticos. Sin embargo, esta omisión legal, a nuestro modesto entender, puede ser cubierta mediante la aplicación del Reglamento para el Subsistema de Interceptación de Comunicaciones o Datos Informáticos[861] y la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

Revisando el RSICDI en su artículo 2 expresa como prioridad para el uso de la interceptación de las comunicaciones o datos informático la investigación de los delitos considerados como graves por la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (en adelante CONUCDT).

En este orden de ideas, la Fiscalía establece como delitos a perseguir con esta clase de medidas a la trata de personas, pornografía con utilización de niñas, niños o adolescentes, tráfico ilícito de migrantes, tráfico de armas, extracción y tratamiento ilegal de órganos y tejidos, tráfico de sustancias estupefacientes, organización o financiamiento para la producción o tráfico ilícitos de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización, delincuencia organizada, terrorismo, financiamiento del terrorismo, asociaciones ilícitas, lavado de activos, sicariato, homicidios,

[861] Reglamento para el Subsistema de Interceptación de Comunicaciones…, *op. cit.*

tráfico de bienes culturales, secuestro extorsivo, delitos contra los recursos mineros, tráfico de hidrocarburos, peculado, cohecho, concusión, tráfico de influencias.

De esta primera parte se desprende que la medida de investigación tecnológica debe ser usada especialmente para los casos de delitos graves. Pero al señalar el mismo artículo en su parte final que esto no excluye a otros delitos tipificados y sancionados en el Código Orgánico Integral Penal, significa que la lista de infracciones penales no es cerrada a las calificadas como graves. Por lo tanto, la Fiscalía podrá hacer uso de esta medida en cualquier tipo de delito sin importar su naturaleza.

Por su parte, la Corte Constitucional ecuatoriana, al conocer la demanda de inconstitucionalidad del antes citado reglamento, expresó que, de acuerdo a las normas vigentes, la FGE puede utilizar una intervención de comunicaciones o datos informáticos en cualquier delito tipificado por el COIP. En consecuencia, conforme a esta consideración en Ecuador, esta clase de medida, eventualmente, puede ser usada en aquellas conductas criminales consideradas de menor peligrosidad que de acuerdo a la doctrina internacional no exigirían estas técnicas de investigación altamente restrictivas para los derechos.

Este organismo, a pesar de considerar esta posibilidad, es claro en señalar que la protección y cuidado de los derechos como la intimidad no soportan la aplicación de una medida de intervención tan intrusiva en conductas ilícitas que no revisten la misma peligrosidad de otras consideradas socialmente graves. Por otra parte, el secretismo de la vigilancia tecnológica, pues no se notifica al sujeto investigado de la medida, la convierte en una medida tendiente a arbitrariedades y riesgos de abusos en su aplicación, por lo que su regulación debe ser lo suficientemente clara para evitar la discrecionalidad en su ejercicio. Límite que no se encuentra establecido por nuestra legislación.

Siguiendo este criterio, la Corte considera que, tal como actualmente se encuentra regulada la intervención de comunicaciones o datos informáticos, constituye una medida innecesaria respecto del fin constitucionalmente perseguido. En otras palabras, para este organismo, la implementación de una intervención para investigar delitos de poca gravedad no sería una medida necesaria, en consecuencia, su aplicación sería ilícita.

La Corte Constitucional, a pesar de detectar la inconstitucionalidad de la normativa vigente que regula la intervención de comunicaciones o datos informáticos, a diferencia de su

similar español, no corrige esta deficiencia porque, a su juicio, hacerlo rebasaría sus competencias al arrogarse funciones que le compete a la Asamblea Nacional. Por esta razón no puede establecer los delitos sobre los que puede aplicarse la medida y en los que no procede[862].

El análisis realizado hasta aquí nos permite concluir que en el ordenamiento jurídico ecuatoriano no se establece una fórmula o sistema para determinar los delitos susceptibles de soportar una intervención. Por esta razón, estamos de acuerdo con lo expresado por la Corte, quien en su jurisprudencia considera factible que la FGE pueda interceptar las comunicaciones de una persona investigada sin importar el delito. La propia ley le concede a la Fiscalía una amplia facultad para decidir cuándo penetrar el derecho fundamental del ciudadano. En otras palabras, la solicitud de autorización de una medida depende de la discrecionalidad del ente investigador, pues la norma no le establece límite en relación del delito pesquisable.

El art. 2 del Reglamento de SICOM, si bien en primera instancia establece el tipo de delito sobre los cuales puede aplicarse la intervención, a nuestro modesto entender este listado se lo hace, por cuanto los recursos económicos, tecnológicos y humanos con los que cuenta la fiscalía no les permite actuar en todos los casos, por eso se establece la prioridad de la investigación tecnológica a las infracciones consideradas graves, lo cual no excluye a las otras especies de delitos, si la capacidad técnica y el talento humano lo permite.

Por último, el respetado criterio de la Corte Constitucional dentro de la demanda por inconstitucionalidad del Reglamento para el Subsistema de Interceptación de Comunicaciones o Datos Informáticos, en donde entre otras cosas, consideró fuera de su competencia establecer los parámetros referentes a los delitos en los cuales es procedente la aplicación de este tipo de medidas investigativas, en nuestra modesta opinión no resulta del toda correcto. Si bien un órgano ajeno a la Asamblea Nacional no puede reformar una ley, no es menos cierto que la Corte Constitucional al haber identificado la inconstitucionalidad de la norma por no delimitar los delitos soportables de una intervención, situación que puede provocar la vulneración del derecho fundamental del afectado con la medida, lo más acertado hubiese sido dejar como precedente jurisprudencial determinados parámetros respecto de las infracciones susceptibles de aplicar la intervención, de tal suerte que esto hubiese servido para la orientación de los jueces para casos futuros e incluso para ser tomado en cuenta para una posible reforma legal.

[862] Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia, núm. 77-16-IN/22…, *op. cit*.

7. Uso de la información obtenida con la medida y la obligación de guardar el secreto

Sobre el uso obtenido con la aplicación de la intervención encontramos en el art. 476 del COIP dos incisos que tratan este aspecto. El primero se refiere cuando la información se quiere hacer valer en otro proceso, y, el segundo, cuando se utiliza los datos para iniciar una investigación.

7.1. Información obtenida con la intervención para utilizarla en un proceso diferente.

El artículo en estudio en su inciso segundo en la parte pertinente expresa: "La información relacionada con la infracción que se obtenga de las comunicaciones que se intercepten durante la investigación serán utilizadas en el proceso para el cual se las autoriza…[863]" Siguiendo de manera literal esta disposición, se advierte que en Ecuador no se puede usar la información en otro proceso diferente al que dio origen a la autorización de la intervención.

La presente norma, a nuestro modesto entender, tal como está redactado, impide una buena utilidad de las intervenciones de comunicaciones y datos informáticos. Si bien es acertado que los elementos de convicción obtenidos con la medida solo sean utilizados en el proceso donde se dio la autorización judicial de la misma, pues de esta forma se evita posibles ilegalidades como podría ser usar la intervención con fines prospectivos o romper el principio de especialidad, lo cual podría convertir todo el material obtenido en prueba ilícita. Sin embargo, consideramos que permitir, bajo ciertos parámetros, el empleo de lo obtenido con la intervención no solo en el proceso en donde se dio la autorización judicial para su aplicación, sino además, en otra causa, posibilita una mejor eficacia sobre todo cuando se trata de combatir delitos considerados graves, los cuales en muchos de los casos no pueden ser descubiertos con las técnicas investigativas tradicionales y, es en este contexto donde las medidas de investigación tecnológicas cobran su real importancia en el proceso penal.

Por las consideraciones expuestas estamos en contra de la prohibición normativa de impedir el uso del material incriminatorio obtenido con una medida a un proceso diferente de

[863] Art. 476.2 del COIP.

aquel donde se consiguió la autorización de la intervención. Nosotros estamos a favor del empleo de dichas evidencias, si es que la información desvela conexidad entre la infracción donde se está desarrollando la intervención con otro proceso diferente en curso. Para un mejor entendimiento pongamos como ejemplo que a una persona le detienen la marcha del vehículo para realizarle una requisa, pero antes de que lo registre, el sujeto, con la finalidad de no ser descubierto con el cargamento ilícito, asesina a dos uniformados. Por este hecho se abre un proceso en contra del presunto homicida. A su vez, teniendo pistas la policía de que el procesado pertenecía a una organización internacional de tráfico de drogas, piden al fiscal abrir una indagación previa y solicitar al juez la autorización de intervención de comunicaciones. En el desarrollo de la intervención por el presunto delito de tráfico de sustancia ilícita, se llega a conseguir elementos de convicción de responsabilidad por el delito de asesinato. De conformidad con la ley nos encontraríamos ante una infracción conexa porque el asesinato lo cometió con el fin de ocultar el alijo de droga que trasladaba en el vehículo.

Desde esta perspectiva, de acuerdo a la norma, podríamos utilizar la información obtenida con la medida acumulando todo en un solo proceso penal[864], aunque esta no corresponda al que dio origen a la aplicación de la intervención. Para ello será necesario que exista autorización judicialmente autorizada, además, la causa donde se pretende incorporar lo recolectado con la intervención, debe ser de aquellos que por su gravedad admiten esta clase de técnicas investigativas. Cumpliendo al menos estos requisitos mínimos, consideramos posible utilizar la información obtenida durante el desarrollo de la medida en un proceso diferente.

7.2. Información obtenida con la intervención para iniciar una investigación diferente

El segundo supuesto tratado por la ley es cuando en el transcurso de una interceptación se conoce del cometimiento de otra infracción[865]. Es importante tener presente que la intervención de las comunicaciones o datos informáticos, por su propia naturaleza, no permite discriminar la información interceptada u observada durante su desarrollo. En tal razón, en

[864] La norma procesal sobre este aspecto señala: "Cuando se cometen infracciones conexas de la misma o distinta gravedad, en un mismo lugar o en diversos lugares, habrá un solo proceso penal ante la jurisdicción donde se consumó la infracción más grave". Artículo 406 del COIP.
[865] Art. 476.3 del COIP.

muchas ocasiones se pueden llegar a conocer datos ajenos con la causa investigada o relacionados con terceros no investigados.

En efecto, lo antes expresado es una situación que ocurre con frecuencia cuando se utilizan instrumentos de investigación invasivos de derechos fundamentales que penetra en la esfera privada del investigado. Debido a esta peculiaridad puede suceder ocasiones en los que dentro de la indagación criminal se obtengan datos de la comisión de otro delito, ya sea este de igual o distinta naturaleza a la infracción investigada con la medida.

Ante la aparición de hallazgos casuales, la unidad investigadora a cargo de la aplicación de la medida debe comunicar de manera inmediata a la o al fiscal para el inicio de la investigación correspondiente[866]. A pesar de esta disposición, no es posible cumplirla en todos los casos, al menos que el delito descubierto sea afín a la unidad del fiscal a cargo de la intervención de la comunicación o datos informáticos.

En Ecuador, desde el 20 de abril de 2010, especialmente en los cantones grandes, se crearon unidades fiscales según el bien jurídico atacado[867]. En este orden de ideas, si bien se le debe hacer conocer al fiscal a cargo de la implementación de la intervención sobre el hallazgo casual, este no podrá, como señala la ley, iniciar la investigación penal, al menos que el delito desvelado con la medida, sea acorde al catálogo de delitos que conoce su unidad. En vista de esto, lo pertinente será, si el fiscal no es competente para iniciar la investigación, remitir *la notitia criminis* a la oficina de recepción de denuncias para el respectivo sorteo.

Realizado lo anterior se designará al fiscal de la unidad especializada según la naturaleza del delito para que dé inicio a la indagación previa. Competencia que podría recaer ante el mismo fiscal de la causa autorizadora de la intervención. De tratarse de un delito flagrante, deberá de forma inmediata actuar el fiscal de turno. En estos casos, cuando estamos en presencia de un delito flagrante, con la información conseguida, se puede proceder a la localización y

---

866 *Ídem*.

867 De acuerdo al Reglamento las fiscalías especializadas se dividen en: Art. 14.- Las fiscalías especializadas son las siguientes: 1. Fiscalía Especializada en Soluciones Rápidas 2. Fiscalía Especializada en Personas y Garantías 3. Fiscalía Especializada en Violencia Sexual e Intrafamiliar 4. Fiscalía Especializada en Patrimonio Ciudadano 5. Fiscalía Especializada en Fe Pública 6. Fiscalía Especializada en Administración Pública 7. Fiscalía Especializada en Accidentes de Tránsito 8. Fiscalía Especializada en Adolescentes Infractores 9. Fiscalía Especializada en Delincuencia Organizada, Transnacional e Internacional. Reglamento de las Nuevas Unidades de Gestión de Causas, Registro Oficial Suplemento núm. 36 Fecha: 28-4-2010, disponible en: https://www.fiscalia.gob.ec/files/LOTAIP%20AC/REGLAMENTO_DE_LAS_NUEVAS_UNIDADES_DE_GESTION_DE_CAUSAS.pdf, (última visita 12/05/2022).

captura sin orden judicial, eso sí, con la condición de que al detenido, dentro de las veinticuatro horas contadas desde su aprehensión, sea puesto a órdenes del juez competente para la realización de la respectiva audiencia oral de calificación de flagrancia[868].

Conforme a lo expuesto, siguiendo la ley ecuatoriana, la información obtenida con la medida de investigación tecnológica solo debe utilizarse para la misma causa donde se solicitó la autorización de esta. Por otra parte, la norma procesal reconoce, como sucede en España, a los hallazgos casuales. Cuando se obtiene este tipo de información inesperada de acuerdo a la norma en estudio, se le debe dar el carácter de *notitia criminis*. Lo anterior obliga al fiscal iniciar una investigación por los hechos descubiertos y, de ser pertinente para la causa en curso, solicitar la debida autorización judicial para una nueva medida.

El tratamiento legal sobre la utilización de los hallazgos casuales como *notitia criminis*, es adecuado, pues con ello se evita que los delitos desvelados de forma ocasional durante el desarrollo de la medida de investigación queden sin sanción por una posible mala interpretación de creer que la información obtenida de manera imprevista, por no contar con una autorización judicial para la afectación del derecho, debe ser considerado como un elemento incriminatorio ilícito.

8. La obligación de guardar secreto.

La obligación de guardar secreto es un requisito indispensable dentro de este tipo de medidas por dos razones. En primer lugar, la eficacia de la intervención depende mucho de que el sujeto intervenido no se entere de dicha acción. De suceder lo contrario, la fuga de información pondría en alerta a la persona investigada, quien evitaría por todos los medios se obtengan elementos probatorios en su contra. El segundo motivo es por el tipo de información sensible que se suele recolectar durante la intervención. De no existir esta exigencia quedaría expuesto el derecho fundamental afectado con la intervención. Como se observa, esta obligación cumple un papel importante dentro de la aplicación de la medida, tanto para el éxito de la

[868] El art. 529 del COIP señala: "En los casos de infracción flagrante, dentro de las veinticuatro horas desde que tuvo lugar la aprehensión, se realizará la correspondiente audiencia oral ante la o el juzgador, en la que se calificará la legalidad de la aprehensión. La o el fiscal, de considerarlo necesario, formulará cargos y de ser pertinente solicitará las medidas cautelares y de protección que el caso amerite y se determinará el proceso correspondiente".

investigación del delito, como para la protección del derecho afectado que no debe ser expuesto más de lo necesario.

La ley establece la obligación de guardar el secreto del contenido a "el personal de las prestadoras de servicios de telecomunicaciones, así como las personas encargadas de interceptar, grabar y transcribir las comunicaciones o datos informáticos…, salvo cuando se las llame a declarar en juicio[869]". Adicional a lo antes descrito, debemos tener presente que, de conformidad a la ley, todo lo realizado dentro de la investigación previa debe mantenerse en reserva, excepto para la víctima, las personas a las cuales se investiga y sus abogados[870].

La situación es diferente cuando se pasa a la instrucción fiscal, en esta etapa por regla general los procesos son públicos, excepto cuando la ley señala lo contrario. Desde esta perspectiva se justifica haber establecido el secreto para los sujetos que participan de forma directa en la intervención, sobre todo si la medida se aplica durante la instrucción fiscal, que como señalamos, es de carácter público, salvo determinadas excepciones. Por lo tanto, de no establecer la norma procesal, la obligación de guardar secreto se pondría en peligro la investigación y se atentaría contra el derecho a la intimidad del sujeto intervenido.

En este orden de ideas, la ley establece la obligación al fiscal de conservar en un centro de acopio especializado el medio de almacenamiento de la información obtenida durante la interceptación hasta la presentación en juicio[871]. Con esto se busca evitar que personas ajenas al proceso puedan conocer hechos que pertenecen al ámbito íntimo del investigado o tercero afectado con la intervención. Sin embargo, de nada o muy poco servirá que la ley exija el acopio de la información si no se cuenta con una infraestructura adecuada para tal efecto. En razón de este problema, la Corte, en su reciente jurisprudencia, ha exhortado a la FGE y al gobierno central tomen altas medidas de seguridad en los centros de acopio y se dote de una adecuada infraestructura, tecnología que impida la fuga o el acceso ilegítimo de la información recopilada

[869] Art. 476.7 *ibidem*.
[870] El art. 584 del COIP, establece que "Las actuaciones de la Fiscalía, de la o el juzgador, del personal del Sistema especializado integral de investigación, medicina legal y ciencias forenses, la Policía Nacional, y de otras instituciones que intervienen en la investigación previa, se mantendrán en reserva, sin perjuicio del derecho de la víctima y de las personas a las cuales se investiga y de sus abogados a tener acceso inmediato, efectivo y suficiente a las investigaciones, cuando lo soliciten. Cuando el personal de las instituciones mencionadas, los peritos, traductores, intérpretes, que han intervenido en estas actuaciones, divulguen o pongan de cualquier modo en peligro el éxito de la investigación o las difundan, atentando contra el honor y al buen nombre de las personas en general, serán sancionados conforme con lo previsto en este Código".
[871] Art. 476.8 del COIP.

con la medida sin lo cual se dejaría desprotegido el derecho a la intimidad de las personas investigadas y procesadas penalmente[872].

La obligación del secreto opera de forma automática para todos cuando nos encontramos en investigación previa, pero en la etapa de instrucción únicamente recae para los prestadores de servicios de telecomunicaciones, así como para personas encargadas de interceptar, grabar y transcribir las comunicaciones o datos informáticos. Sin embargo, por mandato de la ley, la víctima, las personas a las cuales se investiga y sus abogados, podrán tener acceso al expediente. Como vemos la reserva no opera para estas personas, ellas pueden acceder a las investigaciones cuando así lo soliciten, por ende, podría poner en peligro la intervención o conocer información íntima del investigado. Por estas circunstancias somos de la idea de implementar, como sucede en España, la facultad al fiscal para que pueda solicitar, por un tiempo razonable, la declaratoria de secreto y seguir en cuaderno separado la aplicación y desarrollo de la interceptación, de esta forma se evitaría los antes mencionados efectos.

9. Forma de realizarse la intervención y fines de la medida

Conseguida por parte del fiscal la autorización judicial, señala la ley que este realizará la interceptación y registro de los datos informáticos, mediante el auxilio de los servicios de telecomunicaciones como: telefonía fija, satelital, móvil e inalámbrica, con sus servicios de llamadas de voz, mensajes SMS, mensajes MMS, transmisión de datos y voz sobre IP, correo electrónico, redes sociales, videoconferencias[873]. Esta disposición es necesaria porque el fiscal por sí solo no podría llevar a cabo la implantación de la intervención, por lo tanto, para su efectivización requiere de los prestadores de servicios. Para ello es necesario contar con la respectiva autorización judicial, pues caso contrario no podrá tener la colaboración de los gestores de dichos servicios, pues como se ha expresado en este trabajo, la intimidad y las

[872] Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia, núm. 77-16-IN/22…, *op. cit.*

[873] Art. 476. 4. del COIP que al tener señala: "Previa autorización de la o el juzgador, la o el fiscal, realizará la interceptación y registro de los datos informáticos en transmisión a través de los servicios de telecomunicaciones como: telefonía fija, satelital, móvil e inalámbrica, con sus servicios de llamadas de voz, mensajes SMS, mensajes MMS, transmisión de datos y voz sobre IP, correo electrónico, redes sociales, videoconferencias, multimedia, entre otros, cuando la o el fiscal lo considere indispensable para comprobar la existencia de una infracción o la responsabilidad de los partícipes".

comunicaciones son inviolables y solo pueden ser intervenidas si un juez lo autoriza, so pena de ser sancionado quien afecte dichos derechos de forma arbitraria o abusiva.

La finalidad de la intervención de las comunicaciones o datos informáticos, siguiendo lo dispuesto en la ley, la podemos agrupar en tres: a) para comprobar el cometimiento de una infracción, b) para confirmar una infracción ya cometida, y, c) para comprobar la responsabilidad de los partícipes de una infracción[874].

10. Ámbito de aplicación de las intervenciones de las comunicaciones o datos informáticos y la afectación a terceros según el COIP

Si revisamos el art. 426.4 del COIP, nos daremos cuenta de que el fiscal para aplicar una interceptación y registro de datos informáticos únicamente debe contar con una autorización judicial. Lo anterior significa que no es requisito necesario para realizar la intervención, especificar el artefacto o medio tecnológico del sujeto investigado. Si bien esta disposición es similar a la legislación española[875], la ecuatoriana, a diferencia de esta, no establece los casos ni condiciones en los que puede intervenirse las terminales o medios de comunicación del tercero ajeno a la investigación penal. La presente omisión normativa impide delimitar de manera clara el ámbito objetivo de este tipo de medidas, lo cual daría a entender que la opción de solicitar o no la intervención en el equipo del tercero dependerá principalmente de la discrecionalidad del fiscal solicitante. Tal como se encuentra la norma, la intervención de comunicaciones o datos informáticos pueden realizarse sin importar la titularidad del artefacto o medio tecnológico a ser afectado con la medida.

Desde esta perspectiva, al no ser relevante la propiedad del medio de comunicación para realizar la intervención, será válida la misma, aunque se afecte el derecho de un tercero no investigado. Esta situación se justifica por cuanto en todo proceso comunicativo es necesario la intervención de dos o más sujetos. Es por esto que dentro del desarrollo de la intervención se puede a llegar a obtener información de terceros no investigados. De darse este supuesto, la autorización judicial abarca dichas conversaciones. En este orden de ideas no es posible solicitar la exclusión probatoria por afectarse el derecho de un tercero ajeno a la investigación penal.

[874] Art. 476 í*dem*.
[875] Téngase en cuenta lo analizado en el capítulo II 3.3 de la presente tesis.

Además de lo antes descrito, podemos encontrar situaciones en las que el tercero es utilizado por el sospechoso como instrumento para enviar o recibir mensajes.

Ampliando el ámbito de aplicación de la intervención se consigue, tal como se hace en España, cubrir determinadas actuaciones fraudulentas del investigado tendientes a buscar la impunidad del delito. En todo caso, lo relevante será solicitar la autorización judicial de la interceptación contra el presunto infractor del ilícito penal para que todas las conversaciones o datos obtenidos con la medida sean consideradas como lícitas.

A nuestro juicio es viable solicitar la interceptación de aparatos o dispositivos de terceros no involucrados en la infracción cuando éstos son utilizados por el investigado, para ello consideramos pertinente que el juez, luego de una interpretación exhaustiva de los elementos fácticos aportados en la solicitud, llega a formarse una sospecha razonable sobre la intervención de un sujeto determinado que no es sospechoso del ilícito.

Por otra parte, la ley exige al juez determinar la comunicación que va a ser interceptada[876], pero no obliga a especificar sobre cuáles elementos de la comunicación recaerá la intervención. Es decir, en Ecuador no se diferencia los diversos contenidos que comprenden la comunicación y se la entiende como una sola. Entender de esta manera la norma, iría en contra de lo establecido por la jurisprudencia de la CIDH que dentro de la sentencia Escher y Otros vs. Brasil, al referirse a este tema, consideró protegida dentro del ámbito de la vida privada, no solo al contenido de las conversaciones que se puedan captar con la intervención, sino que, además, siguiendo la línea jurisprudencia del TEDH, incluye dentro de su protección a "cualquier otro elemento del proceso comunicativo mismo, por ejemplo, el destino de las llamadas que salen o el origen de las que ingresan, la identidad de los interlocutores, la frecuencia, hora y duración de las llamadas, aspectos que pueden ser constatados sin necesidad de registrar el contenido de la llamada mediante la grabación de las conversaciones". De esta jurisprudencia se colige que sujetos ajenos a los interlocutores no pueden acceder de forma ilícita al contenido de las conversaciones telefónicas ni a los otros aspectos que forman parte del proceso de comunicación[877].

[876] Art. 476.1 del COIP.
[877] Corte Interamericana De Derechos Humanos Caso Escher y Otros vs. Brasil…, *op. cit.*

Siguiendo la presente línea jurisprudencial, lo recomendable sería que los jueces, al momento de autorizar una interceptación de comunicaciones, sean precisos en su resolución y detallen los aspectos de la comunicación que comprenden la autorización de la medida. Solo así se puede garantizar que la medida no sea aplicada de forma desproporcionada.

11. La prohibición de la intervención de las comunicaciones por razones del secreto profesional o religioso

Como vimos, la ley procesal ecuatoriana permite la intervención de dispositivos o artefactos electrónicos de cualquier sujeto. Más, sin embargo, esta regla encuentra su excepción en aquellas interceptaciones que involucran comunicaciones entre el investigado con profesionales y religiosos[878] a los cuales este les reveló en razón de sus cargos algún secreto.

La ley en este aspecto es muy amplia, pues incluye a todos los profesionales, sean estos abogados, médicos, psicólogos, periodista e incluso a los religiosos, pero como nuestro trabajo lleva una línea de investigación procesal penal, vamos a detenernos en el estudio del secreto profesional relacionado con los profesionales del derecho.

Para entender mejor este concepto vamos a revisar en primer lugar qué se entiende por secreto y luego veremos el término profesión. Dentro de las varias acepciones de secreto que nos trae la Real Academia Española, destacamos dos en particular. La primera, que se refiere al secreto como "cosa que cuidadosamente se tiene reservada y oculta". La Segunda acepción la define como el "conocimiento que exclusivamente alguien posee de la virtud o propiedades de una cosa o de un procedimiento útil en medicina o en otra ciencia, arte u oficio[879]". Por su parte, profesión es toda actividad realizada por un individuo que se encuentra autorizado por el Estado en razón de haber obtenido un título habilitante[880]. Entonces, si esto lo trasladamos al ámbito profesional, podemos señalar que el secreto profesional es aquella noticia secreta que de forma exclusiva conoce una persona en razón de su actividad profesional, cuya revelación podría

[878] Está prohibida la interceptación de cualquier comunicación protegida por el derecho a preservar el secreto profesional y religioso. Las actuaciones procesales que violenten esta garantía carecen de eficacia probatoria, sin perjuicio de las respectivas sanciones. Art. 476. 5 del COIP.
[879] Real Academia de la Lengua, diccionario online, disponible en: https://www.rae.es/drae2001/secreto, (última visita 23-04-2021).
[880] CREUS C.: *Derecho Penal. Parte Especial*, Tomo I, Buenos Aires, Astrea, 1998, p. 367.

ocasionar un daño[881] a quien se los confió, quedando por ello obligado a guardar en reserva de otros todo lo que sepa y recibe de su cliente como consecuencia dicha relación.

Entrando al análisis del secreto profesional del abogado, su reconocimiento como tal es muy importante para el ejercicio de la defensa. Gracias a la inviolabilidad de esta comunicación, el sujeto involucrado en una causa penal puede estar seguro de que lo contado a su abogado defensor, no podrá ser revelado y, por ende, utilizado en su contra. Por otra parte, le permite al abogado defensor conocer con claridad todos los detalles del suceso imputado a su defendido, lo cual facilite al letrado brindar una adecuada defensa técnica.

Desde este prisma, el secreto profesional se convierte en un derecho y en una obligación para el abogado. Es un derecho porque el abogado no puede ser obligado a declarar en contra de su cliente dentro de la causa que patrocina. A su vez es una obligación[882], pues así se lo impone la ley y en caso de fallar a esta, será sancionado de acuerdo a lo que dispone la norma para estos casos[883].

El secreto profesional del abogado tiene mayor relevancia en comparación de las otras profesiones, en la medida que es el sujeto encargado de representar a todo sujeto inmerso en un proceso. Desde esta perspectiva, el secreto profesional se convierte en una real garantía del derecho a la defensa. Por lo que su levantamiento no admite discusión y debe ser preservado en beneficio de una mayor eficacia defensiva. Pero si a pesar de esta prohibición, se hace difícil evitar la intromisión como consecuencia de una intervención casual de la comunicación entre el investigado y su abogado[884], todo lo recabado a partir de ahí carecerán de eficacia probatoria[885].

Ahora bien, el secreto profesional del abogado es esencial en la defensa, pero como dijimos, para que el secreto profesional impida la revelación del secreto, es necesario que este se obtenga como consecuencia de la actividad profesional. Esto es importante tener presente, pues si el secreto no se da con ocasión del ejercicio profesional del abogado, no goza de este

[881] *Ibidem*, pp. 365-366.
[882] Esta obligación la encontramos el Código Orgánico de la Función Judicial que en su artículo 335.1, establece el deber que tiene el profesional del derecho en no revelar el secreto profesional, so pena de sanción, destacando el carácter de deber del que goza el secreto profesional en el abogado.
[883] Artículo 179 del COIP sobre la revelación de secreto establece que "la persona que teniendo conocimiento por razón de su estado u oficio, empleo, profesión o arte, de un secreto cuya divulgación pueda causar daño a otra persona y lo revele, será sancionada con pena privativa de libertad de seis meses a un año".
[884] SANTALÓ JUNQUERA, J.: *Las intervenciones de las comunicaciones entre el preso…, op. cit.*, p. 104.
[885] Art. 476.5 del COIP.

derecho. En consecuencia, si se intercepta la comunicación entre abogado y patrocinado, cuyo asunto no es referente a la defensa, la intervención será válida, pues quedaría cubierta por la autorización de la medida dirigida en contra del investigado.

Siguiendo la jurisprudencia española encontramos que el secreto profesional del abogado se sustenta en el derecho fundamental a la intimidad y a la defensa. En efecto, el abogado por su profesión, en ocasiones, puede llegar a enterarse de asuntos íntimos de su patrocinado. Desde esta visión no cabe la menor duda que el secreto profesional se encuentra ligado con el derecho fundamental a la intimidad consagrado en el artículo 18 CE[886]. A su vez, con el derecho de defensa se relaciona, puesto que el abogado, para un buen patrocinio, así como para armar una buena defensa, necesita conocer todos los pormenores de los hechos acontecidos.

Por tal razón, la comunicación entre el abogado y su defendido o cliente debe gozar de máxima protección, tanto por el secreto[887] que debe guardar el profesional del derecho, como por parte del Estado que debe abstenerse de conocer la misma. De no existir esta garantía, el derecho a la defensa se vería disminuido por la falta de confianza del patrocinado hacia su abogado por el temor que este pueda revelar cuestiones personales que podrían perjudicarlo. Por otra parte, intervenciones estatales indiscriminadas, afectan el derecho a la defensa, por cuanto el Estado podría enterarse de la estrategia de defensa y tomar ventaja de este conocimiento para utilizarla en contra del investigado.

---

[886] En este artículo se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

[887] La Constitución española en razón del secreto profesional, exime de la obligación de declarar sobre hechos presumiblemente delictivos. Art. 24 CE. Este criterio ha sido adoptado por Tribunal Supremo español que en una de sus sentencias expresó que : "el deber de secreto profesional, puesto que, fundado el mismo en la necesidad de salvaguardar la confianza del cliente en el abogado como única forma de hacer posible que éste disponga de la información necesaria para llevar a cabo su defensa con la eficacia que la Constitución en el ámbito del proceso considera nota característica del derecho a la tutela judicial, se pondría en grave riesgo esta finalidad si el deber de secreto pudiera entenderse restringido a las informaciones obtenidas por el abogado en actuaciones de carácter formal, encargadas con expresa indicación de su carácter profesional o específicamente retribuidas y no comprendiera aquellas que, al margen del proceso o de un encargo formal de actuación profesional, considere adecuado llevar a cabo por razones de confianza". STS, de 17 de febrero de 1998. De forma similar el Tribunal Constitucional ha expresado: "El secreto profesional, en cuanto justifica, por razón de una actividad, la sustracción al conocimiento ajeno de datos o informaciones obtenidas que conciernen a la vida privada de las personas está estrechamente relacionado con el derecho a la intimidad que el art. 18.1 de la Constitución garantiza, en su doble dimensión personal y familiar, como objeto de un derecho fundamental. En tales casos, la observancia del secreto profesional puede ser garantía para la privacidad, y el respeto a la intimidad, una justificación reforzada para la oponibilidad del secreto, de modo que se proteja con éste no sólo un ámbito de reserva y sigilo en el ejercicio de una actividad profesional que, por su propia naturaleza o proyección social se estime merecedora de tutela, sino que se preserve, también, frente a intromisiones ajenas, la esfera de la personalidad que el art. 18.1 de la Constitución garantiza". ATC 600/1989, 11 de diciembre de 1989.

En vista de lo antes manifestado, el secreto profesional, al estar vinculado con el derecho fundamental a la intimidad y a la defensa, la interceptación de las comunicaciones o datos informáticos entre el abogado defensor y su cliente, para que sean válidas dentro del proceso penal, deben realizarse de manera excepcional, esto es, únicamente cuando el profesional, en nuestro caso, el abogado defensor, es parte activa de la comisión del delito o es utilizado como instrumento para evitar el investigado ser sancionado. En estos supuestos, consideramos admisible la intervención de las comunicaciones o datos informáticos entre el letrado y su patrocinado[888].

12. Introducción al proceso de las comunicaciones o datos informáticos obtenidos con la medida

Conforme a la norma vigente, la manera de introducir las comunicaciones o datos informáticos es mediante la trascripción de las conversaciones, pero no de todas, sino únicamente de aquellas que se consideren útiles o relevantes para los fines de la investigación[889]. Respecto a esta disposición vale resaltar dos aspectos importantes. El primero de ellos es que se protege el derecho a la intimidad o privacidad del sujeto afectado con la medida, al trascribirse e incorporarse al expediente, únicamente lo importante para la causa. Pero por otra, se puede llegar a lesionar el derecho a la defensa, por cuanto la ley solo permite a la persona procesada la posibilidad de solicitar la audición de todas las grabaciones. En otras palabras, si la causa se encuentra en la fase de indagación, el encausado, no podrá pedir las copias integras de las grabaciones por no encontrarse aún en calidad de procesado. Calidad que la adquiere recién una vez el fiscal resuelva formular cargos en contra del sujeto investigado[890].

A nuestro modesto entender, mientras el investigado no entre en la categoría de procesado, solo podrá tener acceso a la trascripción de las conversaciones consideradas relevantes para la investigación, más no a las grabaciones completas obtenidas durante la

[888] Para mejor este vacío normativo sería importante tomar como modelo lo señalado por la LECrim española, misma que, por una parte, considera a las comunicaciones entre investigado o encausado y su abogado como confidenciales, pero a la vez, permite su intervención cuando se verifique la existencia de indicios objetivos de la participación del abogado en el ilícito penal investigado o encausado o de su implicación junto con el investigado en la comisión de otra o infracción penal. Art. 118. 4 LECrim.

[889] Art. 476. 6. del COIP.

[890] Sobre este aspecto la norma procesal señala que "Se considera persona procesada a la persona natural o jurídica, contra la cual, la o el fiscal formule cargos…" Art. 440 del COIP.

implementación de la medida. Impedir el acceso completo de las grabaciones, cuando lo estime necesario el investigado, es contrario al derecho de defensa.

El derecho a la defensa conforme a la Carta Magna rige en todas las fases y grados del procedimiento penal[891]. Por su parte, el COIP es claro en señalar que cuando la o el fiscal decide formular cargos, debe posibilitar al investigado preparar la defensa. Conforme colegimos de la presente normativa, la defensa constituye un derecho de naturaleza Constitucional insoslayable que no depende del estado en la que se encuentre el procedimiento o calidad del sujeto sometido a la causa judicial.

Desde esta perspectiva, el art. 476. 6 del COIP, constituye un grosero atentado al derecho constitucional de la defensa del investigado, por cuanto al no tener la facilidad de acceder a la integridad de las grabaciones realizadas durante la intervención, mientras no se formule cargos en su contra, disminuye el ejercicio pleno de su defensa.

El fiscal por ser quien dirige la investigación penal es la persona que puede decidir qué parte de las grabaciones por ser relevante para la causa debe ser trascrita. Lo normal será que el ente investigador busque agregar al expediente lo más favorable para la sustentación de su tesis. Por lo tanto, si el fiscal no actúa con objetividad, es posible que elementos favorables para la defensa no se trascriban, y, por ende, al no tener acceso el investigado al resto de las grabaciones, hasta que no adquiera la calidad de procesado, no podrá acceder a la integridad de las grabaciones.

Por este motivo, a nuestro juicio, ha sido un error por parte del legislador utilizar el término "procesado" lo correcto hubiese sido emplear las palabras "investigado o procesado", de esta forma se cubría tanto la fase indagatoria y la etapa procesal que se inicia con la formulación de cargos.

Dejar en manos de la o el fiscal el procedimiento de la trascripción puede prestarse para el cometimiento de ciertas irregulares, como podría ser trascribir determinados datos aislados que se encuentran fuera del contexto, pero que, al unirlos a los otros, pueden dar lugar a tenerlos

[891] Constitución ecuatoriana art. 76. 7 literal a.

como elementos incriminatorios cuando en realidad son datos pertenecientes de otra comunicación ajena a la investigación.

Para mayor compresión de lo anterior, pongamos como ejemplo que el fiscal incauta un teléfono de un peligroso criminal, y, una vez tenida la autorización judicial procede a su explotación del artefacto, si el fiscal quisiera que no se le escape este hampón, podría trascribir una parte de la conversación en donde se decía sobre un cargamento de libros, lo cual era un mensaje encriptado, pero el fiscal con la finalidad de encontrar elementos de convicción en contra de este, saca de otra conversación, de fecha diferente únicamente la palabra hierbas, pero que en realidad, se me ocurre, el contexto de esta se refería, a preparar un alimento con este condimento, trascripción que uniéndola a la anterior daría lugar a la frase cargamento de hierbas, con lo cual ya se podría formular cargo. Esto lo podemos aseverar por cuanto en la práctica, el fiscal, debido a la carga procesal, no suele acudir a la diligencia, lo normal es mediante oficio designar un perito para la realización de la trascripción y luego de terminada remita todo lo actuado al despacho fiscal.

Debidos a estas posibles irregularidades estamos a favor que la diligencia de elección de los elementos relevantes para la investigación debe ser supervisada por el juez competente quien velará para que no solo se trascriban elementos favorables para la causa penal, sino también, todo lo que podría ser favorable para la defensa del encausado. Por otra parte, podría existir riesgos de darse incorporaciones indiscriminadas de información a los expedientes e incluso sesgada a los intereses de dicha institución y de la Policía Nacional.

Debemos enfatizar que el hecho de presumir la participación de un sujeto en algún ilícito penal, no justifica dejar al descubierto la vida privada del investigado y de las personas con quien se comunica[892]. Ante estas circunstancias, la norma procesal exige una reforma urgente que incorpore la obligación de controlar por parte del juez penal la selección del texto elegido por el fiscal, solo de esta manera se puede garantizar el derecho del investigado que en muchas de las ocasiones no se entera de dicha diligencia.

Para finalizar, cuando se trata del reconocimiento de las grabaciones, sean de audio, videos, datos informáticos, fotografías, discos u otros medios análogos o digitales, obtenidas durante el desarrolla de la intervención, el fiscal deberá solicitar la respectiva autorización

[892] SANTALÓ JUNQUERA, J.: *Las intervenciones de las comunicaciones entre el preso…, op. cit.,* pp. 143-144.

judicial. Para cuyo efecto se requerirá la participación de dos peritos que juren guardar reserva. En lo que se refiere a los audios, la ley da la posibilidad al fiscal para que pueda disponer la identificación de las voces grabadas mediante personas que afirmen reconocerlas, sin perjuicio de ordenar el reconocimiento por medios técnicos[893].

En cuanto la forma de llevar a cabo esta actividad, la ley exige su realización mediante audiencia privada. En ella la o el fiscal deberá exhibir la película o en su defecto escuchar el disco o la grabación y examinar el contenido de los registros informáticos. Las partes pueden asistir a la diligencia bajo juramento de guardar secreto[894].

13. Conservación y almacenamiento de la información conseguida con la intervención

Siguiendo lo estipulado en la ley, el medio de almacenamiento de la información debe ser conservado por el fiscal en un centro de acopio especializado para el efecto, hasta que sea presentado en juicio[895]. A nuestro pensar, dejar esta actividad al fiscal no es conciliable con una adecuada protección de los derechos constitucionales, por cuanto, al estar la información en un centro de acopio, el derecho a la intimidad de los afectados con la medida se va a encontrar expuesto por muchos sujetos que podrían tener acceso al conocimiento de su información privada, además no se sabe que fines se les pueda dar por parte de los custodios de la información.

Por último, al estar el medio de almacenamiento en poder del fiscal hasta la etapa de juicio en donde será presentado, impide al juez de garantías tener acceso a la información completa obtenida con la medida. Por lo tanto, no puede controlar el contenido, situación que impide cumplir con una adecuada protección de la intimidad e inviolabilidad de las comunicaciones del o los afectados.

Para nosotros lo correcto sería, por una parte, mantener el medio de almacenamiento de la información bajo custodia del juez autorizador de la intervención. De esta forma existiría un mejor control respecto a lo almacenado, evitándose con ello la incorporación al proceso de

[893] Art. 477 del COIP.
[894] *Ídem.*
[895] Art. 476. 8. del COIP

determinadas informaciones pertenecientes a terceros no investigados o datos referentes de la vida privada y personal del procesado ajenos e irrelevantes para la causa. Por otra, sería muy importante contar con un establecimiento adecuado para el almacenamiento de la información obtenida durante la intervención, a efectos de mantener un control adecuado e impedir que personas no autorizadas pueden tener acceso de la misma.

14. Prohibición de interceptación de comunicaciones o datos informáticos en razón de la edad o condición especial

La normativa vigente no solo prohíbe la interceptación de comunicaciones por razones de secreto profesional, sino, además, incluye la de otros sujetos. En efecto, revisando el art. 476. 9 del COIP notamos que esta norma de forma expresa prohíbe "la interceptación, grabación y transcripción de comunicaciones que vulneren los derechos de los niños, niñas y adolescentes, especialmente en aquellos casos que generen la revictimización en infracciones de violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar, sexual, física, sicológica y otros".

El artículo en análisis de forma general proscribe las interceptaciones, grabaciones y trascripciones de comunicaciones afecten los derechos de los niños, niñas y adolescentes, poniendo énfasis en aquellos casos donde se produzcan revictimización por cuestiones de violencia de género, sexual, física, psicológicas, etc. Entendemos que esta norma busca, por una parte, reafirmar la vigencia del interés superior del niño, el cual está dirigido a la satisfacción del ejercicio efectivo del conjunto de los derechos de los niños, niñas y adolescentes[896]. Y, por otra, garantizar el principio constitucional de la no revictimización de las víctimas de infracciones penales[897], especialmente cuando se tratan niños, niñas, adolescentes.

Consideramos justificable el presente artículo si busca garantizar los principios de interés superior del niño y la no revictimización. Conforme a la Constitución ecuatoriana, "todas

[896] El art. 11 del Código de la Niñez y Adolescencia sobre el interés superior del niño lo califica como un principio orientado a satisfacer el ejercicio efectivo del conjunto de los derechos de los niños, niñas y adolescentes; e imponer a todas las autoridades administrativas y judiciales y a las instituciones públicas y privadas, el deber de ajustar sus decisiones y acciones para su cumplimiento.

[897] "Las víctimas de infracciones penales gozarán de protección especial, se les garantizará su no revictimización, particularmente en la obtención y valoración de las pruebas, y se las protegerá de cualquier amenaza u otras formas de intimidación…" Art. 78 de la Constitución Ecuatoriana.

las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades[898]". Por lo tanto, es irrefutable que los niños, niñas y adolescente tienen derecho a la inviolabilidad de la correspondencia en todas sus formas. Sin embargo, no estamos de acuerdo que esta prohibición no admita excepciones. Sabemos que los derechos constitucionales o fundamentales no son absolutos, bajo esta premisa cualquier derecho podría ser limitado.

Si revisamos la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (en adelante CIDN), podremos darnos cuenta de que en el artículo 16 1 de dicho instrumento, se señala que "Ningún niño 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 a su reputación". A contrario *sensu* entendemos que, si la intervención es autorizada por la autoridad judicial competente por la materia, la injerencia sería legítima.

En vista de los argumentos antes expuestos sostenemos que la prohibición establecida en la ley respecto de la interceptación, grabación y transcripción de comunicaciones que vulneren los derechos de los niños, niñas y adolescentes, no es de carácter absoluto, sino que debe aplicarse cuando el interés de dichos sujetos se vea en contraposición de otros derechos o cuando como consecuencia de la interceptación, grabación y transcripción de comunicaciones pueda ser revictimizado. En estos supuestos, la autoridad competente deberá tomar las acciones respectivas a fin de evitar la vulneración de dichos derechos.

En todo caso, conforme a nuestras argumentaciones, consideramos posible la interceptación de comunicaciones de los menores, cuando estos participan en alguna infracción considerada grave y, el fiscal, por considerarlo relevante para los fines de la investigación, solicita al juez de adolescentes infractores la respectiva autorización de la intervención. En otras palabras, se puede interceptar las comunicaciones del menor, cuando es victimario, más no cuando es la víctima del delito y, puede ser revictimizada.

[898] Artículo 11.2 Constitución Ecuatoriana.

V. LA GRABACIÓN DE IMAGEN Y SONIDO

1. Regulación legal

Como sabemos, la inviolabilidad de la comunicación impide que sujetos extraños al proceso comunicativo puedan grabar o registrar las comunicaciones personales de otros. En tal sentido el art. 471 del COIP prohíbe a las personas grabar o registrar por cualquier medio las comunicaciones personales de terceros sin que ellos hayan conocido y autorizado dicha grabación o registro, excepto cuando la ley de manera expresa lo permita. La regla será la prohibición de interferir en la comunicación de otros, sin embargo, la captación de imagen o sonido será legal cuando se realiza con orden judicial o si la propia ley lo autoriza.

En este sentido podemos observar que el art. 471 del COIP de forma expresa señala: "No requieren autorización judicial las grabaciones de audio, imágenes de video o fotografía relacionadas con un hecho constitutivo de infracción, registradas de modo espontáneo al momento mismo de su ejecución, por los medios de comunicación social, por cámaras de vigilancia o seguridad, por cualquier medio tecnológico, por particulares en lugares públicos y de libre circulación o en los casos en que se divulguen grabaciones de audio o video obtenidas por uno de los intervinientes…"

1.1 Presupuestos subjetivos

De acuerdo a la norma que acabamos de mencionar la acción de captar o grabar imagen o sonido puede ser realizada por los medios y personas que pueden realizar las grabaciones sin necesidad de autorización judicial son: los medios de comunicación social, cámaras de vigilancia o seguridad, cualquier otro medio tecnológico y por particulares.

1.1.1. Los medios de comunicación social

La Ley Orgánica de Comunicación entiende como medios de comunicación "a las empresas, organizaciones públicas, privadas y comunitarias, así como a las personas concesionarias de frecuencias de radio y televisión, que prestan el servicio público de comunicación masiva, que usan como herramienta medios impresos o servicios de radio, televisión y audio y vídeo por suscripción, cuyos contenidos pueden ser generados o replicados

por el medio de comunicación a través de internet"[899]. Por lo tanto, toda persona que de conformidad a la presente ley se dedique a la prensa escrita, radiodifusión o televisiva, será calificada como medio de comunicación.

Los medios de comunicación tienen como función informar a la ciudadanía, por tal virtud, si ellos se encuentran realizando alguna cobertura informativa en la vía pública y, en dicho instante se comete alguna infracción, su propia labor los obliga a cubrir tal hecho con la finalidad de dar a conocer a la población en general la noticia en curso. Debido a su laborar periodística, un medio de comunicación puede captar o grabar imágenes y sonidos en lugares públicos para informar sobre diversos tópicos sin que para ellos requiera autorización judicial. Por lo tanto, de suscitarse una infracción en el momento que se encuentra dando una información, el medio de comunicación tiene la facultad para grabar el ilícito, pues estaría actuando dentro de sus legítimas laborales periodísticas, de ahí que no comete ninguno un atentado contra el derecho a la intimidad o imagen del infractor, pues únicamente estaría cumpliendo con su misión informativa[900].

1.1.2. Las grabaciones realizadas por cámaras de vigilancia públicas

El sistema de cámaras de vigilancia, establecidas como medios para la seguridad ciudadana, tuvo sus inicios mediante la promulgación del Decreto Ejecutivo núm. 988 de fecha 29 de diciembre del 2011, durante la presidencia del Ec. Rafael Correa. De esta forma se crea el Servicio Integrado de Seguridad ECU-911, herramienta tecnológica encargada de agrupar los servicios que prestan los Cuerpos de Bomberos, las Fuerzas Armadas, la Policía Nacional e instituciones que conforman el Sistema Nacional de Salud. Como podemos notar, siendo una de las finalidades de este sistema brindar seguridad a la ciudadanía, su función es monitorear las 24 horas todos los sitios públicos, a efectos de detectar cualquier situación anómala y conforme

[899] Art. 5 de la Ley Orgánica de Comunicación, Registro Oficial Suplemento núm. 22, de 25, junio de 2013.

[900] La doctrina española desde muchos años atrás se ha decantado por la admisión de este tipo de prueba como se advierte en una de sus sentencias que al tenor expresa: "No afecta a lo expuesto que la filmación haya sido efectuada por un particular, bien con carácter privado, o en el desarrollo de tareas informativas, con tal que quede garantizada su integridad y autenticidad, y que sea ocasional, entendiendo por ella, la que no estando preordenada a la prevención o investigación de hechos delictivos, pueden evidenciarlos de forma causal. Y ello, porque el principio de necesidad informador del sistema procesal penal y la aspiración del proceso penal de hacer constar la verdad material no deben ser obstaculizados por el origen circunstancial de la grabación". Tribunal Supremo, Sala Segunda de lo Penal**,** STS, 17 de Julio de 1998.

a la emergencia presentada, coordinar con las autoridades respectivas. Desde esta perspectiva, el Sistema ECU.911 se constituye en una importante prueba para la sanción y castigo de las infracciones en general.

1.1.3. Las grabaciones realizadas por cámaras de seguridad privadas

Por su parte, las cámaras de seguridad de establecimiento abiertos al público o como forma de vigilancia de las casas o edificios de personas particulares, se han convertido en un importante medio para la disuasión y descubrimiento de las infracciones. Cámaras que en la actualidad las podemos encontrar casi en todas partes como son: restaurantes, tiendas, bancos, discotecas, etc. Podríamos decir que estos artilugios implementados por particulares vienen a ser un complemento muy importante dentro del Servicio Integrado de Seguridad, pues cubren espacios a los que, ya sea por cuestión de presupuestos o por otros factores, no pueden llegar las cámaras instaladas por el Estado.

Estas cámaras son implementadas como instrumento de seguridad y prevención de infracciones, por lo que su instalación se las hace en lugares visibles y previsibles por los usuarios que frecuentan dichos sitios, por tal motivo, su uso no afecta los derechos fundamentales. En razón de no ser reprochable este procedimiento, el legislador ha considerado pertinente legalizar, sin necesidad de autorización judicial previa, la grabación de imagen y/o sonido de cámaras privadas instaladas en establecimientos abiertos al público o edificaciones como elemento probatorio de infracciones cometidas en su interior o alrededores.

1.1.4. Las grabaciones realizadas por cualquier medio tecnológico

En relación con la utilización de la frase “por cualquier medio tecnológico”, su expresión es muy amplia, pero a nuestro criterio es necesaria, pues de esta forma se evita que la norma quede obsoleta en poco tiempo. La velocidad en la que se desarrolla la tecnología convierte en cualquier artefacto en pocos meses en una tecnología antigua, esto se debo porque constantemente aparecen nuevas tecnologías más sofisticadas, de ahí la importancia de dejar abierta la puerta para permitir la utilización de la captación de imagen o sonido a cualquier otro artilugio tecnológico que pueda crearse o desarrollarse en el futuro.

1.1.5. Las grabaciones realizadas por particulares

En la actualidad los dispositivos electrónicos gracias a su producción en masa es un producto accesible a la gran mayoría de personas. Estos artefactos permiten no solo comunicarnos, sino también realizar filmaciones, grabar sonido o tomar fotografías, en cualquier lugar donde nos encontremos. Por lo tanto, pueden servirnos como instrumentos para dejar evidenciado algún acontecimiento que nos interese, claro está, sin afectar los derechos a la intimidad o imagen de otro sujeto.

Vistas, así las cosas, la norma permite la grabación de particulares de las infracciones acontecidas en lugares públicos, sin necesidad de autorización judicial, dado que, si un sujeto actúa de forma contraria a ley, sin importar que se encuentra en un sitio público, siendo observado por otras personas, es porque al infractor no le interesa mantener la reserva de sus actos, sabiendo de antemano que el espectador puede almacenar en su memoria o dispositivo lo ejecutado en su presencia. Por lo que pierde su expectativa razonable a la intimidad, en razón de aquello, si es grabado, la captación será considerada como una prueba válida.

Por último, encontramos en la parte final del art. 471 del COIP que en los casos de divulgación de grabaciones de audio o video obtenidas por uno de los intervinientes no se requiere autorización judicial para su captación. Esta disposición legaliza las captaciones subrepticias realizadas por quien interviene en la comunicación, sin importar el sitio donde ocurran.

En la legislación española esta excepción no se encuentra regulada en la ley, ha sido la jurisprudencia de los altos organismos de justicia constitucional y ordinaria quienes tomando como base la jurisprudencia relacionada con las comunicaciones telefónicas, en donde de forma reiterada se ha expresado que la grabación por un particular de sus propias conversaciones telefónicas no constituye una vulneración del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, la han extendido a los supuestos de grabaciones presenciales realizadas por uno de los interlocutores [901].

[901] BELLIDO PENADES, R.: *La captación de comunicaciones orales directas y de imágenes… op. cit.,* pp. 76-82.

1.2. Presupuestos objetivos para la procedencia de las grabaciones realizadas por los medios de comunicación, cámaras de seguridad, vigilancia y particulares

Siguiendo con el análisis del art. 471 del COIP encontramos que para la validez de estas captaciones o grabaciones se deben cumplir con varios requisitos a saber:

1.2.1. La captación de imagen o sonido debe ser relacionada a un hecho ilícito

Este requisito deja en claro que el hecho de encontrarse una persona en espacio o vía pública no significa que puede ser grabado por cualquier otro individuo sin su consentimiento, pues en este caso afectaría su derecho fundamental a la intimidad o a la protección de datos. Cosa distinta es si un individuo, a sabiendas de que está siendo observado por otros, cometa un delito en el espacio público, en este caso si es grabada, filmada o captada su imagen, la ley considera legal este accionar. Por lo tanto, toda la evidencia digital almacenada en el dispositivo tendrá eficacia jurídica dentro de la causa penal. En consecuencia, las captaciones, grabación de imagen o sonido, no podrán realizarse con otros fines que no sean acciones ilícitas ejecutadas en el espacio público.

1.2.2. La captación o grabación de imagen o sonido debe darse de forma espontánea

Para la validez procesal de esta fuente o medio de prueba, la ley establece como primer requisito la ocasionalidad o espontaneidad de la captación o grabación de imagen o sonido al momento de la ejecución de la infracción[902]. Al señalar la norma "espontaneidad" nos da la idea que esta captación no debe ser intencional o buscada, sino que debe ser algo eventual.

Esta especificación evita que medios de prensa o cualquier particular pretenda dedicarse por cuenta propia a la prevención o investigación del delito. Facultad que está reservada de forma exclusiva a la Fiscalía y a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. De suceder la situación mencionada, esto es, perseguir constantemente a una persona o provocar la infracción con finalidad de filmarlo o grabarlo, aunque la captación de imagen o sonido se dé en un lugar

[902] Art. 471 del COIP: "No requieren autorización judicial las grabaciones de audio, imágenes de video o fotografía relacionadas a un hecho constitutivo de infracción, registradas de modo espontáneo al momento mismo de su ejecución…"

público, esta sería considerada una prueba ilícita por afectar un derecho fundamental sin autorización judicial.

1.2.3. La captación de imagen o sonido debe ser realizado en lugares públicos o de libre circulación

La permisibilidad de captación o grabación de imagen o sonido en un espacio público tiene su fundamento en el hecho que el derecho a la intimidad busca proteger a su titular de injerencias de terceros en dicha esfera. Visto desde este punto lo privado se opone a lo público. En tal sentido, si una persona realiza determinada actividad en un espacio de libre circulación, donde él sabe que hay otras personas observándole, pierde su expectativa razonable a la privacidad, por tal razón no puede pretender exigirla, pues su acción de muestra lo contrario.

Por lógica, si el titular del derecho se expone de esa manera, el Estado, no le puede garantizar el derecho a intimidad, de tal suerte que quien comete un ilícito en un lugar público, es porque no lo interesa ocultar su accionar de la vista de los demás. En resumen, si alguien capta o graba imagen o sonido de un incidente delictual realizado en la vía o espacio público, no necesita autorización judicial en su realización. En tal circunstancia, el origen de esta evidencia no puede ser impugnada de ninguna manera como ilícita por afectación de algún derecho fundamental en general y en especial del derecho a la intimidad[903].

Es importante aclarar que no todo lo circunscrito al espacio público puede ser captado o grabado, pues dentro de ellos pueden encontrarse sitios en donde se desarrollan actividades que constituyen claras expresiones de la intimidad de las personas, por lo que, de ejecutarse tal actuación, constituirían un grave atentado al derecho fundamental del que lo padece. En efecto, no todo sitio ubicado dentro del área pública puede ser captado o grabado, existen ciertos espacios como los baños o vestidores que no pueden ser penetrados por terceros, debido a que en ellos normalmente se desarrollan aspectos inherentes a la intimidad de las personas. De

[903] Sobre este aspecto resulta enriquecedor hacer mención de la jurisprudencia del Tribunal Supremo español quien, a tratar sobre las grabaciones periodísticas de un suceso acaecido en la vía pública, expreso que esta acción no puede ser objeto de control judicial en su ejecución, pues se produce, en todo caso, extraprocesalmente. Considera este organismo que al ser grabaciones realizadas en un ámbito público, no puede ser tachado de medio de prueba afectado por vicios derivados de vulneración a derecho fundamental alguno. Tribunal Supremo, STS 4/2005, 19 de enero de 2005.

invadirse este ámbito todo lo obtenido sería considerado una prueba ilícita por no contarse con el plácet judicial[904].

1.2.4. Se debe preservar la integralidad del registro de datos

Cuando la ley menciona el deber de preservar la integridad del registro, es porque quiere que los datos grabados sea los mismos obtenidos en sus inicios, es decir, que se conserven sin alteración alguna. De esta forma, entregado el material al fiscal, será este quien seleccione de la misma aquellas imágenes o grabación consideradas como relevante para la causa, precautelando con esto no solo el derecho a la intimidad, sino, además, el ejercicio de derecho a la defensa del encausado penalmente, pues tiene la posibilidad de analizar en su integridad lo captado en su contra.

1.2.5. Las grabaciones deben ser puestas inmediatamente a órdenes de Fiscalía en soporte original

El material captado es necesario entregarlo a la brevedad posible y en original, porque con esto se consigue garantizar la autenticidad y originalidad de lo grabado. Sabemos que esta clase de prueba es fácilmente alterable, en razón de aquello, mientras más tiempo las grabaciones permanezcan en poder de quien las realizó, se corre el peligro de que este pueda manipularlas. Consideramos que hubiese sido más apropiado establecer un plazo perentorio para el cumplimiento de este requisito y no dejar a criterio del tenedor de la evidencia el momento de la entrega del soporte.

[904] En relación a este tópico la jurisprudencia española es reiterativa en señalar que cuando la grabación videográfica afecta sólo a "espacios abiertos y de uso público" no necesita de autorización judicial, situación que es variante cuando se procede de forma clandestina o subrepticiamente a captar imágenes de personas sospechosas en los lugares que deben calificarse de privados por desarrollar en ellos tales sospechosos su vida íntima. En este caso para la validez del material obtenido con la grabación se deberá contar con la previa autorización judicial. De forma resumida se puede grabar sin autorización judicial las acciones delictuales ejecutadas en los lugares públicos, excepto en aquellos espacios en los que se desarrolle la intimidad de las personas. Tribunal Supremo, STS 1220/2011, 11 de noviembre de 2011.

2. Incorporación al proceso y finalidad probatoria

El art. 471 del COIP señala que una vez puestas las grabaciones a órdenes de la o el fiscal, estas servirán para incorporarlas a la investigación e introducirlas al proceso y de ser necesario, dispondrá la transcripción de la parte pertinente o su reproducción en la audiencia de juicio.

La presente disposición, a nuestro entender, comete ciertos errores que procederemos a señalar. En primer lugar, las grabaciones previo a ser incorporadas a la investigación debería ser analizadas por el fiscal de la causa a efectos de identificar si lo grabado es o no una infracción de acción penal pública, pues caso contrario no podría tramitarla. Además, la grabación no solo debería incorporarse a la investigación, sino que perfectamente podría utilizarse para dar inicio a una nueva investigación por el ilícito captado.

Por otra parte, no es apropiado señalar que las grabaciones servirán para incorporarlas a la investigación e introducirlas al proceso. Recordemos que el proceso penal ecuatoriano se encuentra conformado por una fase[905] y tres etapas[906], por tal motivo técnicamente no cabe hablar de introducirlas al proceso, porque puede ser que cuando se reciba las grabaciones el procedimiento se encuentre en la fase inicial que es la investigación previa. En razón de estas consideraciones, lo mejor hubiese sido señalar que el soporte digital deberá ser incorporado al expediente o cuaderno fiscal para servir como fuente o medio de prueba, según el estado en el que se encuentre la causa penal.

Para finalizar, dado las implicaciones que podría tener para los derechos fundamentales de las personas, no es aconsejable dejar a libre elección del fiscal la facultad de trascribir el material digital entregado. Si el fiscal considera que no es necesario hacer la trascripción de la parte pertinente del registro entregado, deberá realizar su reproducción en la audiencia de juicio. De darse esto significaría que el sujeto no podrá conocer el material incriminatorio grabado en su contra, ni el juez de las etapas anteriores al juicio, tampoco podrá controlar la legitimidad de lo registrado.

---

[905] Sobre la fase, la norma procesal la denomina fase de investigación previa, la cual está enfocada a la recolección de elementos de convicción de cargo y de descargo que permitan a la o al fiscal decidir si formula o no la imputación y de hacerlo, posibilitará al investigado preparar su defensa. Art. 580 del COIP.

[906] En el Art. 589 del COIP encontramos las siguientes etapas del procedimiento ordinario: 1. Instrucción, 2. Evaluación y preparatoria de juicio y, 3. Juicio.

3. Tratamiento procesal de las grabaciones

Debido a que este tipo de elementos incriminatorios no son iguales a los tradicionalmente conocidos, el legislador ha establecido un tipo de procedimiento especial a la hora de realizar el reconocimiento del material digital[907], como pueden ser los videos, datos informáticos, fotografías, discos, etc.

Siguiendo lo expresado por el art. 477 del COIP, el reconocimiento de las grabaciones debe ser autorizado por el juez. Con dicha autorización, el fiscal, con la participación de dos peritos, quienes jurarán guardar reserva, en audiencia privada, según el caso, exhibirá la filmación o hará escuchar el audio y examinará el contenido de los registros informáticos. A esta audiencia pueden también asistir bajo juramento de reserva las partes. La presente norma le da la posibilidad al fiscal de ordenar la identificación de voces grabadas, por personas que afirmen poder reconocerlas, sin perjuicio de disponer el reconocimiento por medios técnicos.

Como complemento de esta regulación es importante señalar que todas las evidencias digitales deben someterse a la cadena de custodia. Este requisito se desprende, por una parte, de lo expresado por el artículo 456 del COIP que obliga la aplicación de cadena de custodia a los elementos físicos o contenido digital, materia de prueba. Y, por otra, por ser un requisito necesario para la valoración de la prueba[908].

A manera de colofón podemos señalar que la autorización judicial es necesaria por tratarse de un acto que puede afectar derechos constitucionales como puede ser la intimidad o la imagen. Sin embargo, esta protección no es adecuada porque el juez no participa ni dirige la diligencia, únicamente da la autorización al fiscal y se desatiende de la diligencia. Nos parece que este requisito es solo un aspecto meramente formal donde el juez no ejerce, como debería ser, el control del acto procesal para verificar y tutelar los derechos constitucionales del afectado con la medida.

---

[907] De conformidad con la ley se entiende por contenido digital "El contenido digital es todo acto informático que representa hechos, información o conceptos de la realidad, almacenados, procesados o transmitidos por cualquier medio tecnológico que se preste a tratamiento informático, incluidos los programas diseñados para un equipo tecnológico aislado, interconectado o relacionados entre sí." Art. 500 del COIP.

[908] La norma señala que: "La valoración de la prueba se hará teniendo en cuenta su legalidad, autenticidad, sometimiento a cadena de custodia y grado actual de aceptación científica y técnica de los principios en que se fundamenten los informes periciales". Art. 457 del COIP.

Por otra parte, la comparecencia de las partes no es obligatoria, la ley utiliza la expresión "las partes podrán", es decir, no es obligatorio. Por tal motivo la audiencia de reconocimiento de la grabación se realizará con o su presencia. En otras palabras, si no comparece el investigado quedará mermado su derecho a la defensa, pues como dicha diligencia se realiza sin la presencia del juez, nadie podrá velar por este derecho.

Por lo demás, el establecimiento del juramento de reserva es necesaria, con ello se coacciona a los intervinientes a no revelar lo que se exhiba o escuche durante la audiencia, conociendo que de romper esta obligación pueden ser sancionado por perjurio. De esta manera, se protege la investigación, así como el derecho del captado o grabado. Igualmente, creemos pertinente que si existe alguna persona que pueda reconocer las voces lo haga, aunque, para nosotros, esto siempre debería ir complementado con la respectiva pericia, con ello se consigue infundir en el juzgador certeza de que la voz efectivamente pertenece a quien se señala y no a otro distinto.

VI. LA DEFICIENTE REGULACIÓN CONTENIDA EN LA NORMATIVA PROCESAL ECUATORIANA.

El derecho a disfrutar sin perturbación de los derechos fundamentales es una obligación del Estado, situación que se puede ver alterada de manera excepcional cuando se está inmerso en un proceso penal. En relación con los métodos de investigación tecnológicos, de conformidad con el COIP, encontramos que únicamente se cuenta con dos tipos de medidas. La primera de ellas es la interceptación de comunicaciones o datos informáticos y, la segunda, es la captación de imagen o sonido.

Estas medidas exigen para su validez el cumplimiento de determinados requisitos que han sido incorporados por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como, aunque en menor grado por la jurisprudencia nacional, que como vimos en líneas anteriores, fue tratado recientemente en el año 2022. El legislador atento con estas jurisprudencias de cumplimiento obligatorio ha reformado uno que otro inciso del Código Orgánico Integral Penal. Sin embargo, estas reformas han sido demasiado moderadas en relación a la importancia que tiene este tema, no solo para una adecuada protección de los derechos afectados con la medida, sino, porque son herramientas de gran utilidad para la lucha

contra la delincuencia, especialmente aquellas consideradas graves que por su complejidad son muy difíciles combatirlas con los métodos investigativos tradicionales.

Luego del respectivo análisis del tema, encontramos demasiadas debilidades en la actual norma procesal encargada de regular la intervención de las comunicaciones telefónicas o datos informáticos en Ecuador. La ley ecuatoriana, si bien es una ley formal, no cumple el requisito material, pues no es precisa ni previsible. La falta de claridad y previsibilidad, la encontramos, entre otras cosas, por la ausencia de señalamiento de los delitos sobre los cuales se puede aplicar esta clase de medidas. No obstante, a que la Fiscalía en el Reglamento art. 2, muestra una tendencia hacia el uso de la intervención de comunicaciones o datos informáticos a los delitos graves, al final del mismo señala que esto no excluye a cualquier otro delito tipificado y castigado en el COIP. Disposición que para la Corte constituye el desarrollo de la atribución legal otorgada por la ley procesal. Por tal motivo, si el legislador no ha limitado la implementación de esta medida a determinados delitos, la Fiscalía puede perfectamente regular esta facultad y determinar qué delitos serán prioridad para ejecutar la intervención[909].

Criterio muy respetado que no compartimos porque esto podría llevar a un uso desproporcionado de la intervención, pues sabemos que los Tribunales Internacionales de Derechos Humanos han establecido para la procedencia de la intervención que esta debe recaer sobre delitos graves. En este orden de ideas, la actual ley podría ser considerada desproporcionada y, como consecuencia de aquello, en el futuro ser demandado el Estado Ecuatoriano ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos por violación de los derechos fundamentales, en caso de ser aplicada la medida contra un delito no apto para soportar esta técnica de vigilancia.

No se especifica sobre los sujetos que pueden ser afectados por la intervención, lo cual significa que cualquier persona puede ser vulnerado en su derecho sin importar si es investigado o tercero ajeno a la investigación. En este sentido, se deja sin protección a estos últimos, olvidándose que todas las personas deben ser protegidas en sus derechos constitucionales.

El secretismo en la implementación de la medida significa una merma en el derecho a la defensa del intervenido, por esta razón, la ley debería establecer un control judicial antes, durante y posterior a la intervención. Sin embargo, en Ecuador, el control judicial se ejerce de

[909] Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia, No. 77-16-IN/22…, *op. cit.*

manera parcial, ya que no se establece mecanismos de control durante el desarrollo de la medida, por lo que esta omisión reglamentaria, podría dar paso a posibles abusos y arbitrariedades en el uso de la intervención.

La actual normativa procesal se presenta como una ley con un contenido insuficiente, oscuro y contradictoria, lo cual es lamentable en consideración a la relevancia del tema, sobre todo con el gran desarrollo tecnológico en el que vivimos y, por lo tanto, estamos propensos a sufrir intromisiones en nuestras comunicaciones y dispositivos, no solo de particulares, sino de parte del poder público quien nos debe proteger de toda invasión a dicho espacio. Desde esta óptica, si no contamos con una regulación adecuada, estaremos a merced del órgano investigador que bajo el pretexto de seguridad invade nuestra privacidad a través de técnicas que permiten las más sutiles injerencias a nuestros derechos constitucionales.

En lo que se refiere a la captación de imagen o sonido, podemos señalar que su regulación es demasiada escueta. Se refiere principalmente sobre su uso por personas o entidades quien pueden grabar cualquier infracción sin autorización judicial cuando estas suceden en la vía pública y se las capta de manera espontánea. Por su parte, los intervinientes de la comunicación pueden grabar sus propias conversaciones, sin el *plácet* judicial y revelarlas. Sobre este aspecto somos del criterio de establecer determinadas limitaciones, como puede ser exigir que no se induzca a la confesión del ilícito al interviniente que se está grabando, pues esto podría ocasionar la vulneración del derecho a la no incriminación.

El legislador está en deuda con relación al tema de la utilización de la captación de imagen o sonido como medida de investigación tecnológica en el proceso penal. A pesar de no contar con cobertura legal, creemos posible su aplicación por parte de la policía, ya sea como complemento de una investigación iniciada o como medio de prevención del delito. Al realizarse la captación en el espacio público, la incidencia que podría sufrir el sujeto investigado en su derecho no sería desproporcionada en relación con el fin que se persigue con esta medida, la cual es la prevención del delito y sanción de los culpables. Por nuestra parte creemos pertinente, establecer parámetros claros en relación a determinados sitios que se encuentran en lo público, pero que son espacios donde se desarrolla la intimidad de las personas, en cuyo caso, se debe contar previamente con la autorización judicial, so pena de ser declarado todo lo obtenido con la medida como ilícito.

En cuanto al tratamiento que le debe dar al registro digital, mientras no se disponga lo contrario, debe ser el mismo camino expresado para los casos de captaciones realizadas por particulares o cámaras de seguridad, esto es, entregar el soporte original a la brevedad posible, en este caso en particular, al fiscal de turno o en su defecto, cuando está relacionado con una investigación en curso, al fiscal de la causa. Por último, otro aspecto sin regulación es lo relacionado a la captación de imagen o sonido en sitios privados o en aquellos espacios públicos considerados reservados para el desarrollo de la intimidad. A pesar de esta ausencia legal, a nuestro juicio, esta medida es viable siguiendo para ello las reglas de la intervención de comunicaciones o datos informáticos por tratarse de una comunicación oral.

En conclusión, el legislador ecuatoriano ha dado la espalda al derecho comparado, lo que es incomprensible si se tiene en cuenta el amplio debate jurídico y político que fuera de nuestras fronteras ha tenido lugar el fenómeno de la intervención de las comunicaciones sobre todo en Europa y especialmente en España, legislación que en temas jurídicos ha sido en muchas ocasiones utilizadas como referente jurisprudencial para sustentar fallos de las Cortes ecuatorianas. Siendo aún más reprochable la falta de aplicación de las interpretaciones jurisprudenciales realizadas por la CIDH en relación con los requisitos que debe cumplir toda ley restrictiva de derechos fundamentales para su validez.

Por último, aún en la doctrina ecuatoriana no se discute sobre la posibilidad de incorporar a la investigación penal otras medidas tecnológicas que actualmente se usan en otros países como son: la utilización de dispositivos técnicos de seguimiento y localización, el agente encubierto informático, registros en la nube, uso de drones, inteligencia artificial, el registro informático entre otros. Esta falta de interés o desconocimiento del tema impide que la legislación ecuatoriana se ponga a tono con los avances tecnológicos que actualmente se están aplicando a la investigación penal.

CAPÍTULO IV. DILIGENCIAS DE INVESTIGACIÓN TECNOLÓGICA Y PRUEBA ILÍCITA EN EL PROCESO PENAL.

El derecho para permanecer en el tiempo como una herramienta de regulación debe ser dinámico, es decir, ajustarse a los cambios que va experimentando la sociedad. Las tecnologías son una realidad palpable que interactúan constantemente con todos nosotros, por tal razón, muchas de nuestras acciones quedan registradas en el mundo digital. Todos estos registros dan lugar a los soportes electrónicos y digitales que para el derecho en general, pueden ser constitutivos de evidencias y pruebas de nuestras acciones. En virtud de aquello, si se quiere tener éxitos dentro del proceso judicial, es necesario tener presente este tipo de pruebas originadas del uso de las TIC.

Como acabamos de señalar los actuales dispositivos electrónicos pueden ser constitutivos, en un momento determinado, de evidencias de acciones penalmente relevantes, es decir, que los avances tecnológicos generan una especie de elemento o prueba diferente a la tradicional, por lo tanto, es importante conocer que se debe entender por prueba electrónica. En tal sentido conocer la prueba penal desde el ámbito tecnológico resulta relevante para su tratamiento.

Se podría pensar que la prueba electrónica es exclusiva de los delitos informáticos o ciberdelitos, por ser infracciones penales que se sirven de las tecnologías para su ejecución, pero esto no es verdad, pues muchas veces los artefactos electrónicos, por lo cotidiano de su uso, suelen ser pruebas muy importantes para probar ilícitos convencionales[910], como podrían ser asesinatos, robos, estafas entre otros. Con esta aclaración pasaremos a conocer su definición.

En palabras de DELGADO MARTÍN, prueba electrónica es toda información de valor probatorio producida, almacenada o trasmita por un medio electrónico[911]. Por su parte ABEL LLUCH, la define como la información obtenida a partir de un dispositivo electrónico o medio digital, el cual sirve para formar la convicción en torno a una afirmación relevante para el proceso…"[912]. A su vez BUENO DE MATA, entiende como prueba electrónica a aquella que

[910] En este sentido se pronuncia Delgado Martín cuando señala que en el ámbito penal las actuales tecnologías, pueden ser utilizadas en la investigación de toda clase de ilícitos penales. DELGADO MARTÍN, J.: *Investigación tecnológica y prueba digital…, op. cit.*, p. 43.
[911] *Ibídem*, p. 42.
[912] ABEL LLUCH, X.: *Derecho probatorio*, J.M. Bosch Editor, España, 2012, p. 903.

es presentada informáticamente cuya composición consta de una parte material (*hardware*) y de otra inmaterial (*software*). Vemos en este último concepto ciertos elementos que diferencia la prueba electrónica de la tradicional. Por un lado, se exige de una parte física sin la cual no se podrían operar el dispositivo para ingresar al mundo virtual, y, por otra es necesario el elemento intangible en donde se encuentra la información digital[913].

Conforme se desprende de las definiciones *supra*, éstas se refieren a la prueba electrónica desde un plano general; por lo que nosotros tomando los aspectos más importantes de los antes citados conceptos, definimos a la prueba electrónica desde el ámbito penal como todo soporte magnético, electrónico o digital que contiene registrado una información capaz de acreditar un hecho relevante para el proceso penal que infunde en la mente del juzgador la certeza de haberse cometido un delito y de que el imputado es el autor del mismo. De este concepto destacamos que la prueba penal electrónica se encuentra constituida por los siguientes elementos: a) información con valor probatorio sobre un ilícito penal, b) dicha información debe ser producida, almacenada o trasmitida por medios electrónicos, y, c) debe ser idónea para acreditar tanto la comisión del delito como sus responsables[914].

En cuanto a sus características nosotros las resumimos básicamente en tres. La primera es que la prueba electrónica es frágil y de fácil alteración, lo cual tiene su origen en el hecho que, al estar compuesta por una parte inmaterial, lugar donde se encuentra la información digital, no garantice la verdad de los hechos, pues esta parte puede ser manipulada por cualquiera de las partes. La segunda es invasiva para los derechos fundamentales, situación que se produce por cuanto en la actualidad los artefactos electrónicos contienen un sinnúmero de datos que revisados en su conjunto constituyen una radiografía de nuestra vida familiar y personal. Y por último es material e intangible[915], debido a que se encuentra conformada por un *hardware* y un *software*.

---

[913] BUENO DE MATA, F.: *Prueba Electrónica y Proceso 2.0*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, p. 130.
[914] DELGADO MARTÍN, J.: *Investigación tecnológica y prueba digital…, op. cit.,* pp. 42-43.
En igual sentido véase. PINTO PALACIOS, F., y PUJOL CAPILLA, P.: *La prueba en la era digital*, Wolters Kluwer, Madrid, 2017, p. 26.
[915] El carácter intangible de este tipo de prueba se da como consecuencia de que las evidencia al encontrarse en formato electrónico, particular que permite copiar cuantas veces sea necesario la información original del dispositivo, a tal punto que puede presentarse el caso de no saberse cuál es la original y cuál es la copia. *Ibídem*, p. 27.

Revisada brevemente la prueba electrónica podemos decir que ésta requiere de una conceptualización diferente a la tradicional, porque entre otras cosas, los datos de valor del ilícito penal únicamente pueden ser producido, almacenado o trasmitido por medios electrónicos o digitales, a diferencia de la convencional en donde la información puede ser contenida en objetos materiales (documentos, indicios balísticos etc.,), o su trasmisión se puede hacer de diversas formas como puede ser un testigo. En resumen, la fuente de la información, en la prueba clásica, puede estar contenida en un objeto o sujeto, mientras que la digital, sólo se encuentran en los medios electrónicos. Por todas las peculiaridades que presenta la prueba electrónica penal, su estudio debe ser realizado de una forma diferente, pues no se ajusta totalmente al concepto de prueba tradicional.

I. LA PRUEBA PENAL Y SU ILICITUD PROBATORIA EN ESPAÑA

1. Sus antecedentes en la jurisprudencia de los Estados Unidos de Norteamérica y cambio de fundamentación de la *exclusionary rule*

El antecedente próximo de la prueba ilícita, denominada en Estados Unidos *exclusionary rule*, lo encontramos en la jurisprudencia dictada por la Corte Suprema Federal de los Estados Unidos de Norteamérica dentro del caso Boyd vs. US de 1886[916]. Esta causa fue iniciada en contra de Boyd por una importación fraudulenta de mercaderías en violación a las leyes aduaneras, ciudadano que fue obligado por el poder público a aportar ciertos documentos y papeles privados para ser usados como prueba en su contra. Procedimiento civil normada por la Ley de 1874 que señalaba en su parte pertinente que la no aportación de las facturas era considerada como una confesión ficta, es decir, se reputaba como si el demandado hubiera aceptado el hecho.

Dando cumplimiento a la orden de presentación de las facturas, Boyd las puso a disposición del juzgado para que fueran utilizadas como prueba en su contra, reclamando en

[916] Hasta antes de este caso, las Cortes norteamericanas acostumbraban a aplicar el principio *common law*, el cual no contemplaba ninguna sanción para aquellas acciones irregulares dentro de la investigación encaminadas a conseguir pruebas, es más dichas vulneraciones eran justificadas bajo el amparo de diversos fundamentos que permitían la admisibilidad de las evidencias relevantes para el ente acusador, sin importar la forma de su obtención. EUSAMIO MAZAGATOS, E., y SÁNCHEZ RUBIO, A.: *La prueba ilícita en la doctrina de la Corte Suprema de Estados Unidos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 76.

todo momento la nulidad de las mismas. Al llegar avocar conocimiento sobre este proceso, la Corte revocó la condena de Boyd por considerar que se había violado la IV y V Enmienda[917], pues compeler a alguien a aportar documentos que van a ser utilizados en su contra significa obligarlo a autoincriminarse, y, además, dicha exigencia era comparable a realizar un registro ilegal. Vale recalcar que, si bien la invocación de vulneración de las antes citadas enmiendas, son exclusiva del ámbito penal, la Corte consideró que, en el presente juicio, sí se las podía aplicar, ya que las sanciones tenían naturaleza cuasi criminal o penal[918].

Un sector de la doctrina no considera a esta jurisprudencia como la creadora de la regla general de exclusión de evidencias obtenidas con vulneración de la IV Enmienda[919], pues su aplicación estuvo limitada por muchos años a los propios hechos del caso Boyd[920]. Sumado a esto su vigencia no fue continua ni inmediata, situación que vemos reflejada en fallos venideros donde la Corte Suprema se apartó de ese criterio y regresó a la aplicación de la regla general de *common law*, es decir, se volvió a admitir pruebas de cargos obtenidas sin importar la forma o método de obtención[921]. De esta última parte se desprende que el *common law,* es un sistema en donde la apreciación de pruebas se basa en la fiabilidad de ésta para demostrar la culpabilidad del encausado sin importar el origen o métodos utilizados por los agentes estatales para su obtención. Se da preferencia a la búsqueda de la verdad, al castigo del delito y reparación de la víctima por encima del origen de la consecución de la prueba incriminatoria. Desde este prisma, resulta adecuado aplicar, para los casos de vulneración de derechos fundamentales en la obtención de pruebas ilegales, fórmulas de reparación a favor del afectado como podrían ser las indemnizaciones civiles o sanciones administrativa o penales para los responsables de dichos

[917] En lo referente a la IV enmienda, ésta que dice: «El derecho de las personas a estar protegidas en sus personas, casas, documentos y efectos, contra registros y confiscaciones irrazonables, no será violado, y no se emitirán autorizaciones, sino basadas en causa probable, apoyadas por juramento o promesa, y describiendo detalladamente el lugar a registrar, y las personas o cosas a incautar», p. 17. A su vez, en la parte pertinente, encontramos que la V Enmienda expresa: "Ninguna persona [...] será obligada en ningún caso criminal a declarar contra sí misma, ni será privada de su vida, libertad o propiedad, sin el proceso debido legal". MIRANDA ESTRAMPES, M.: *Prueba ilícita y regla de exclusión en el sistema estadounidense crónica de una muerte anunciada"*, Marcial Pons, Buenos Aires, 2019, pp. 17-20.

[918] *Ibídem*, pp. 21-22.

[919] *Ídem*, pp. 21-22. Véase también al respecto NIEVA FENOLL, J.: "Policía judicial y prueba ilícita. Regla de exclusión y efecto disuasorio: un error de base", en *el nuevo proceso penal sin código procesal penal* (Dir. CASTILLO MANZANARES, R.), (Coord. ALONSO SALGADO, C.), Atelier, Barcelona, 2019, p. 651.

[920] EUSAMIO MAZAGATOS, E., y SÁNCHEZ RUBIO, A.: *La prueba ilícita en la doctrina de la Corte Suprema…, op. cit.* p. 80.

[921] MIRANDA ESTRAMPES, M.: *Prueba ilícita y regla de exclusión en el sistema estadounidense…, op. cit*., p. 21.

actos, en vez de excluir del proceso penal todo material probatorio conseguido mediante la vulneración de un derecho fundamental[922]. No obstante, a lo expresado esta sentencia tiene como principal mérito haber concebido a la *exclusionary rule*, como una regla de contenido constitucional que impedía al Gobierno conseguir prueba de cargo a cualquier precio.

La sentencia Boyd, para unos, representa la reivindicación de las libertades civiles en USA, mientras para otros, significó una amenaza para el sistema penal, favorecedora de la criminalidad, impunidad e inseguridad ciudadana. Adicionalmente se detecta una argumentación forzada, al aplicar con fundamento la IV Enmienda, la misma que no contemplaba la aportación obligada de documentos estipulada en la Ley 1874, por tal motivo, para sustentar el fallo, la Corte, tuvo que vincularla a la Enmienda V.

Por otra parte, si bien encontró una fórmula que le permitió unir ambas Enmiendas para fundamentar el fallo, se critica esta doctrina, por aplicarlas a un caso que no era pertinente, por tratarse de un asunto civil. Vale aclarar que las Enmiendas IV y V, eran normas creadas para causas penales. Sin embargo, la Corte, realizando una argumentación forzada las trasladó al presente proceso, señalando que no se estaba en presencia de un tema civil, sino que, por las sanciones estipuladas en la ley pertinente, su naturaleza eran causi criminal o penal. Al parecer esta interpretación extensiva de los términos constitucionales, hizo que este precedente no tuviera vigencia ni aplicación en el tiempo por la jurisprudencia posterior de la Corte Suprema y terminó quedando en desuso.

Lo anterior se ve reflejado posteriormente, cuando en el año 1904, dentro del caso Adams vs. New York, la Corte Suprema vuelve a reafirmar las reglas del *common law*. En el presente caso se consideró que, si bien la policía incautó documentos distintos a los autorizados en la orden de registro, en este supuesto, al no haberse obligado a nadie a producir prueba en contra de sí, el material probatorio era válido[923]. Como podemos notar la Corte, deja a un lado el precedente Boyd y retoma la regla tradicional del *common law*. En otras palabras, volvió a permitir la admisibilidad de pruebas de culpabilidad sin importar el origen de su procedencia.

[922] FIDALGO GALLARDO, C.: *Las "Pruebas Ilegales": De la exclusionary rule estadounidense al artículo 11.1 LOP*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003, p. 82.
[923] EUSAMIO MAZAGATOS, E. y SÁNCHEZ RUBIO, A.: *La prueba ilícita en la doctrina de la Corte Suprema…*, *op. cit.*, pp. 81-82.

Por tal motivo se puede decir que la jurisprudencia del caso Boyd no fue el inicio de la *exlcusionary rule*[924].

Luego de varios años de haberse apartado de la aplicación de la regla de exclusión, la Corte Suprema la retoma en el año 1914 dentro del caso Weeks vs. US. Es recién en este tiempo cuando por primera vez, dentro de un proceso penal, se utiliza la regla de exclusión probatoria. Debido a que la causa Boyd vs. US, no fue un proceso penal sino civil, es que un gran número de doctrinarios concuerdan en tomar como referencia de nacimiento de la implementación de la *exclusionary rule*, a esta jurisprudencia[925].

La presente jurisprudencia surge por la condena que se le dio al señor Weeks, quien había sido detenido en su lugar de labores sin orden judicial. Mientras Weeks era privado de su libertad, otros agentes se dirigieron al domicilio de éste e ingresaron para realizar varios registros, incautando ciertos documentos sin contar con la respectiva orden. En vista de estas irregularidades la Corte Suprema declara vulnerada la IV Enmienda, por lo que rechazó la utilización de dichas pruebas como material incriminatorio para sustentar la sentencia de culpabilidad de Weeks[926].

Según la precitada doctrina, a partir de este caso, quedó prohibido el uso de evidencias conseguidas mediante registro e incautación ilegal por ser violatorio a lo dispuesto en la IV Enmienda de la Constitución norteamericana, es decir, ya no era necesario acudir a la V Enmienda para aplicar la *exclusionary rule,* como había sucedido en el caso Boyd, por lo que la presente regla se la podía invocar de forma directa. De lo anterior se desprende que el caso Weeks le dio a la *exclusionary rule* un fundamento constitucional[927], pues la sentencia hace

[924] FIDALGO GALLARDO, C.: *Las "Pruebas Ilegales" …, op. cit.*, p. 105.
[925] Considera Miranda Estrampes, que a partir de esta sentencia se origina la doctrina constitucional de la *exclusionary rule* vinculada directamente a la IV Enmienda. De esta forma la regla de la exclusión queda conectada únicamente a la IV sin necesidad de aplicar de forma conjunta la V Enmienda como había sucedido en el caso Boyd. MIRANDA ESTRAMPES, M.: *Prueba ilícita y regla de exclusión en el sistema estadounidense…, op. cit*., p. 21.
[926] EUSAMIO MAZAGATOS, E. y SÁNCHEZ RUBIO, A.: *La prueba ilícita en la doctrina de la Corte Suprema..., op. cit.*, p. 81.
[927] Si bien la implementación de la *exclusionary rule*, tiene inicialmente un fundamento constitucional de tutela de los derechos consagrados en diversas Enmiendas, la protección de dichos derechos no iba enfocado al ámbito del individuo del titular del derecho, sino más bien se buscaba la protección de los mismos, mediante la restricción de su injerencia por parte de los agentes público. En definitiva, mediante esta sentencia se introduce una regla de exclusión como un remedio para las vulneraciones IV Enmienda, impidiendo con ello la admisión de material probatorio, proveniente de acciones ilícitas, en el proceso penal federal. ARMENTA DEU, T.: *La prueba ilícita*

referencia a la vulneración del derecho al domicilio sin orden judicial, lo cual convierte en ilícito toda la evidencia recolectada por la policía. En consecuencia, la regla de exclusión no nace como un remedio judicial, ni de otra índole que no sea el relacionado a vulneración de un derecho fundamental, cuya consecuencia es la no admisión de la evidencia conseguida con dicha infracción constitucional[928].

Sin lugar a dudas, la sentencia Weeks se constituyó en el arranque del desarrollo jurisprudencial de la regla de exclusión, a tal punto que pasó a convertirse en una de las más relevantes jurisprudencias de referencia obligatoria por muchos años[929]. A partir de esta sentencia se convirtió en un imperativo la inadmisión, en los procesos penales federales, de pruebas incriminatorias que hubiesen sido obtenidas como producto de un registro domiciliario realizado por la policía federal sin contar con la debida autorización judicial (*warrant*).

No obstante, de lo relevante de esta doctrina para la defensa de la IV Enmienda, ya que impedía los registros domiciliarios abusivos de la policía, su cumplimiento no era para todos los Tribunales de justicia de los Estados Unidos, sino únicamente iba dirigido para todos los encargados del sistema federal[930]. Lo anterior daba como resultado que la obtención de prueba ilícita se siguiera admitiendo en aquellos supuestos de evidencia ilícita recolectada por agentes estatales, pero utilizada como prueba incriminatoria en juicios penales estatales.

En conclusión, la jurisprudencia Weeks introdujo una regla de exclusión enfocada a los procesos penales federales, de tal suerte que todo material probatorio obtenido por agentes federales en vulneración de la IV Enmienda de la Constitución estadounidense, no podían ser admitidos como prueba de cargo en los juicios penales federales. Pero si esas mismas pruebas eran obtenidas por autoridades estatales, para ser utilizadas dentro de los procesos penales

---

(Un estudio comparado), Marcial Pons, Barcelona, 2011, p. 30. FIDALGO GALLARDO, C.: *Las "Pruebas Ilegales" …*, *op. cit.,* p. 109.

[928] MIRANDA ESTRAMPES, M.: *Prueba ilícita y regla de exclusión en el sistema estadounidense…, op. cit*., p. 21-23.

[929] Su relevancia, en relación al tema de la prueba ilícita, quedó demostrada, pues se le dio continuidad en posteriores sentencias como su cedió en el caso Olmstead vs. US de 1928, en donde la Corte Suprema declaró que, a pesar de no establecer de forma expresa la IV Enmienda la limitación del uso de pruebas en el proceso, su prohibición era innegable, por lo que si una prueba era obtenida por agentes federales con violación del contenido constitucional, su ingreso al proceso penal era imposible. EUSAMIO MAZAGATOS, E. y SÁNCHEZ RUBIO, A.: *La prueba ilícita en la doctrina de la Corte Suprema*…, *op. cit.,* pp. 82-83.

[930] Esta circunstancia duró hasta aproximadamente antes del año 1927. Durante dicho periodo todas las referencias de la Corte Suprema relacionadas a la regla de exclusión, se circunscribía únicamente al espacio federal. Por ello, en muchas jurisdicciones estatales, la prueba ilícita eran un acervo probatorio admitido sin importar su origen. *Ibídem*, p. 83.

federales, su admisión era válida sin importar su origen[931]. En definitiva, como podemos colegir la aplicación de la *exclusionary rule*, desde sus inicios ha presentado resistencia a su aplicación absoluta, motivo que ha llevado a la jurisprudencia a establecer, como en este caso, determinadas salidas que impidan, la impunidad del ilícito y el castigo del culpable, circunstancias que fueron bautizadas con el nombre de doctrina de la bandeja de plata (*silver platter doctrine*)[932].

Es de destacar que, si bien la jurisprudencia Weeks, fue el origen de la *exclusionary rule*, ésta solo era aplicada para los casos de prueba ilícita directa. No fue sino hasta el año 1920, en el caso Silverthorne, cuando la Corte Suprema por primera vez extiende la aplicación de la regla de exclusión no solo a la prueba directamente obtenida como consecuencia de diligencias investigativas vulneradoras de derechos fundamentales, sino además de todo el material probatorio que fuere proveniente de tal ilicitud. Resumiendo, para esta doctrina, una prueba ilícitamente obtenida, aunque de ella se derive una prueba licita, debe ser excluida no solo la primera, sino también todo el material probatorio originado de aquella prueba ilícita.

---

[931] FIDALGO GALLARDO, C.: *Las "Pruebas Ilegales" …, op. cit.*, p. 113.

[932] MIRANDA ESTRAMPES, M.: *Prueba ilícita y regla de exclusión en el sistema estadounidense…, op. cit.*, p. 26. Los hechos del caso Silversthorne sucedieron el 25 de febrero de 1920, cuando los agentes de policía detuvieron y pusieron bajo custodia a Silverthorne y a su padre. Están ambos retenidos, representantes del Departamento de Justicia de los Estados Unidosse dirigeiron a la oficina de la compañía Silversthone Lumber y, sin orden judicial, empezaron a registrar todos los libros, papeles y documentos que allí encontraban. La familia Silversthorne conocederos de la ilicitud de la retención de sus documentos, solicitó a la Corte del Distrito la devolución de los mismos. Material que no fue de vuelto, porque a criterio del Fiscal del Distrito se habían encontrado nuevas pruebas contra los acusados. De lo ilegalmente retenido, se sacaron fotografías y copias, con lo cual se presentó una nueva acusación con base en la información contenida en esos documentos. En primera instancia se ordenó la devolución de los documentos a la empresa. Luego se citó a los acusados para que presentaran de nuevo los originales ante el gran jurado, pero éstos se negaron por cuanto la aprehensión de los documentos se había realizado con violación de los derechos reconocidos en la Cuarta Enmienda. Por esta negativa, el tribunal condenó a la Compañía Silverthorne Lumber y a Frederick W. Silverthorne por un delito de desacato. A pesar de haber sido evidente la forma inconstitucional de obtención de los documentos, el tribunal de primera instancia señaló también que la citación debía ser cumplida.
Por su parte la Corte declaró que la protección que la Constitución otorgaba cubría la posesión física pero no cualquier ventaja que el Gobierno pudiera ganarse mediante un acto ilícito. Además, se refirió que en el caso Weeks vs. United States, ya había establecido que esa presentación de los documentos ante el gran jurado era ilícita, pues lo contrario suponía reducir la Cuarta Enmienda a una simple fórmula vacía. A su vez aclaró que la prohibición de que se utilizasen las pruebas obtenidas de una forma determinada no era únicamente dirigida a la Corte, sino ante cualquier otro órgano o proceso. Lo anterior no impedía que si dichos los hechos pudiesen ser obtenidos a través de una fuente independiente, podrían ser usados como cualesquiera otros. Terminó señalando el Tribunal que el conocimiento del Gobierno en este caso se había producido de una manera ilícita y rechazó nuevamente que esos documentos pudieran volver a ser requeridos puesto que habían sido obtenidos en virtud de un registro ilegal, al no haber sido autorizado judicialmente.

Retomando el tema de la doctrina *silver platter doctrine*, podemos decir que ésta, *se* convirtió en una fórmula para eludir la aplicación de la *exlcusionary rule* e incentivo la cooperación ilegal entre policías federales y estatales, de manera tal que los primeros coordinaban con los policías estatales para que éstos recolectaran pruebas ilícitas para que se las proporcionaran a efectos de ser empleadas en los procesos federales en donde, pese a su origen ilícito, no iban a ser rechazadas. Ante tal circunstancia, en el año 1927, a partir de las sentencias Byars vs. US y Gambino vs. US, la Corte suprema desarrolla la denominada *cooperation doctrine*. Doctrina que de forma suscinta limitaba la aplicación de la *silver platter doctrine*, a aquellos casos donde se observaba que la prueba ilícita, había sido obtenida producto del contubernio entre agentes federales y estatales[933].

Como acabamos de señalar *supra* el punto de arranque de la ineficacia de las pruebas derivadas se encuentra en el caso Silverthorne[934], pero fue recién en el año 1939, dentro de la

[933] EUSAMIO MAZAGATOS, E. y SÁNCHEZ RUBIO, A.: *La prueba ilícita en la doctrina de la Corte Suprema…*, *op. cit*., pp. 83-85.

[934] Los hechos del caso Silversthorne sucedieron el 25 de febrero de 1920, cuando los agentes de policía detuvieron y pusieron bajo custodia a Silverthorne y a su padre. Están ambos retenidos, representantes del Departamento de Justicia de los Estados Unidos se dirigieron a la oficina de la compañía Silversthone Lumber y, sin orden judicial, empezaron a registrar todos los libros, papeles y documentos que allí encontraban. La familia Silversthorne conocedores de la ilicitud de la retención de sus documentos, solicitó a la Corte del Distrito la devolución de los mismos. Material que no fue de vuelto, porque a criterio del Fiscal del Distrito se habían encontrado nuevas pruebas contra los acusados. De lo ilegalmente retenido, se sacaron fotografías y copias, con lo cual se presentó una nueva acusación con base en la información contenida en esos documentos. En primera instancia se ordenó la devolución de los documentos a la empresa. Luego se citó a los acusados para que presentaran de nuevo los originales ante el gran jurado, pero éstos se negaron por cuanto la aprehensión de los documentos se había realizado con violación de los derechos reconocidos en la Cuarta Enmienda. Por esta negativa, el tribunal condenó a la Compañía Silverthorne Lumber y a Frederick W. Silverthorne por un delito de desacato. A pesar de haber sido evidente la forma inconstitucional de obtención de los documentos, el tribunal de primera instancia señaló también que la citación debía ser cumplida.

Por su parte la Corte declaró que la protección que la Constitución otorgaba cubría la posesión física pero no cualquier ventaja que el Gobierno pudiera ganarse mediante un acto ilícito. Además, se refirió que en el caso Weeks vs. United States, ya había establecido que esa presentación de los documentos ante el gran jurado era ilícita, pues lo contrario suponía reducir la Cuarta Enmienda a una simple fórmula vacía. A su vez aclaró que la prohibición de que se utilizasen las pruebas obtenidas de una forma determinada no era únicamente dirigida a la Corte, sino ante cualquier otro órgano o proceso. Lo anterior no impedía que, si dichos los hechos pudiesen ser obtenidos a través de una fuente independiente, podrían ser usados como cualesquiera otros. Terminó señalando el Tribunal que el conocimiento del Gobierno en este caso se había producido de una manera ilícita y rechazó nuevamente que esos documentos pudieran volver a ser requeridos puesto que habían sido obtenidos en virtud de un registro ilegal, al no haber sido autorizado judicialmente. *Ibídem*, pp. 152-154.

sentencia Nardone vs. US[935], en donde se le da el nombre a la doctrina que hoy conocemos en español como la teoría de los frutos del árbol envenenado (*fruit of the poisonouns tree*)[936].

Retomando lo anteriormente expresado sobre el caso Weeks, cuyo precedente jurisprudencial, si bien dio origen a la exclusionary rule, su uso era de aplicación federal, en otras palabras, en las legislaciones estatales, se podía seguir utilizando pruebas sin importar la forma de su obtención por parte de los agentes estatales. Criterio que comenzó a ser revisado en el año 1949 dentro del proceso Wolf vs. People of State of Colorado, en donde se trató, mediante la aplicación de la Decimocuarta Enmienda, aplicar la obligatoriedad de la regla de exclusión para todos los Estados, situación que no prosperó, porque la Corte llegó a la conclusión que no era necesario aplicar la regla exclusión, en las cortes estatales, como instrumento para garantizar las intrusiones arbitrarias de los agentes policiales, pues existían otros medios para observar y hacer prevalecer el derecho a la intimidad.

En conclusión, de forma sorpresiva, se termina ratificando la jurisprudencia emitida en el caso Weeks que limitaba la *exclusionary rule* a los casos federales, por tal circunstancia no se les podía imponer a los Estados la aplicación de esta regla como parte esencial del derecho a la intimidad personal. Desde esta perspectiva cada Estado debía tomar las medidas pertinentes que creyere conveniente cuando existiere una intromisión ilícita a la esfera de la intimidad personal, de ahí que no estaban obligados a excluir del juicio las pruebas ilícitamente obtenidas. Afortunadamente este retroceso que significó para la regla de exclusión el presente fallo, por lo

---

[935] A pesar de la relevancia del caso Silversthorne, no fue hasta el caso Nardone vs. United States (1939) cuando, el juez Frankfurter, emplea por primera vez la expresión "frutos del árbol envenenado". Caso que se dio por una interceptación telefónica sin autorización judicial, las mismas que la Corte si bien las considero ilícitas, no hizo lo mismo con la información que se habían obtenida a partir de dicha intervención. Como consecuencia de lo anterior, tanto en primera instancia como en apelación, utilizaron la información derivada de la anteversión ilícita para sentenciar al encausado. Cuestión que al llegar a la Corte Suprema señaló que en el presente caso había que armonizar dos intereses contrapuestos: por un lado, el severo cumplimiento de la legislación penal y, por otro, la protección del ámbito de privacidad susceptible de ser violado.
Este organismo al realizar el respectivo análisis expresó que estaba tratando con una específica prohibición de utilización de determinados medios de prueba. Por lo que reducir el alcance del artículo 605 a la exclusión de las exactas palabras oídas a través de las escuchas telefónicas ilícitas, facilitando cualquier uso derivado de las mismas, invalidaría el contenido de lo decidido en el primer asunto Nardone ya que, para la Corte, la decisión adoptada en dicho caso no fue el resultado de una lectura meticulosa del lenguaje técnico, sino que fue la traducción a la práctica de amplias consideraciones sobre moralidad y bienestar público. En resumen, para la Corte prohibir el uso directo de pruebas inconstitucionales, pero no hacerlo con las que de ellas se deriven, solo fomentaría la utilización de esos mismos medios a través de vías indirecta. Como observamos en eta sentencia se deja claramente estipulado que toda prueba ilícitamente obtenida y todas las que de ella se originen debe ser prohibidas dentro del proceso penal. *Ibídem*, pp. 154-155

[936] NIEVA FENOLL, J.: "Policía judicial y prueba ilícita…", en *El nuevo proceso penal…, op. cit.,* p. 651.

endeble de su fundamentación, fue dejado a un lado poco tiempo después, como se observa en el caso Rochin vs. People of California de 1952[937].

El caso Rochin fue la oportunidad para que los partidarios de la extensión de la *exclusionary rulen* a los casos estatales, pudieran imponer su criterio. Los antecedentes del caso de forma resumida acontecieron cuando, según la información proporcionada a la policía, se tuvo conocimiento que un sujeto de nombre Antonio Rochin, se dedicaba al tráfico de drogas. Esto motivó que la policía, sin autorización judicial, irrumpiese en el domicilio del sospechoso, quien, al ver a los agentes, se metió a la boca dos cápsulas que se encontraban en la mesa, motivo por el cual los policías, de forma violenta, forcejearon con la finalidad de hacerle escupirlas. Al no conseguir dicho cometido, los policías lo esposaron y lo llevaron a un hospital, en donde un médico, siguiendo las ordenes de uno de los agentes, en contra de la voluntad del detenido, le introdujo una sonda estomacal mediante la cual expulsó las dos cápsulas que según el análisis químico dio positivo para morfina. Basado en dicha evidencia, el Tribunal Estatal de California, condenó a Rochin como autor del delito de tráfico de drogas[938].

La Corte Suprema, al tratar el presente caso, dio un giro a la doctrina jurisprudencial que venía predominando sobre la regla de exclusión, en consecuencia, procedió a la anulación de la condena de Rochin. Este organismo de justicia tomó como fundamento de su fallo lo estipulado en la Decimocuarta Enmienda que hace referencia al debido proceso, por tal motivo excluye la evidencia obtenida por haber sido obtenida por la policía mediante la fuerza brutal, métodos similares a los utilizados en tiempos medievales que atentan contra la dignidad de la persona. Estos métodos al ser tan denigrantes para la persona humana golpeaban la conciencia[939] y ofendían las reglas de la sociedad de juego limpio[940], de ahí que a esta doctrina se la halla bautizado con el nombre de *"shock-the-concience test"*.

A partir de esta doctrina, todo acto o conducta en la obtención de evidencia por parte de los agentes públicos que provoque repudio en la conciencia de la sociedad debe ser rechazada,

[937] EUSAMIO MAZAGATOS, E. y SÁNCHEZ RUBIO, A.: *La prueba ilícita en la doctrina de la Corte Suprema…*, *op. cit*., pp. 86-87.
[938] MIRANDA ESTRAMPES, M.: *Prueba ilícita y regla de exclusión en el sistema estadounidense…, op. cit*., p. 30.
[939] *Ibídem*, p. 31.
[940] EUSAMIO MAZAGATOS, E. y SÁNCHEZ RUBIO, A.: *La prueba ilícita en la doctrina de la Corte Suprema…, op. cit*., pp. 86-87.

no solo la acción sino, además, todo lo que de ella se origine. Por tal circunstancia, la Corte, en vista de la forma violenta y denigrante como la policía había conseguido la prueba, resolvió excluir la prueba de culpabilidad del Sr. Rochie; por considerar que se había vulnerado la Decimocuarta Enmienda (*"the Due Process Clause"*)[941].

Lo resaltable de esta jurisprudencia es el hecho de haber ampliado el ámbito de aplicación de la regla de exclusión a los procesos estatales que por regla general permitía la prueba sin importar la forma de su obtención, pues como dijimos *supra*, la exlcusionary rule no era de cumplimiento obligatoria en los juicios penales estatales, debido a que ellos podían aplicar otras medidas de sanción alternativas diferentes a la exclusión de la prueba ilícitamente obtenida.

Por otra parte, al no encajar el caso dentro de la protección de la IV Enmienda, la Corte, fundamentó su sentencia en la cláusula del debido proceso (Decimocuarta Enmienda). Basados en este criterio se buscó restringir la libertad de los Estados federados en la admisión de pruebas violatorias de derechos fundamentales en los procesos penales sometidos a sus jurisdicciones, de tal manera que la *due process clause*, se convierte en una limitante del poder estatal dentro de los enjuiciamientos criminales[942].

Notamos que, a pesar de este importante avance jurisprudencial en el desarrollo de la regla de exclusión, su uso quedó limitado a los casos únicamente del uso de violencia física sobre la persona del investigado. Esta interpretación restringida dio como resultado una escasa aplicación de la presente doctrina, tal como quedó evidenciado en el caso Irvine[943], en donde se descartó la aplicación de la doctrina *shock-the-conscience test*, por no haberse empleado la fuerza física, por lo que ésta no tiene cabida para las violaciones constitucionales de otra índole, aunque sean graves.[944] El problema de la aplicación del régimen de excepción de Rochin la

---

[941] *Ibidem*, p. 88.
[942] FIDALGO GALLARDO, C.: *Las "Pruebas Ilegales" …, op. cit.*, p. 113.
[943] Este caso tuvo lugar en el año 1954, en donde la Corte tuvo que resolver sobre la validez de la sentencia de un juez estatal quien había dictado su fallo basado en una prueba obtenida con vulneración a derechos constitucionales. El proceso penal tuvo lugar por actividades de apuestas clandestinas realizadas por el acusado. Ante esta actividad ilícita, la policía estatal, con la finalidad de encontrar elementos incriminatorios, entró de forma reiterada a la vivienda del investigado y colocó durante un tiempo un micrófono en la casa de la familia Irveni sin contar con la respectiva autorización judicial. EUSAMIO MAZAGATOS, E. y SÁNCHEZ RUBIO, A.: *La prueba ilícita en la doctrina de la Corte Suprema…*, *op. cit.*, pp. 88-89. A más del caso citado, igual situación sucedió en Breiptbaut v. Abram y Schmerber v. Californai. FIDALGO GALLARDO, C.: *Las "Pruebas Ilegales" …*, *op. cit.*, p. 141.
[944] MIRANDA ESTRAMPES, M.: *Prueba ilícita y regla de exclusión en el sistema estadounidense…, op. cit*., p. 31.

podemos encontrar en la vaguedad e imprecisión de la noción *shock-the-conscience*, expresión que la podríamos traducir como impactar la conciencia, de ahí que la concreción de esta doctrina quedaba remitida a una determinación casuística de los tribunales[945].

Siguiendo la evolución de la expansión de la regla de la exclusión, encontramos que también fue aplicada en el caso Elkins vs. Us de 1960, jurisprudencia que realizando una interpretación amplia de los derechos estipulados por la IV Enmienda abandonó para siempre la doctrina *"silver platter doctrine"*, por lo cual todo el material probatorio incriminatorio, al haberse obtenido de forma ilegal, fue inadmitido por la Corte; por lo que la sentencia condenatoria fue revocada[946].

Para culminar con la evolución expansiva de la regla de exclusión revisaremos el caso Mapp vs. Ohio de 1961. Esta sentencia se convirtió en una decisión trascendental, pues derogó la doctrina Wolf vs. Colorado que permitía a la justicia estatal utilizar pruebas sin importar su forma de obtención. A partir de esta sentencia la regla de exclusión pasa a ser el único instrumento aplicable para los casos de vulneraciones de la IV Enmienda realizadas dentro de una investigación penal por la policía[947], en otras palabras, la regla pasó a ser de cumplimiento absoluto para todos los tribunales penales de los Estados Unidos de Norteamérica.

Los antecedentes del caso se dieron el 23 de mayo de 1957 en circunstancias que, a través de un informante, tres policías estatales, tuvieron conocimiento de que un sospechoso de un atentado terrorista reciente, se escondía en un domicilio en específico, en donde, además, se creía se encontraban armas y explosivos. Con esta noticia, los policías se dirigieron a dicho sitio y al llegar al punto, tocaron la puerta y solicitaron permiso para ingresar a registrar la vivienda, petición que fue negada por la propietaria de la casa, Sra. Dolly Mapp, pues ella exigió la respectiva autorización (*Warren*), la cual no portaba la policía.

A pesar de la ausencia de autorización judicial para registrar el domicilio, los agentes mediante la fuerza ingresaron. Ante esta acción, la ocupante de la vivienda volvió a pedir la autorización del registro, sacando uno de los agentes un papel afirmando que era la autorización, documento que lo arrebató la Sra. Mapp, pero luego de un forcejeo con los policías, éstos lo

[945] FIDALGO GALLARDO, C.: *Las "Pruebas Ilegales" …, op. cit*., pp. 140-141.
[946] EUSAMIO MAZAGATOS, E. y SÁNCHEZ RUBIO, A.: *La prueba ilícita en la doctrina de la Corte Suprema…, op. cit*., pp. 89-90.
[947] FIDALGO GALLARDO, C.: *Las "Pruebas Ilegales" …, op. cit*., p. 160.

recuperaron y procedieron a esposarla. En el presente registro, los agentes policiales, en vez de encontrar al sospechoso, las armas y los explosivos, hallaron material pornográfico, evidencia que sirvió para abrir un procedimiento penal que llevó al tribunal Supremo estatal a condenar a Dolly Mapp como autora del delito de posesión de materiales obscenos[948].

La sentencia fue apelada y tramitada por la Corte Suprema federal, quien, al tratar la presente causa, se estableció que la acción policial, había violado la IV Enmienda, al no haber contado con la autorización judicial (*warrant*) para realizar el registro, por lo que este organismo por mayoría, resolvió excluir las evidencias. A más de aquello la Corte, aplicando la jurisprudencia de Mrbury vs. Madison, amplió la aplicación de la *exclusionary rule* a los Estados federados por la vía del debido proceso[949]. Con esto se dio un giro al criterio dominante de dejar al libre albedrio de los Estados federados la aplicación o no de la regla de exclusión. Quietarle esta potestad a los Estados, significó elevar la *exclusionary rule* al rango constitucional, pasando a convertirse en el instrumento para garantizar la vigencia de la IV Enmienda, sin cuya aplicación quedaría reducida a meras palabras[950].

Esta sentencia convirtió en obligatorio para todos los Estados la aplicación de la regla de exclusión, a partir de esta jurisprudencia toda prueba violatoria de la IV Enmienda debía se excluida del proceso penal, pues era el único remedio efectivo para evitar las actuaciones policiales ilegitimas; por lo que los otros remedios alternativos a esta regla, por su poca utilidad quedaban proscritos.

En resumen, con esta jurisprudencia se pone fin a la *silver platter doctrine* que revisamos en líneas anteriores, por lo que la regla de exclusión, en caso de prueba obtenidas con vulneración de la IV Enmienda, debía obligatoriamente ser rechaza tanto por la justicia penal federal como estatal. Por tal razón la *exclusionary rule* se consagró como una garantía de índole constitucional requerida y exigida para evitar que un ciudadano sea condenado mediante la obtención policial de pruebas inconstitucionales, por lo cual su cumplimiento dejaba de ser

[948] *Ibídem*, pp. 161-163.
[949] MIRANDA ESTRAMPES, M.: *Prueba ilícita y regla de exclusión en el sistema estadounidense…, op. cit*., p. 33.
[950] FIDALGO GALLARDO, C.: *Las "Pruebas Ilegales" …, op. cit*., pp. 170-171.

voluntario y pasaba a ser una regla de observancia obligatoria para todos los procesos penales sin importar su jurisdicción[951].

Hasta aquí hemos visto una evolución positiva y favorable de la *exclusionary rule* en favor de la defensa de los derechos constitucionales de los ciudadanos. Panorama que como veremos comienza a tomar otro rumbo, a tal punto que se puede decir que se está viviendo una desconstitucionalización de la regla de exclusión. En efecto en esta nueva etapa jurisprudencial se empieza a establecer excepciones a la regla de exclusión, de tal forma que se flexibiliza su aplicación y se empieza a admitir ciertas pruebas que no obstante haber sido obtenidas de forma ilícita, gracias a las excepciones pueden ser utilizadas como prueba de cargo.

El giro de este nuevo criterio lo podemos resumir principalmente, en primer lugar, en la finalización de la era Warren. Al jubilarse este grupo de magistrados, quienes fueron los gestores de darle a la *exclusionary* rule la cobertura obligatoria para todos los procesos penales sean federales o estatales, esta jurisprudencia empezó a tener resistencia por los nuevos jueces de la era Burger.

Para la nueva Corte Suprema su preocupación principal era el combate a la delincuencia y los altos costes que producía la aplicación extensiva de la regla de exclusión, pues a criterio de ellos, los beneficios derivados de la *exclusionary rule* superaban en exceso su implementación. Sobre esta última parte se sostenía por un lado que la aplicación estricta de la *exclusionary rule,* provocaba la absolución de muchos de los culpables por excluirse las pruebas debido a las ilícitas actuaciones policiales en la obtención de las mismas; y, por otra que esta regla no impedía las actuaciones ilícitas de los agentes del orden público[952].

El cambio de los nuevos jueces de la Corte Suprema (era Burger), fue consecuente con el nuevo giro de política criminal implementado por el presidente electo Nixon, quien se propuso como uno de sus objetivos principales combatir a la delincuencia, para ello resultaba de vital importancia cambiar la actitud de los magistrados de la Suprema en relación al control del crimen y del debido proceso[953]. Entendemos que la aplicación de la *exclusionary rule* tal como

---

[951] MIRANDA ESTRAMPES, M.: *Prueba ilícita y regla de exclusión en el sistema estadounidense…, op. cit.,* pp. 35-36.
[952] EUSAMIO MAZAGATOS, E. y SÁNCHEZ RUBIO, A.: *La prueba ilícita en la doctrina de la Corte Suprema…, op. cit*., p. 93.
[953] *Ídem.*

se había posicionado durante la era Warren, resultaba un obstáculo para su cometido de imponer la ley y el orden, por tal motivo era necesario restringir al máximo la aplicación de la regla de exclusión si se quería evitar la impunidad de los ilícitos.

Pensamos que otro de los aspectos influyentes en el cambio de posición jurisprudencial de la regla de exclusión como garantía constitucional de protección del ciudadano contra las prácticas ilegales de los policías en la obtención de pruebas, fue el hecho de haber extendido su aplicación a las jurisdicciones federales, pues esta circunstancia fue considerada por los Estados Federados como una extralimitación de poder por parte de la Corte Suprema.

El fin del absolutismo e irretroactividad de la *exclusionary rule* empieza a tomar fuerza dentro de la opinión de los nuevos jueces, tal como se ve reflejado en el caso Linkletter vs. Walker, en donde con el respaldo de siete de los nueve magistrados, se llegó a la decisión que, conforme a la Constitución no es obligación aplicar el efecto retroactivo de la *exclusionary rule*. Por lo tanto, los precedentes referentes a este punto podían o no ser admitido si fundamentos en el interés de la justicia se declara la retroactividad. Para tal efecto era necesario sopesar, en el caso particular, las ventajas y desventajas que podría ocasionar la admisión de la regla de exclusión. De esta manera surge por primera vez como forma de limitación de la *exclusionary rule* la técnica de ponderación, test que aclaró la Corte era principalmente apropiada para los casos de registros, detenciones y confiscaciones irrazonables[954]. En consecuencia, era el juez quien debía valorar en cada caso concreto los pro y contras de aplicar la regla de exclusión. Sobre este aspecto, debemos manifestar que a nuestro modesto entender, no es admisible que una garantía constitucional como la regla de exclusión se la restrinja mediante una técnica de aplicación incierta y manipulable a juicio de la Corte; además que esta constituye una extralimitación de funciones, pues una restricción de tal magnitud, para que sea constitucional, debería darse mediante una reforma legislativa[955].

La nueva Corte Suprema tomó este nuevo lineamiento jurisprudencial, basando su criterio en la construcción del coste social y jurídico, en tal sentido surge la necesidad de preservar la integridad judicial en el proceso. Bajo este principio toma fuerza el *deterrent efecte*, por tal motivo toda prueba obtenida por acciones ilícitas de las policías que afecte derechos

[954] FIDALGO GALLARDO, C.: *Las "Pruebas Ilegales" …, op. cit.*, pp. 197-198.
[955] *Ibídem*, p. 198.

individuales del investigado debe ser rechazada. Desde este prisma los Tribunales no pueden admitir dichas pruebas, pues caso contrario se convertirían en cómplices de la actuación ilegal policial[956]. Sobre este argumento la jurisprudencia considera que admitir una evidencia obtenida ilegalmente fomentaba el incumplimiento de la Constitución y con ello se dejaría vacío la protección de los derechos[957].

A partir de este argumento, el rechazo judicial de la prueba ilícitamente obtenida se constituye en un instrumento disuasorio para que los agentes policiales en el futuro no cometan violaciones de los derechos individuales[958]. De esta forma se empieza afianzar como único fundamento jurídico para la aplicación de la *exclusionary rule* el efecto disuasorio, principio que impide a la policía realizar investigaciones ilícitas, pues caso contrario todo lo obtenido será inadmitido al proceso, sin perjuicio de las sanciones respectivas del agente infractor.

El efecto disuasorio fue construido por los precedentes jurisprudenciales como un remedio de aplicación para el futuro, con lo cual la regla de la exclusión deja de tener efecto retroactivo y sólo podía ser aplicado para lo venidero, en otras palabras, la actual misión de la *exclusionary rule*, no era la protección de los derechos individuales como fue en sus inicios, sino la de evitar que en el futuro no se produzcan nuevas conductas ilícitas policiales que en el afán de conseguir evidencias violen tales derechos.

Siendo consecuente con la actual fundamentación de la prueba ilícita, si una prueba se obtuvo con vulneración de un derecho, no tiene sentido aplicar la *exlcusionary rule* de forma retroactiva, ya que de nada serviría implementar un remedio de esta índole cuando el daño está hecho. Por este motivo, a criterio de la nueva Corte, es más apropiado para la defensa de los derechos evitar su vulneración futura mediante la técnica de la disuasión policial que repararlos cuando ya fueron afectados y cuyo coste social resulta más perjudicial para la sociedad, pues deja sin castigo al infractor.

La reformulación del sustento jurídico de la exclusionary rule tuvo lugar en la década de los setenta, proceso denominado por el profesor MIRANDA ESTRAMPES, como periodo de desconstitucionalización de la regla de exclusión. Con este nuevo criterio se restringe el alcance

[956] ARMENTA DEU, T.: *La prueba ilícita…, op. cit*., p. 30.
[957] MIRANDA ESTRAMPES, M.: *Prueba ilícita y regla de exclusión en el sistema estadounidense…, op. cit*., p. 38.
[958] ARMENTA DEU, T.: *La prueba ilícita…, op. cit*. p. 30.

de esta regla, como se verá más adelante, mediante el establecimiento de una serie de excepciones[959].

En efecto, del cambio de la anterior postura constitucional, a la nueva fundamentación disuasoria de la policía, se colige que la *exlcusionary rule* está encaminada hacia su paulatina desaparición como verdadera garantía de protección de los derechos fundamentales del ciudadano, con lo cual ceden protagonismos dichos derechos en favor del *ius puniendi* y la búsqueda de la verdad.

Establecer como fundamento de la regla de exclusión el efecto disuasorio, como bien sostiene NIEVA FENOLL, es muy peligroso para el respeto de los derechos y libertades consagrado en la Constitución, pues al sostenerse este razonamiento, daría como resultado que aquellas acciones ilícitas realizadas por la policía en su afán de conseguir evidencias incriminatorias, sería válidas si se comprueban que en su obtención no existió una malintencionada práctica policial. Situación que pondría en segundo plano la defensa de los derechos fundamentales si se cumple esta condición. En conclusión, al tomarse como fundamento el efecto disuasorio, no todas las pruebas obtenidas ilícitamente serán rechazadas, sino únicamente aquellas en donde se observe una aparente o real actuación de mala práctica en la investigación policial, en sentido contrario, si no se evidencia lo anterior, la vulneración del derecho afectado con la medida pierde su importancia ante los beneficios que se pueden obtener de aquello para la administración de justicia[960].

Siguiendo la clasificación de la doctrina encontramos que el efecto disuasorio puede ser de tres clases: a) efecto disuasorio individual o específico, b) efecto disuasorio general, y, c) efecto disuasorio sistemático. De manera concreta el efecto disuasorio individual es aquel que va dirigido al agente concreto quien vulneró el derecho fundamental al momento de obtener la prueba, la misma que para los efectos de defensa de los derechos tiene poca importancia, pues la regla de la exclusión no establece una sanción directa para el policía infractor. Ante esta circunstancia, aplicar una disuasión individual, no frenará en lo posterior la mala praxis de dicho agente.

[959] MIRANDA ESTRAMPES, M.: *Prueba ilícita y regla de exclusión en el sistema estadounidense…, op. cit.,* pp. 39-49.
[960] NIEVA FENOLL, J.: "Policía judicial y prueba ilícita…", en *El nuevo proceso penal…, op. cit.,* pp. 653-673

Por su parte la disuasión general es aquella que va dirigida a corregir la actuación ilegal investigativa de la institución policial en su conjunto, con lo cual se busca profesionalizar y orientar en el futuro prácticas de investigación respetuosas con los derechos fundamentales[961]. Finalmente, la disuasión sistemática va dirigida a todo el sistema encargado de la persecución y castigo penal dentro de los que se encuentra los Jueces, Fiscales y Departamento Policial, quienes al saber que las pruebas ilícitamente obtenidas pueden ser excluidas del proceso penal, los obligará a respetar las garantías constitucionales. De esta manera los actores del sistema penal se verán constreñidos a mejorar la educación, entrenamiento y disciplina de los agentes públicos, a fin de disminuir las malas actuaciones investigativas violatorias de derechos, con lo cual se podrá contar con una mayor cantidad de pruebas admisibles para el éxito del juicio[962].

Haciendo un breve recorrido sobre la tendencia de desconstitucionalización de la *exclusionary rule*, vemos que luego de su posicionamiento alcanzado como garantía de aplicación absoluta para los supuestos de obtención de prueba ilegalmente obtenida reconocido en el caso Mapp vs. Ohio, empieza su descenso cinco años después de su consagración, tal como se observa en la sentencia Schmerber vs. California de 1966[963].

En lo posterior empieza una erosión paulatina de la regla de exclusión, tal como se desprende del sinnúmero de excepciones que empezaron a surgir dentro de las que podemos citar: la falta de legitimación para alegar la aplicación de la regla de la exclusión. Con esta excepción se restringe la invocación de la *exclusionary rule* al titular directo de la vulneración del derecho, de manera tal que si existen pluralidad de acusados éstos no puedan invocar la ilicitud de pruebas en su favor para que sean excluidas del proceso[964]. Otra de las excepciones

[961] MIRANDA ESTRAMPES, M.: *Prueba ilícita y regla de exclusión en el sistema estadounidense…, op. cit.*, p. 41.
[962] FIDALGO GALLARDO, C.: *Las "Pruebas Ilegales" …, op. cit*., p. 303.
[963] Dentro de las diversas jurisprudencias que aplicaron la falta de legitimación o como también se lo denomina en la doctrina norteamericana "standing", tenemos el caso Alderman vs. United States de 1969, Rakas vs. Illinois de 1978, United States vs. Salvucci de 1980 y United Stated vs, Payner de 1980. En todas ellas se negó la posibilidad de los coacusados a oponerse a la utilización de pruebas ilegales por no haber sufrido directamente la afectación a sus derechos constitucionales. EUSAMIO MAZAGATOS, E. y SÁNCHEZ RUBIO, A.: *La prueba ilícita en la doctrina de la Corte Suprema…*, *op. cit*., pp. 94-96.
[964] Esta limitación de aplicación de la *exclusionary rule* principia con el caso Alderman vs. United States de 1969, en el se establece por primera la legitimación procesal "standing", por lo cual únicamente el sujeto directamente afectado con la acción ilegitima de la policía puede oponerse a la incorporación de pruebas en su contra obtenidas mediante la vulneración de sus derechos fundamentales.

fue la buena fe policial[965], con ella se evitaba excluir de los recaudos procesales pruebas ilegítimas que habían sido obtenidas con vulneración de un derecho constitucional, pero no realizado de forma mal intencionada, sino realizado porque se creía que se estaba actuando amparado en la ley. Por otra parte, al tener actualmente como fundamento de la regla de exclusión el efecto disuasorio, su aplicación sólo opera cuando los agentes del orden público son los que hayan vulnerado una de las Enmiendas Cuarta, Quinta, Sexta y Decimocuarta de la *Bill of Rigths*[966]; por lo tanto, la regla no ampara aquellos actos ilícitos de obtención de prueba provenientes de particulares. Lo anterior tiene su excepción para aquellas situaciones en donde los particulares actúan como un simple instrumento de los cuerpos policiales de investigación o con su participan o sabiendas. De presentarse esta situación se entiende que son los propios policías quienes estarían actuado por medio del tercero como medio para obtener pruebas que si lo hiciesen ellos serían consideradas excluidas del proceso penal[967].

Para terminar con esta parte tenemos a las evidencias obtenidas fuera del territorio nacional y en contra de un extranjero. Esta limitación surgió dentro del juicio United States vs. Verdugo Urquidez. El presente caso de manera resumida tuvo como antecedentes el registro domiciliario realizado sin autorización a dos viviendas en México del acusado nacional y residente de dicho país, realizado por policías mexicanos en colaboración con la DEA, investigado que fue arrestado al encontrársele como evidencia una hoja de cálculo donde constaba cantidad de marihuana enviada hacia los Estados Unidos, razón por la cual fue entregado por los agentes policiales mexicanos a los servidores de la DEA. Este sujeto al ser procesado por la Corte Suprema no se aplicó la exclusión de la prueba obtenida de forma ilegal,

---

[965] El principio de la buena fe como fundamento de la exclusionary rule, significó el punto máximo del desmantelamiento constitucional de esta regla. Su consagración tuvo lugar dentro del caso United States vs. León de 1984, en donde se dio que la exclusión de pruebas ilícitas dentro del proceso no procedía cuando habían sido obtenidas por un policía, si es que este había actuado de forma razonable y pesando que lo hacía de forma legal. Jurisprudencia que se siguió aplicando en casos venideros como: Massachusetts vs. Sheppard de 1984, Illinois vs. Krull de 1987, e Illinios vs Rodríguez de 1990. EUSAMIO MAZAGATOS, E. y SÁNCHEZ RUBIO, A.: *La prueba ilícita en la doctrina de la Corte Suprema…*, *op. cit*., pp. 103-108.

[966] Esta excepción tiene su sustento en la legislación de los Estados Unidos, pues para ellos los únicos que pueden violar los derechos procesales constitucionales son la policía y el fiscal o *presecutor*. Esta clase derechos son considerados como un deber que recae cobre los agentes del orden público en sus relaciones con los ciudadanos con lo cual se limita el accionar de las fuerzas policiales. FIDALGO GALLARDO, C.: *Las "Pruebas Ilegales" …*, *op. cit*., p. 303.

[967] MIRANDA ESTRAMPES, M.: *Prueba ilícita y regla de exclusión en el sistema estadounidense…, op. cit*., p. 57.

aduciendo este organismo que la consecución ilegal de la evidencia fue realizada fuera de los Estados Unidos y en contra de un ciudadano no estadounidense.

En esta jurisprudencia se utiliza como argumento, para no utilizar la regla de la exclusión, por un lado, el hecho de que el acusado al no ser ciudadano o tener una conexión suficiente con el país, no se encuentra protegido por la IV Enmienda, porque el término *"the people"* se refiere únicamente a personas que son parte de la comunidad nacional. Por otro, se estableció que las autoridades judiciales norteamericanas no tienen jurisdicción para autorizar en naciones extranjeras registros domiciliaros, por lo tanto, la "Clausula del Warrant" no puede ser aplicada en estos supuestos[968].

De forma resumida hemos visto como se inició la *exclusionary rule*, empezando con un fundamento constitucional de garantía de las Enmiendas IV, V, VI y Duodécima. En esta primera fase la regla de exclusión se aplicaba de forma rígida, excluyendo del proceso toda prueba obtenida con vulneración de las antes mencionadas Enmiendas. Desde sus inicios la aplicación rígida de la *exclusionary rule* tuvo sus detractores, quienes la veían como una garantía que daba preferencia a los culpables y perjudicaba la administración de justicia, pues muchos criminales eran absueltos como consecuencia de la inadmisión de pruebas ilícitas. Por otra parte, el sometimiento de la regla de exclusión para todos los Estados federados no era vista con buenos por ellos por amenazar su soberanía.

La Corte Suprema posteriormente arguye como fundamento la integridad judicial, con ello se da una cierta flexibilidad en la aplicación de la regla de exclusión, deja de ser obligatorio excluir del proceso penal todas las pruebas ilícitas, sino que previo a ello se debe ponderar dentro del caso concreto para que el juez pueda tomar la decisión si la exclusión de la prueba es procedente o no, para ello deberá aplicar un juicio de ponderación de costo beneficio entre los intereses contrapuestos: el derecho vulnerado del procesado que podría significar su libertad y el derecho de la sociedad a exigir justicia.

El último periodo de la *exclusionary rule*, tal como venía involucionando esta regla, se podría denominar como la crónica de una muerte anunciada, poco a poco se fue cambiando el fundamento constitucional inicial que la convertía en una garantía de los derechos

[968] *Ibidem*, pp. 59-60.

.

constitucionales, para pasar a ser considerada una medida disuasoria que evitaría en el futuro actuaciones ilícitas policiales en la obtención de pruebas.

A nuestro pensar este último fundamento, que actualmente es la tendencia generalizada y dominante, deja al descubierto que la aplicación de la regla de exclusión ya no es una regla general de uso, sino es una excepción que solo deberá ser aplicada cuando se detecte que la obtención de la prueba ilícita fue fruto de una actuación policial negligente o mal intencionada. Lo anterior significa que, si no se dio la obtención de la prueba bajo esas circunstancias, la prueba ilícita debe ser valorada por el tribunal, con lo cual la protección de los derechos fundamentales pasa a ocupar un segundo plano en favor del castigo criminal.

Debido a esta postura, en los últimos años la tendencia jurisprudencial generalizada es la de sostener que, las pruebas obtenidas de manera ilícita debían ser suprimidas solo cuando la violación de la Cuarta Enmienda hubiese sido realizada por los agentes de policía de manera desafiante o sistemáticamente negligente.

2. El concepto de prueba ilícita en España

La prueba es el corazón del proceso, sin ella no se podrían esclarecer los hechos, ni las partes sustentar sus argumentos, pero para que ésta pueda ingresar al juicio, es necesario que cumpla con determinados requisitos para su obtención como para su aportación. Por esta razón, no toda prueba podrá ser admitida al proceso penal, para ello es necesario que se respeten determinadas garantías, pues caso contrario carecerá de eficacia jurídica dentro de la causa.

Dentro de las pruebas que no tolera el proceso penal encontramos diversas acepciones con las cuales se las denomina en los diferentes sistemas jurídicos y en la doctrina. En efecto, como veremos a continuación, no existe coincidencia en su denominación ni en sus características; es así que podemos encontrar conceptos más amplio o más restrictivo, circunstancia que incide en la aplicación de esta figura jurídica.

Otra circunstancia que también puede hacer variar el concepto de prueba ilícita es lo relacionado a la política criminal que tenga implementado cada país, por tal motivo a mayor necesidad de protección de la seguridad ciudadana, se hará más flexible los efectos de la prueba ilícita, a tal punto que hoy en día lejos de afianzarse la prueba ilícita como una garantía de los

derechos fundamentales contra los posibles abusos del poder público, se ha ido, como luego veremos, estableciendo excepciones, a tal punto que cada vez más se han ido mermando los efectos protectores de la prueba ilícita[969].

Entrando en materia podemos darnos cuenta, conforme el estudio de MIRANDA ESTRAMPES, que tanto la doctrina como la jurisprudencia se refiere a este tipo de pruebas utilizando diversidad de términos a saber: prueba prohibida o prohibiciones probatorias, prueba ilegal o ilegalmente obtenida, prueba ilícita o ilícitamente obtenida, prueba ilegítimamente obtenida, prueba inconstitucional, prueba nula, prueba viciada, prueba irregular y prueba clandestina[970]; términos que al no ser necesariamente sinónimos pueden presentar diferencias conceptuales de importancia[971].

Esta indeterminación de su concepto representa el primer escollo que debemos superar en el análisis del presente tema, pues de ello dependerá que podamos ubicarnos al momento de tratar una materia con tanta trascendencia, tanto para los derechos fundamentales, como para el éxito del castigo de los culpables. Desde ya decimos que su definición no es una tarea fácil debido a las distintas fórmulas empleadas tanto en el ámbito doctrinal, jurisprudencial y legislativo de los países. En razón de aquellos empezaremos su estudio revisando lo que nos enseña la doctrina, la jurisprudencia y la ley.

2.2.1. El concepto de prueba ilícita en la doctrina

La complejidad de su definición se evidencia en la marcada divergencia que se presenta por parte de la doctrina al momento de enmarcar lo que es la prueba ilícita. Es así que podemos observar que hay unos que se decantan por un concepto amplio y otros por uno de carácter más restringido[972].

---

[969] ARMENTA DEU, T.: *La prueba ilícita …, op. cit*., p. 238.

[970] MIRANDA ESTRAMPES, M: *El concepto de prueba y su tratamiento*…, *op. cit*., p. 18. MIRANDA ESTRAMPES, M.: "*La prueba ilícita: la regla de exclusión probatoria y sus excepciones"*, Revista Catalana de Seguretat Pública, núm. 22, 2010, pp. 131-151.

[971] FONSECA LUJÁN, R.: *"Prueba ilícita: Regla de exclusión y casos de admisibilidad"*, Revistas BJV, 2016, p. 31, disponible en https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/reforma-judicial/article/download/11164/13160, (última visita 5/01/2022).

[972] La categorización de dichos conceptos ha sido de forma clara estudiada por el profesor Miranda Estrampres. MIRANDA ESTRAMPES, M: *El concepto de prueba y su tratamiento y su tratamiento en el proceso penal*, Bosch, Barcelona, 2004, pp. 19-22.

2.2.1.1 Concepción amplia

DEVIS ECHANDÍA define a las pruebas ilícitas como aquellas "que están expresas o tácitamente prohibidas por la ley o atentan contra la moral y las buenas costumbres del respectivo medio social o contra la dignidad y libertad de la persona humana o violan sus derechos fundamentales que la Constitución y la ley lo ampara"[973].

Siguiendo la doctrina española, encontramos que hay unos, que sustentan el concepto de la prueba ilícita en el principio general del dolo, por tal razón quien lo comete no podrá aprovecharse de éste. Desde este punto de vista, será prueba ilícita aquel material probatorio obtenido mediante una acción dolosa. En razón de aquello si alguien obtiene una prueba de manera fraudulenta no le sería lícito sacar provecho de ello, por lo que todo lo recaudado sería ineficaz. Por su parte otros consideran como prueba ilícita a toda aquella obtenida o practicada con infracción de las normas jurídicas, en otras palabras, bastará con infringir una norma de cualquier nivel o naturaleza para que la prueba sea prohibida dentro del proceso penal[974].

2.2.1.2. Concepción restringida

Con una dirección opuesta al anterior criterio encontramos una concepción más específica y delimitada de prueba ilícita. Para este sector de la doctrina entrará dentro del ámbito de prueba ilícita únicamente aquellas pruebas obtenidas con vulneración de un derecho fundamental.

Este concepto es el que goza de mayor aceptación por parte de la doctrina, para este sector los límites del derecho a la prueba consagrado constitucionalmente tienen que suponer una infracción del mismo nivel, por lo que en su opinión solo pueden ser tachados de ilícitos y no admisibles en el proceso aquellos medios de prueba en cuya obtención se hubiere violado un derecho fundamental del mismo rango o superior que el derecho a la prueba. Los defensores de esta tesis toman como base para sus argumentos tanto de la jurisprudencia del TC (STC 114/1984); así como la ley que rige esta materia (art. 11.1 LOPJ)[975].

[973] DEVIS ECHANDIA, H.: *Teoría general de prueba judicial*. Tomo I, labalia Edil, Buenos Aires, 1987, p. 539.
[974] MIRANDA ESTRAMPES, M: *El concepto de prueba*…, *op. cit*., p. 20.
[975] *Ibídem*, p. 22.

Es importante recalcar que dentro de esta tendencia existen un grupo de doctrinarios que diferencian determinados grados de ilicitudes, los cuales varían según el término utilizado. Dentro de este criterio encontramos autores como GIMENO SENDRA, MORENO CATENA y CORTÉS DOMÍNGUEZ[976], para quienes no es lo mismo hablar de prueba ilícita que de prueba prohibida. Calificando a la primera como aquella que infringe cualquier ley, sea constitucional u ordinaria, en cuyo caso su efecto acarrearía la nulidad de lo actuado. Por su parte la prueba prohibida, es aquella que se produce cuando en su obtención se vulnera un derecho fundamental. En estos casos dichas pruebas no podrán ser valoradas ni servir como base para una eventual condena.

A su vez otro sector de la doctrina, difiriendo del anterior, considera como términos sinónimos a la prueba ilícita y a la prohibida, pero a su vez incorporan un nuevo concepto diferente[977]. Para estos autores la prueba ilícita o prohibida es aquella que afecta derechos fundamentales en la obtención de las fuentes de prueba. Mientras que la ilegal serían aquellas donde se vulneran normas procesales probatorias relacionadas a los medios de prueba o práctica de las mismas.

Según los diversos conceptos revisados *supra*, podemos colegir que la doctrina es unánime en rechazar las pruebas obtenidas con vulneración de un derecho fundamental. Por esto motivo, a nuestro juicio, la eficacia de la prueba ilícita debe ir direccionada a impedir toda actuación de recolección de prueba que afecte a garantías fundamentales. Cuando se vulneren otro tipo de normas jurídicas, la sanción no debería ser la de restarle eficacia probatoria o impedir su valoración dentro del proceso penal como sucede para el caso de la prueba obtenida con afectación de un derecho fundamental, para nosotros lo más adecuado sería, mientras el legislador no se pronuncie al respecto, dejar a criterio del juez para que según el caso en concrete, de acuerdo a la relevancia de infracción, establezca la sanción procesal respectiva.

[976] GIMENO SENDRA, V., MORENO CATENA, V., y CORTÉS DOMÍNGUEZ, V.: *Derecho procesal penal*, Editorial Colex, Madrid, 1999, pp. 635-637.
[977] MIRANDA ESTRAMPES, M.: *El concepto de prueba…, op. cit.*, pp. 30-31. Véase, además, CAFFERATA NORES, J.: *La Prueba en el Proceso Penal*, Depalma, Buenos Aires, 2003, pp. 84-85.

2.2.2. El concepto de prueba ilícita en la jurisprudencia

Para abordar este tema tenemos que referirnos a la STC 114/1984, sentencia que como se acabó de señalar ha servido de sustento para la creación del concepto restrictivo de prueba ilícita. Si bien esta jurisprudencia no define la prueba ilícita, su mención es inevitable por ser la que dio vida en la legislación española a esta figura. En esta sentencia se estableció de manera categórica la proscripción de toda prueba conseguida como consecuencia de una vulneración de derechos o libertades fundamentales.

Lo anterior tuvo como sustento la posición preferente que ocupa los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico y de su condición inviolable. Al establecer esta jurisprudencia la inadmisibilidad de pruebas obtenidas con afectación de derechos fundamentales da una clara señal que el concepto de prueba ilícita se debe circunscribir a las vulneraciones de este tipo de derechos.

Por su parte el TS también se ha referido a este tema con un claro criterio restrictivo, al señalar de forma resumida que no toda infracción de las normas procesales reguladoras de la obtención y práctica de pruebas impiden la valoración de las mismas, sino que únicamente estaremos en presencia de una prueba prohibida cuando se vulnera los derechos calificados por la Norma Suprema como fundamentales"[978]. Por lo tanto, sólo aquellos derechos reconocidos por la Constitución como fundamentales son los que entran dentro del concepto de prueba ilícita. Por lo cual, si estamos en presencia de derechos de otra índole que han sido inobservados en la obtención del material probatorio, no se podría aplicar los efectos de la prueba ilícita[979].

Hasta aquí el concepto de prueba ilícita, si bien era restrictivo, por enmarcarse dentro de las vulneraciones de derechos fundamentales, podemos decir que esta conceptualización en la actualidad ha variado hacia uno más limitativo. Esta opinión la sostenemos en razón de las últimas jurisprudencias dadas por el TS y TC dentro del caso de la famosa "Lista Falciani", las cuales estudiaremos en líneas posteriores, sostienen que el art. 11.1 LOPJ no hace referencia a cualquier tipo de vulneración de derechos fundamentales sino, únicamente a aquello que pueden

[978] STS 610/1990, de 18 de junio de 1992.

[979] Aunque es importante recalcar que dentro del TS también existe una corriente jurisprudencial minoritaria que un criterio un poco más amplio, admite dentro de la concepción de prueba ilícita no sólo vulneraciones de derechos fundamentales, sino también infracciones relaciones a la legalidad procesal ordinaria cuando éstas se dan como consecuencia de vulneración a un derecho fundamental. MIRANDA ESTRAMPES, M: *El concepto de prueba*…, *op. cit.*, p. 20-27.

incidir en el ámbito procesal. En razón de esta jurisprudencia se debería entender como prueba ilícita a aquella prueba que se obtiene vulnerando instrumentalmente un derecho fundamental con fines de sacar una ventaja probatoria en el proceso. Por lo tanto, sólo cuando los derechos fundamentales son vulnerados para obtener una ventaja probatoria serán causa de prueba ilícita, en los otros casos, se deberá seguir otras vías externas al proceso penal, como forma para reparar el daño sufrido[980].

Revisadas las anteriores posturas creemos que establecer un concepto amplio de prueba ilícita puede dar como consecuencia imprecisión e inseguridad jurídica en la medida que bastaría con cualquier vulneración de una norma jurídica para producir la inadmisión de una prueba. Situación que podría dar lugar a que la gran mayoría de investigaciones penales se echaran a perder por afectación de normas *infra* constitucionales que perfectamente, en caso de haber sido violentadas, se puede establecer efectos jurídicos proporcionales a la infracción cometida y no aplicar una sanción tan grave como es la de inadmitir una prueba y dejar impunes delitos de gran conmoción social.

Hablando de manera específica para el caso de las medidas de investigación tecnológica pensamos que la aplicación de este concepto es perjudicial para la practicidad de esta herramienta en la lucha contra la criminalidad moderna. Piénsese en el caso de que dentro de la medida de captación y grabación de comunicaciones orales, se haya cumplido con todos los requisitos para su adopción, por lo que el derecho fundamental del investigado ha sido constitucionalmente afectado, pero que por un error del Policía Judicial, se olvida al momento de enviar al juez el soporte original o copia electrónica auténtica de las grabaciones e imágenes, la trascripción de las conversaciones que considere de interés[981], si aplicamos el concepto amplio, todo el materia probatorio recaudado, sería ineficaz por haber violado lo dispuesto en la ley, sanción que sería desproporcionada por darle preferencia a una norma infra constitucional en desmedro de otra de mayor envergadura como podría ser el derecho a la verdad procesal o el castigo de los culpables. Por tal motivo para estos casos se debería aplicar otro tipo de sanción a efectos de no dejar en la impunidad los delitos por meras faltas procesales que pueden ser subsanables.

[980] STC 97/2019, de 16 de junio de 2019.
[981] Al respecto léase el art. 588 *quater* d, de la LO 13/2015.

En este orden de ideas, interpretar el concepto de prueba ilícita de forma laxa, sería tomar una posición errada en la medida que el derecho a practicar los medios de pruebas pertinentes constituye un derecho fundamental incorporado a la tutela judicial efectiva, por tal circunstancia éste solo podría ceder si se contrapone a otro derecho de su mismo nivel y no por uno de otra naturaleza o norma infra constitucional[982].

En torno al concepto restringido pesamos que hasta antes de la jurisprudencia Falciani era el más adecuado por ajustarse a los origines que dio vida a la prueba ilícita, el cual fue constituirse en una garantía de protección de los derechos fundamentales del ciudadano contra los posibles abusos del Estados en el uso del ius puniendi. Pero en la actualidad esta protección queda relegada vía jurisprudencia a un segundo plano, dando preferencia a la garantía del proceso debido.

A nuestro juicio, sobre todo en investigaciones donde se utiliza medidas tecnológicas, las cuales son en la mayaría de los casos muy invasivas de derechos fundamentales, limitar la aplicación de la prueba ilícita al ámbito procesal, puede propiciar abusos en el empleo de estos medios, pues la inutilización del materia probatorio, ya no depende de si en la obtención de la prueba se vulneró un derecho fundamental, sino de que el juzgador, luego del respectivo juicio de ponderación en cada caso en concreto, considere si la violación al derecho repercute de alguna forma en los derechos procesales de las partes.

Bajo los lineamientos antes expuestos, nos hemos decantado por definir como prueba ilícita a toda actividad dentro de una investigación penal que, con la finalidad de obtener una fuente o medio de prueba para sustentar sus pretensiones dentro del proceso penal, vulnera un derecho fundamental sin cumplir con los presupuestos legales para tal efecto o atente contra la dignidad de la persona humana.

[982] Este razonamiento lo sustentamos basados en el criterio establecido dentro de la STC 114/1984, que al momento de tratar el problema de la admisibilidad de la prueba ilícita reflexiona sobre la encrucijada que se da entre elegir, por un lado, la verdad como fin del proceso penal y, por otra, respetar el derecho fundamental conculcado en la obtención de la prueba que se pretende hacer valer dentro del juicio. En este supuesto señala el Tribunal que la búsqueda de la verdad procesal debe primar cuando, la garantía vulnerada con el procedimiento de obtención de la prueba es de rango *infra* constitucional. Este pronunciamiento nos lleva a sostener que si el derecho o norma afectado con la medida de investigación tecnológica, no es de aquella considerada fundamental, la prueba ilícita tendrá plenos efectos jurídicos dentro del proceso penal.

3. La prueba ilícita en la legislación española

Como acabamos de señalar, el problema de la prueba ilícita se visibilizó a partir de la sentencia 114/1984, criterio jurisprudencial que luego de un breve periodo fue plasmada en el art. 11.1 de la LOPJ. Este artículo siguiendo las bases sentadas en la antes mencionada sentencia, parte de la vigencia y posición preferente de los derechos fundamentales, por lo que resulta inadmisible para el proceso penal español pruebas obtenidas con vulneración a dichos derechos[983]. En tal virtud, todo elemento probatorio conseguido con afectación de un derecho fundamental, la consecuencia será la inutilización.

Revisando la ley antes mencionada notamos una prohibición expresa de utilizar pruebas provenientes de vulneraciones de derechos fundamentales; por lo que queda prohibido valorar pruebas ilícitas como medio para sustentar una sentencia condenatoria. Conforme se desprende de la lectura del art. 11.1 de la LOPJ se colige que toda aquella prueba lesiva de un derecho fundamental debe ser eliminada del proceso sin posibilidad de ser valorada, de igual manera sucederá con todas aquellas pruebas que se deriven de ella[984]. A pesar de esta prohibición, como veremos luego, los altos tribunales españoles se ha dado la forma de seguir admitiendo pruebas ilícitas mediante la aplicación de excepciones, todo esto con la finalidad de evitar la impunidad de los delitos y proteger el proceso penal antes que los derechos del encausado.

Parecería a simple vista que la solución a los problemas de la prueba ilícita se encuentra resuelto con dicha regulación, pero un estudio más profundo del artículo en mención revela ciertas dificultades no sencillas de dilucidar en todos los casos. Por tal motivo creemos pertinente hacer una disección de los términos empleados por el art. 11.1 de la LOPJ, a efectos de entender de una mejor manera el alcance de esta regulación. Para cumplir con este cometido analizaremos las frases que podrían presentar confusión al momento de su interpretación.

3.1. Alcance de la expresión "no surtirá efecto"

En primer lugar, la norma en estudio utiliza la expresión "no surtirán efecto", si lo leemos en su connotación literal, les manda un claro mandato a todos los operadores de justicia, esto es

[983] LÓPEZ-FRAGOSO ALVAREZ, T: *Las intervenciones telefónicas…*, *op. cit.*, p. 95.
[984] El art. 11.1 de LOPJ de forma expresa señala que: "No surtirán efecto las pruebas obtenidas violentado, directa o indirectamente, los derechos y libertades fundamentales".

que, en el Estado de Derecho, es intolerable alcanzar la verdad procesal a cualquier precio. De tal manera que el castigo del delito debe respetar los derechos fundamentales del justiciable, pues caso contrario todo lo recaudado como consecuencia de dicha afectación no podría ser valorado y deberá ser expulsado del proceso penal. Esta prohibición impide, por una parte, prácticas lesivas contrarias a los derechos fundamentales, y, por otra, reafirma los principios que debe imperar en un Estado social de Derecho, en especial la protección y respeto por los derechos fundamentales, por ende, el *ius puniendi* no lo podrá ejercer a su antojo y sin restricciones. En consecuencia, el *ius puniendi en su ejercicio* debe someterse al principio de legalidad de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 24, 25 y 117 de la CE, normas que buscan garantizar la defensa del ciudadano contra el Estado[985].

Aplicando esto a nuestro tema significa que, aunque la utilización de una de las actuales medidas de investigación tecnológicas, hayan logrado conseguir evidencias fehacientes sobre el cometimiento de un delito y sus responsables, si se detecta alguna violación al derecho fundamental del investigado, sin importar el tipo de delito, una eventual sentencia condenatoria no podría sustentarse en dichos elementos probatorios, ni en los que se deriven de estos. Lo mencionado se colige del alcance del presente artículo cuando señala la frase "no surtirán efecto".

Lo anterior nos puede llevar a sostener que, en el ordenamiento jurídico español, la exclusión de la prueba ilícita exige una aplicación absoluta, lo cual se podría justificar si vemos a esta regla como una garantía a favor del ciudadano y un límite del *ius puniendi* del poder público. Si seguimos este razonamiento lo lógico sería sostener que la prueba ilícita no puede producir efectos incriminatorios dentro del proceso penal. Criterio que no es unidireccional dentro de la doctrina, es así que podemos encontrar posiciones antagónicas e intermedias que abordan de diferente manera los efectos procesales de la prueba ilícita. En tal sentido veremos las diversas posturas que tratan de una u otra forma establecer, según su punto de vista, cuáles deben ser las consecuencias jurídico-procesal de la prueba ilícita.

[985] CASABIANCA ZULETA, P.: *Las intervenciones telefónicas*…, *op. cit*., 292.

3.1.1. Doctrina a favor de la admisión y eficacia de la prueba ilícita

Los partidarios de esta tesis se basan principalmente, por una parte, en el criterio de la búsqueda de la verdad como fin de la prueba dentro del proceso penal. En atención a este argumento, todo lo que permita descubrir la verdad dentro del proceso, debe ser valorado por el juzgador para formar su convicción[986].

Según los defensores de esta tesis, la verdad al ser el fin del proceso debe primar sobre cualquier vulneración de derechos, pues todo aquello que sirva para alcanzar este objetivo, debe ser valorado por el juez a efectos de crear en él la convicción de que los hechos sucedieron de tal forma y no de otra. En tal sentido resulta irrelevante la forma de obtención de la prueba lo importante es alcanzar la tan ansiada verdad material, sin perjuicio de que los actuantes en la ilicitud puedan ser sancionados[987]. Se podría decir que esta tesis no tolera la vulneración de derechos fundamentales en la obtención de la prueba, pero en lo que no están de acuerdo es que se sacrifique el proceso penal por cuestiones que pueden resolverse por otras vías reparatorias menos onerosas para la administración de justicia.

La admisibilidad de la prueba ilícita a favor de la verdad, no sólo ha sido tomada como sustento por la doctrina, sino también por cierta jurisprudencia del TS, como se desprende de la sentencia de 29 de marzo de 1990, en donde se pone de manifiesto la tendencia hacia la admisión de la prueba ilícita, por considerar que ésta, siguiendo el principio de ponderación de los intereses en juego, puede ceder, no obstante, de haber sido conseguida con vulneración de derechos fundamentales, a favor de la verdad material.

En relación a este sustento jurídico, debemos resaltar que la búsqueda de la verdad no es un valor absoluto, sino que ésta se encuentra restringida por los valores éticos y jurídicos del Estado de Derecho,[988] de ahí que de forma reiterada se replique por los estudiosos del tema, la frase célebre plasmada por el Tribunal Supremo alemán (B.G.H.) en su sentencia de 14 de junio de 1960 de que la verdad no puede ser alcanzada a cualquier precio[989].

---

[986] ARMENTA DEU, T.: *La prueba ilícita…, op. cit.* p. 103.
[987] MIRANDA ESTRAMPES, M.: *El concepto de prueba*…, *op. cit*., p. 53.
[988] BUENDÍA RUBIO M.: "*La prueba ilícita: el art. 11.1 de la Ley Orgánica del ¨poder Judicial. Previsión de la prueba violentando derechos o libertades fundamentales",* Drets, Revista Valenciana de Reformes democrátiques, núm. 2/2016, p. 207, disponible en https://revistes.gva.es/ojs/index.php/drets/article/view/94/118, (última visita 1/11/2021).
[989] MIRANDA ESTRAMPES, M: *El concepto de prueba*…, *op. cit*., p. 55.

Por otra parte, el sustento de la libre apreciación de la prueba como argumento para la admisibilidad de la prueba ilícita, brinda la posibilidad al juez, al momento de valorar una prueba, de decidir si excluye o no aquellos medios probatorios provenientes de fuentes o prácticas ilícitas[990]. Este argumento es criticable por haber sido utilizado de forma distorsionando por los defensores de esta corriente, quienes consideran que libertad de apreciación de la prueba es sinónimo de libertad de utilización. La licitud de la prueba es el presupuesto de la apreciación, esto significa que, si una prueba no es lícita, no puede ser valorada por el juzgador, por tal motivo la ilicitud de la prueba prohíbe su valoración. Como bien lo señala MIRANDA ESTRAMPES, la libre apreciación de la prueba únicamente tiene que ver con la apreciación de medios de prueba lícitos. Por tal motivo la libre apreciación de la prueba no habilita al juez a pronunciarse sobre la base de una prueba ilícitamente admitida o inválidamente constituida, sino únicamente sobre aquellos producidos de acuerdo con las formalidades legales[991].

3.1.2. Doctrina contraria a la admisión y eficacia de la prueba ilícita

Detractores de la anterior tesis, la cual en la actualidad es minoritaria, propugnan la no admisión y eficacia de la prueba ilícita. No concibe como válida para incriminar penalmente a un ciudadano una prueba obtenida con desprecio de los derechos y libertades fundamentales, pues éstos delimitan el camino a seguir a efectos de que, dentro del proceso, el juez, pueda adquirir conocimientos judicialmente válidos. En consecuencia, la obtención de la prueba con afectación de dichos derechos, devienen en una verdad sospechosa que no puede ser admitida ni tomada en consideración por el juez dentro del proceso[992]. El ordenamiento jurídico de un Estado democrático no puede permitir una conducta apartada de la ley, por lo que no debe tolerar actuaciones antijurídicas de las cuales se saque un beneficio por parte de quien no observó el precepto legal. Es por esto que el juzgador no puede admitir una prueba ilícitamente obtenida[993].

---

[990] ARMENTA DEU, T.: *La prueba ilícita…, op. cit.*, p. 103.
[991] MIRANDA ESTRAMPES, M: *El concepto de prueba*…, *op. cit*., pp. 54-55.
[992] *Ibidem*, p. 56.
[993] Como bien lo resalta Vegas Torres al referirse a la inadmisibilidad de loa prueba ilícita, el Estado no puede permitirse el lujo de violar derechos fundamentales de los ciudadanos, los cuales él está obligado por mandato constitucional a respetar y proteger. VEGAS TORRES, J.: *Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal*, La Ley, Madrid, 1993, pp. 130-131.

Uno de los principales defensores en España de la aplicación absoluta de la prueba ilícita, es el profesor ASENCIO MELLADO, quien piensa que toda prueba obtenida con vulneración de derechos fundamentales, es ineficaz, por lo tanto no produce ningún efecto directo ni indirecto dentro del proceso, debiendo ser declarada su ineficacia inmediatamente, pues de lo contrario se mantendría la eficacia en el tiempo de algo que es ineficaz, afectando con ello a la igualdad de las partes, a la buena fe y al derecho a la defensa[994].

Podríamos decir que esta tesis se sustenta principalmente en la obligación del Estado de respetar y defender los derechos fundamentales del ciudadano, por lo tanto, es inaceptable que el poder público, siendo el llamado a cumplir con este cometido, se ubique al mismo nivel de un delincuente y ejecute acciones indignas que vulneren dichos derechos con la finalidad de obtener pruebas para sustentar el *ius puniendi*.

3.1.3. Doctrina mixta

Como respuesta a las anteriores posturas radicales, surge como solución al tratamiento procesal de la prueba ilícita una tesis intermedia o ecléctica. Esta doctrina admite la prueba ilícita bajo determinados presupuestos, pero en otras las rechaza, de ahí que su posición es mixta.

Para VÁZQUEZ SOTELO, las fuentes obtenidas con vulneración de bienes jurídicos de menor rango a los derechos fundamentales deben ser admitidos en el proceso, sin perjuicio de las sanciones que se les pueda imponer a los infractores. Esto significa que cuando se vulneren derechos de igual rango al interés público de alcanzar la verdad, debe rechazarse la prueba por inconstitucional[995]. Como notamos esta corriente gira entorno a la diferenciación entre la vulneración de derechos fundamentales y los no fundamentales. En razón de este fundamento, una prueba, no obstante, su ilicitud, puede eventualmente ser eficaz si el derecho vulnerado no tiene el rango de fundamental.

---

[994] ASENCIO MELLADO, J.: *"Prueba ilícita: declaración y efectos",* Revista General de derecho Procesal, núm. 26, 2012, p. 1, disponible en: https://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id_noticia=411305&d=1, (última visita 10/11/2021).

[995] VÁZQUEZ SOTELO, J.: *"La prueba en contrario "en las presunciones judiciales"*, Revista peruana de derecho procesal, núm. 6, 2003, pp. 485-499.

Otra versión de esta tesis la encontramos en la jurisprudencia desarrollada por el Tribunal Supremo Federal Alemán[996]. En este sistema jurídico la prueba prohibida no se inadmite por el simple hecho de constatarse la vulneración a un derecho fundamental, sino que la eficacia de la prueba ilícita dependerá de la afectación del derecho vulnerado. Por tal razón únicamente cuando en la obtención de la prueba se ha lesionado el núcleo esencial del derecho fundamental, se entiende que dicha prueba es ilícita y, por ende, no puede ser admitida ni valorada dentro del proceso penal. En virtud de esta tesis, en cada caso concreto donde se constate la colisión de derechos fundamentales de igual valor, el juzgador deberá determinar cuál de ellos es el de mayor peso y actuar en consecuencia.

Como podemos advertir de todo lo antes estudiado, la interpretación del término "no surtirá efecto", ha concitado puntos de interpretación diversos dentro de la doctrina. Es así que hay quienes apuestan por una concepción cerrada de admisión dentro del proceso de toda prueba incriminatoria obtenida con vulneración de derechos fundamentales, otros por una admisión total; y, por último, aquellos que propugna por una aplicación de la prueba ilícita limitada bajo ciertas condiciones.

3.2 Posible excepción al término "no surtirá efecto"

Dejando a un lado dichas posturas divergentes, puede darse en ciertas ocasiones que la inadmisión o rechazo de la fuente o medio de prueba se presente como un inconveniente no muy sencillo de resolver, como es el caso de la obtención de prueba ilícita a favor del procesado[997].

Sobre este aspecto DÍAZ CABIALE y MARTÍN MORALES, sostienen que en estos casos "la interpretación literal puede conducir a la situación absurda de tener que desdeñar la fuente de prueba que en vez de demostrar la culpabilidad del imputado deja patente su

[996] CABEZUDO RODRÍGUEZ, N.: *Del Principio de Inmediación, sus Excepciones y los Instrumentos Tecnológicos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 232.

[997] FIDALGO GALLARDO, C.: *Las "Pruebas Ilegales…", op. cit.,* p. 33 Si bien la discusión de la doctrina principalmente se centra en la obtención de prueba ilícita como material incriminatorio, en donde la gran mayoría concuerda es el hecho de reconocer que existen casos en los que por una necesidad se podría utilizar bajo determinadas circunstancias la información contenida en fuentes de pruebas obtenida con afectación de un derecho fundamental, como por ejemplo cuando se trata de prueba ilícita exculpatoria. ESTAMPRE MIRANDA, M: *El concepto de prueba…, op. cit.,* p. 33.

inocencia[998]". Para estos autores interpretar de forma literal el artículo 11.1 de la LOPJ, es ir en contra de la naturaleza para lo cual fue creada esta institución que nada más y nada menos de ser una garantía de protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos contra los posibles excesos del ejercicio del *ius puniendi*, en tal sentido resulta lógico que, si la prueba ilícita contiene material exculpatorio, sea admitida al proceso. Lo contrario provocaría que esta garantía no cumpla con su función de ser el freno al ejercicio del *ius puniendi* del Estado, facultad que en todo momento debe respetar los derechos fundamentales y libertades del justiciable. De ahí que no admitir la prueba ilícita a favor del encausado provocaría un efecto inverso, esto es, que, en nombre de la prevalencia de los derechos fundamentales, se vulnere otros derechos como el de la presunción de inocencia y al proceso con todas las garantías expresado en el artículo 24.2 de la CE, con la cual se sancionaría a un inocente, provocando con ello una errónea aplicación de esta garantía.

Como bien lo sustenta MIRANDA ESTRAMPES, no permitir el acceso de la prueba ilícita en favor de la ratificación de la inocencia del acusado, constituye un error de perspectiva, pues se da preferencia a una norma de rango *infra* constitucional (artículo 11.1 LOPJ) en detrimento de las garantías procesales consagradas en la Constitución española (artículo 24.2)[999]. Lo anterior sería aún más irracional, si la prueba ilícita absolutoria que se busca hacer valer en el juicio, fue conseguida como consecuencia de la violación del propio derecho fundamental del encausado.

En definitiva, vemos como un sector de la doctrina considera que la locución "no surtirán efecto", no es un mandato absoluto. Entender de forma literal lo dispuesto en la ley, constituye un absurdo que contradice a la propia naturaleza de la garantía constitucional cuya misión principal es la de proteger los derechos fundamentales. Por tal razón concluir que el art. 11.1 LOPJ, impide la admisión de la prueba ilícita en favor del acusado, sería una aberración, pues la posición preferente de los derechos fundamentales y su condición de inviolable, impedirían la condena de un inocente. Y más absurdo sería, si en el hipotético caso, el derecho fundamental lesionado para obtener la fuente de prueba es del propio acusado[1000].

---

[998] DÍAZ CABIALE J. y MARTÍN MORALES, R.: *La garantía constitucional de la inadmisibilidad de la prueba…*, *op. cit.* p. 197.
[999] MIRANDA ESTRAMPES. M: *El concepto de prueba*…, *op. cit*., p. 34.
[1000] DÍAZ CABIALE J. y MARTÍN MORALES, R.: *La garantía constitucional de la inadmisibilidad de la prueba…*, *op. cit*., pp. 197-198.

En consecuencia, a criterio de los defensores de esta tesis, una interpretación literal del art. 11.1 LOPJ, esto es, impedir la valoración de pruebas ilícitas en todos los casos, supondría dar más valor al principio de legalidad consagrado en la presente norma en desmedro de otras garantías constitucionales como el de presunción de inocencia[1001]. Por tal motivo concordando con el criterio de ARMENTA DEU, pensamos que al momento de encontrarse el juzgador en el dilema de admitir o inadmitir una prueba ilícita favorable para el justiciable, éste debería ponderar los intereses en disputa, de tal suerte que se garantiza por lo menos que ningún inocente sea sentenciado[1002].

A nuestro juicio, interpretar de manera negativa la posibilidad de admitir dentro del proceso penal una prueba ilegal obtenida a favor del procesado, significaría ir en contra de uno de los principales axiomas del derecho penal liberal que propugna la idea de dejar libre a "cien culpables" antes de que un solo inocente sea condenado. Desde de esta óptica, los individuos tienen un profundo derecho a no ser condenado por delitos que no han cometido[1003].

Por otra parte, si bien la prueba ilícita, conocida como "*in bonam partem o in utilibus*[1004]*",* es relevante para la justicia penal, pues impide la condena del inocente, a su vez que evita la impunidad de los delitos al buscarse al verdadero culpable, su valoración dentro del proceso puede presentar problemas cuando se la pretende usar de forma mañosa para aprovechar parcialmente dicha prueba en contra del encausado.

La coexistencia de elementos de cargo y de descargo existentes en la misma prueba ilícita, no puede dar paso a que los elementos favorables al imputado sean empleados como ruta de acceso al procedimiento de los elementos adversos. Permitir lo anterior desnaturaliza por completo el contenido y fundamento de la excepción. Por tal motivo la utilización de este tipo de prueba requiere que el juzgador con precisión de cirujano aparte cada uno de dichos

[1001] FIDALGO GALLARDO, C.: *Las "Pruebas Ilegales…", op. cit.,* pp. 32-34.
[1002] ARMENTA DEU, T.: *"La verdad en el filo de la navaja (nuevas tendencias en materia de prueba ilícita)"*, Ius et Praxis vol. 13, núm. 2, 2007, pp. 345-347, disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-00122007000200014&script=sci_arttext, (última visita 21/10/2022). Este criterio también ha sido admitido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos dentro del caso Scheichelbauer vs. Australia. ARMENTA DEU, T.: *"La prueba ilícita…", op. cit*. p. 82.
[1003] GUARIGLIA, F.: *Concepto, fin y alcance de las prohibiciones de valoración probatoria en el procedimiento penal,* Editores del Puerto s.r.l., Buenos Aires, 2005, p. 183
[1004] MIRANDA ESTRAMPES, M.: *El concepto de prueba*…, *op. cit*., p. 101.

elementos y asegure que el material incriminatorio quede fuera de la órbita de material probatorio valorable dentro del juicio[1005].

Por todo lo expuesto, podemos aseverar que la exclusión de la prueba ilícita exculpatoria no sólo puede dar lugar a una decisión judicial errónea al sancionarse a un inocente, sino que, además el Estado dejaría de cumplir con la obligación de investigar y perseguir a los verdaderos autores del delito y de compensar a la víctima. En virtud de aquello, su utilización queda debidamente justificada, para lo cual creemos necesario establecer parámetros que eviten su utilización dentro del proceso penal como mecanismo para ingresar prueba incriminatoria, tendientes a burlar la prohibición de valorar pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales o cuando el propio encausado ha provocado la ilicitud con la finalidad de impedir y neutralizar su sanción[1006].

3.3. Alcance de la expresión "las pruebas obtenidas"

Sabemos que dentro de una investigación penal se debe primeramente recoger elementos indiciarios del cometimiento de un delito y de sus posibles responsables, para posteriormente de verificarse ambos supuestos, a través de los medios de pruebas introducirlos al proceso y convertirlos en pruebas de cargo. Por tal motivo, el lenguaje utilizado por el legislador, nuevamente impide tener una conclusión categórica sobre la expresión empleada por la norma (art. 11.1 LOP). No deja en claro el momento exacto de aplicabilidad de la prueba ilícita, pues el tenor del precepto daría lugar a creer que ésta se presenta únicamente para el caso de la prueba, es decir, dentro del enjuiciamiento, mas no en la llamada obtención de fuentes de prueba que sucede durante la instrucción de la causa[1007].

[1005] GUARIGLIA, F.: GUARIGLIA, F.: *Concepto, fin y alcance de las prohibiciones de valoración…, op. cit.,* pp. 184-185.

[1006] GONZÁLEZ JIMÉNEZ, A.: *Las diligencias procesales …*, *op. cit*., p. 386.

[1007] Sobre esta frase Planchat Turuel, señala que la norma no es clara al no referirse al momento previo de su consideración como prueba, al instante que se la ingresa como prueba o si esta expresión se refiere al instante del enjuiciamiento, por tal motivo siguiendo su literalidad, parecería que el precepto legal se debería aplicar para el último de los supuestos. TERUEL, M.: "Prueba ilícita. Fundamento y tratamiento", en *Estudios sobre prueba penal. Actos de investigación y medios de prueba en el proceso penal: competencia, objeto y límites*, (Dirs. ABEL LLUCH, X y RICHARD GONZÁLEZ M.), vol. 1, La Ley, Madrid, 2010, pp. 87-113.

A nuestro modesto pensar y siguiendo la opinión mayoritaria de la doctrina[1008], la frase "las pruebas obtenidas", no debe ser entendida de forma literal, pues caso contrario los efectos de la prueba ilícita únicamente abarcaría al ámbito de la prueba practicada en juicio, dejando fuera de esta garantía a las acciones investigadoras encaminadas al descubrimiento del delito y su responsable que comúnmente se las denomina fuentes de prueba. Sostener lo contrario sería desnaturalizar la figura de la prueba ilícita, basta con recordar que es en la fase de la investigación penal en donde con frecuencia se afectan los derechos fundamentales del justiciable, sobre todo cuando se utilizan medidas de investigación tecnológicas, cuya esencia es la de ser instrumentos invasivos de derechos fundamentales que se ejecutan con desconocimiento del afectado. Lo anterior da como resultado una confrontación de intereses entre el *ius puniendi del Estado* y los derechos y libertades del investigado, por tal razón a efectos de garantizar la protección de éstos últimos contra los posibles excesos del ente investigador, ha surgido como garantía la prueba ilícita.

En consecuencia, interpretar textualmente las palabras "las pruebas obtenidas", significaría dejar fuera a la fase más importante de la investigación penal, que es la de la recolección de fuentes de pruebas por carecer de la calidad de prueba, situación que como la advierte PLANCHAT TERUEL, sería un contrasentido, pues sin el acopio previo de las fuentes, jamás se podría sancionar a nadie, ya que son éstas las que posteriormente al ingresar al juicio, se constituyen en el fundamento para el fallo judicial[1009].

[1008] Fidalgo Gallardo considera que la frase "no surtirá efecto", es una imprecisión dogmática y terminológica que impide llegar a una conclusión categórica de lo que el legislador buscó abarcar dentro de este término. Se podría afirmar de la literalidad de la norma (art. 11.1 LOPJ), que los efectos de la prueba ilícita únicamente es aplicable para las pruebas mas no para las fuentes, pero si se parte de la consideración de que los hechos materia del proceso se encuentran en éstas últimas, los mismos que luego son ingresados al juicio para que el contenido de su información sea extraído a través de los medios de pruebas que serán valorados por el juzgador para sustentar la sentencia, se puede decir que la presente frase no excluye dentro del supuesto de prueba ilícita a las fuentes de pruebas. FIDALGO GALLARDO, C.: *Las "Pruebas" Ilegales…, op. cit.,* p. 35. Véase en la misma posición a ASENCIO MELLADO, J: *Prueba prohibida pre constituida*, Trivium, Madrid, 1989, p. 82. GÓMEZ COLOMER, J.: "La evolución de las teorías sobre la prueba prohibida aplicada en el proceso penal español del expansionismo sin límites al más puro reduccionismo. Una meditación sobre su desarrollo futuro inmediato", en *prueba y proceso penal. Análisis especial de la prueba prohibida en el sistema español y en el Derecho comparado* (Coord. GÓMEZ COLOMER, J.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2008, p. 116. CASABIANCA ZULETA, P.: *Las intervenciones telefónicas en el…*, *op. cit*., p. 294.

[1009] PLANCHAT, TERUEL, M.: "Prueba ilícita. Fundamento y tratamiento", en *Estudios sobre prueba penal…*, *op. cit.*, pp. 87-113.

3.4. La expresión "directa o indirectamente"

Interpretada tal como se lee esta frase, nos llevaría a sostener que los efectos de la prueba ilícita, se aplica tanto para las pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales y a todas aquellas que se deriven de ellas. Por tal razón si una prueba lícita fue obtenida gracias a la información que se consiguió de una prueba ilícita, no producirá ningún efecto probatorio. Esta consecuencia indirecta resulta ser muy acertada, ya que su omisión hubiera significado legalizar la prueba ilícita a través de formas indirectas de incorporación al proceso penal. No obstante, a que el legislador no lo dice de forma expresa, pero de la palabra "indirectamente" utilizada por la ley, se podría colegir que en España se ha adoptado la famosa doctrina norteamericana (*fruit of the poisonouns tree*) que traducido al español se la conoce como la teoría del fruto del árbol ponzoñoso o envenenado[1010]. Dicho lo anterior pasaremos al análisis de esta doctrina.

4. Teoría de los frutos del árbol envenenado y sus excepciones

Como señalamos *supra* la regla de la prueba ilícita nació como consecuencia de la sentencia del TC 111/1984, pero la teoría que vamos a estudiar fue incorporada al sistema jurídico español mediante la LOPJ[1011]. Debido a que la ley no es clara entorno a esta teoría, la doctrina no es unánime en admitir que en el sistema jurídico español se encuentra vigente, por tal razón podemos encontrar diferentes posturas a la hora de interpretar la expresión "directa e indirectamente".

Dentro de los que piensan que la ley con la expresión "directa e indirectamente" no ha introducido la teoría del fruto del árbol envenenado están PICO I JUNOY, quien sostiene que cuando el legislador utiliza el término directa e indirectamente", pretendió de forma poca afortunada incluir la doctrina del TC adoptada en la sentencia 114/1984, de 29 de noviembre, en donde se establece la ineficacia procesal de todo material probatorio obtenido con infracción

[1010] Esta teoría de origen norteamericana, conforme se dijo en la p. 30-31 tuvo su origen dentro de la sentencia Silverthornen contra Estados Unidos, pero recién en el caso Nardone vs. United States de 1939, fue cuando se le dio el nombre que actualmente conocemos.

[1011] Díaz Cabiele y Martínez Morales, sostienen que la sentencia 114/1984, si bien reconoce la garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícita, nada menciona sobre el efecto reflejo de la misma, por lo que esta doctrina tiene su vigencia recién a partir de la creación del art. 11.1 de la LOPJ. DÍAZ CABIALE J. y MARTÍN MORALES, R.: *La teoría de la conexión de antijuridicidad*, Jueces por la democracia, núm. 43, 2002, p. 41.

directa de un derecho fundamental, así como también la ineficacia del medio de prueba mediante el cual se pretende ingresar a dicho material probatorio, pues esto implicaría afectar otros derechos fundamentales, en concreto los inherente al proceso con todas las garantías y a la igualdad de las partes[1012]. Con la misma tendencia encontramos a PASTOR BORGOÑÓN para quien el art. 11.1 de la LOPJ no introduce los efectos reflejos de la prueba ilícita, sino que los términos "directa e indirectamente", hacen mención a dos momentos que son: el de la admisión de los medios de prueba en el proceso, y el de búsqueda y recolección de las fuentes de prueba. Por tal virtud, cuando se vulnera un derecho fundamental en la fase de búsqueda y recolección estaremos ante una violación directa, por el contrario, si la vulneración se da al instante de la admisión se hablaría de una violación indirecta de derechos fundamentales por afectar el derecho a un proceso con todas las garantías[1013].

En definitiva los defensores de esta tesis piensan que cuando la ley emplea la palabra "directa", se está refiriendo a la prueba obtenida con vulneración de un derecho fundamental, y, cuando emplea la palabra "indirectamente" es porque, si bien no se vulnera un derecho fundamental, puesto que este solo tiene cabida en el momento de la recolección de la fuente de prueba de forma indirecta, al instante de querer introducir al proceso la prueba ilícita, afectaría el derecho a un proceso con todas las garantías. En consecuencia, para esta doctrina el término "indirectamente", nada tiene que ver con la doctrina norteamericana del fruto del árbol envenenado.

En contraposición a la anterior tesis encontramos que tanto la jurisprudencia como un sector mayoritario de la doctrina sostienen que la palabra "indirectamente", incluye en el ordenamiento jurídico español la doctrina de la teoría del fruto del árbol envenenado.

Empezando por la doctrina que admite la inclusión de esta teoría tenemos autores como Asencio Mellado, quien considera que la expresión "directa e indirectamente", incluye en la primera de ellas la obtención de prueba mediante la vulneración de derechos fundamentales, y, a su vez, la segunda lleva implícita el efecto reflejo de las pruebas obtenidas ilícitamente[1014].

[1012] PICÓ I JUNOY, J.: "El derecho a la prueba en el proceso penal. Luces y sombras", en *Estudios sobre Prueba Penal*, vol. I. en *Actos de investigación y medios de prueba en el proceso penal: competencia, objeto y límites* (Dirs. XAVIER ABEL LLUCH y MANUEL RICHARD GONZÁLEZ), La Ley, Madrid, 2010, pp. 25-85.

[1013] PASTOR BORGOÑÓN, B.: *"Eficacia en el proceso de las pruebas ilícitamente obtenidas",* Revista de Derecho Procesal, núm. 2, 1986, pp. 337-368.

[1014] ASENCIO MELLADO, J.: *Prueba prohibida y prueba preconstituida*, Trivium, Madrid, 1989, p. 89.

En la misma tendencia LÓPEZ BARJA, sostiene que una prueba lícitamente obtenida, pero cuyo origen proviene de una prueba obtenida mediante una vulneración de derechos fundamentales, es una prueba obtenida indirectamente de la violación de los derechos fundamentales. Este autor es crítico con la tesis de aquellos que niegan la consagración legal de los efectos reflejos de la prueba ilícita, pues la diferenciación que hace esta doctrina entre el momento de la admisión o práctica de los medios de prueba en el proceso y la labor previa de la búsqueda y recolección de las fuentes de prueba, no lo establece la ley. Por el contrario, el art. 11.1 de la LOPJ, acoge cualquier momento en el que se produzca la prueba ilícita. Concluye en su razonamiento que cuando el acto violatorio del derecho fundamental y la obtención de la prueba no media una relación directa e inmediata, estaremos en presencia de los efectos reflejos de la prueba ilícita. Por lo tanto, la teoría del fruto del árbol envenenado se encuentra vigente a la legislación española.[1015]

A su vez la jurisprudencia del TS, poco tiempo después de la entrada en vigencia de la presente ley, en una de sus sentencias sobre este tema dijo en la parte pertinente que "la doctrina de los efectos reflejos de la prueba ilícitamente obtenida o de lo que se ha denominada "frutos del árbol envenenado ha de ser entendida en sus términos más exactos y justos cuando de nulidad absoluta se trate…[1016]".

Pero fue el Tribunal Constitucional en el año 1994 quien introduce al sistema procesal español la eficacia refleja de la prueba prohibida[1017]. El caso que dio origen a esta teoría fue la sentencia 85/1994, de 14 de marzo de 1994, la cual pasaremos a tratar de manera breve. La presente causa tuvo como antecedentes una petición policial de intervención telefónica, basados en meras sospechas, petición que, mediante una simple providencia sin motivación, la concede el juez. Posteriormente se solicitó varías prórrogas, las cuales no fueron contestadas por el juez, no obstante, el ente investigador continuó interviniendo las comunicaciones telefónicas, hasta que fruto de las mismas, fueron detenidos el investigado y tres sujetos más en posesión de heroína. El Tribunal en su fallo concluye que hubo vulneración al secreto de las comunicaciones,

[1015] LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J.: *Las escuchas telefónicas y la prueba…, op. cit.,* pp. 147-148.
[1016] STS, Sala Segunda, de 7 de abril de 1992.
[1017] GÓMEZ COLOMER, J.: *"Prueba admisible y prueba prohibida: Cambios en el garantismo judicial motivados por la lucha contra el crimen organizado",* Doctrina y Jurisprudencia Penal núm. 22, 2015, pp. 3-48, disponible en: http://repositori.uji.es/xmlui/bitstream/handle/10234/168016/70081.pdf?sequence=1. (última visita 12/10/2022).

pues la autorización judicial no fue motivada, circunstancia que dio como resultado que todo el material incriminatorio recaudado a partir de esta prueba ilícita, no podía ser valorado para sustentar una sentencia condenatoria por proceder de una actuación constitucionalmente ilícita[1018].

En definitiva, esta sentencia no solo declara ineficaz la intervención telefónica, sino además la incautación de la droga que tuvo lugar gracias a la información obtenida de la prueba ilícitamente actuada, por lo tanto, de este razonamiento se desprende de forma clara que el proceso penal español admite la teoría americana del fruto del árbol envenenado, denominación que se mencionó de forma expresa en el auto TC 155/1999, de 14 de junio[1019].

En otras de sus sentencias el Tribunal Supremo explica este tema señalando que "la prohibición de la prueba constitucionalmente ilícita y de su efecto reflejo tiene como finalidad otorgar, en el ámbito de los procesos jurisdiccionales, el máximo de protección a los derechos fundamentales constitucionalmente garantizados (…)". En vista de aquello la prohibición se aplica tanto para la prueba obtenida con violación de un derecho fundamental, así como también a aquellas otras que, no obstante, de haberse conseguido legalmente, su origen, sustento o derivación provienen de la anterior. Circunstancia que se colige de la expresión legal del art. 11.1 de la LOPJ, la cual extiende la prohibición de valoración no solo a las pruebas directamente obtenidas con vulneración de los derechos fundamentales, sino, además, a las que se deriven indirectamente de dicha vulneración[1020].

Trasladando esta teoría a nuestro ámbito de investigación, a manera de ejemplo podemos citar como caso práctico, el registro remoto de un equipo informático realizado sin autorización del cual la policía obtiene información sobre el almacenamiento de armas y explosivos con fines terroristas acopiados en un domicilio plenamente identificado; por lo que los agentes del orden conociendo el lugar de dicho material solicitan la correspondiente autorización judicial para realizar la entrada y registro de la vivienda donde se presume se encuentra el armamento. Al realizar el allanamiento se encuentran las armas y explosivos, así como un equipo informático,

[1018] Tribunal Constitucional, Sentencia 85/1994, de 14 de marzo.
[1019] GÓMEZ COLOMER, J.: *"Prueba admisible y prueba prohibida…, op. cit.,* pp. 3-48.
[1020] STS, 1451/2003, de 26 de noviembre de 2003.

todo esto hallado en poder de un individuo a quien detienen y ponen a órdenes de la autoridad judicial para su enjuiciamiento.

Como podemos notar la prueba que serviría de sustento para sancionar al sujeto por el delito de tenencia, tráfico y depósito de armas, municiones y explosivos, cumple con los requisitos de licitud (registro realizado con autorización), más sin embargo al derivarse de una información conseguida mediante un acto ilícito (registro remoto de equipo informático sin autorización judicial), la prueba válida por efecto reflejo de la ilícita, no podría ser admitida ni valorada dentro del proceso penal.

Admitir una prueba derivada de una ilícita, sería una burla para la aplicación de la prueba ilícita, pues, en suma, se estaría permitiendo la admisión y valoración indirecta de los resultados de la prueba obtenida de forma ilícita provocando con ello una falsa aplicación de la sanción de ineficacia. En tal sentido si se permitiera la valoración de la prueba derivada de la ilícita, esto fomentaría a los agentes investigadores a utilizar acciones violatorias de derechos fundamentales para obtener información a partir de la prueba ilícita y conseguir otras pruebas lícitas derivadas de ésta, sabiendo de antemano que de igual manera todo el material probatorio recaudado ingresará al proceso a través de medios secundarios o indirectos. De suceder lo contrario, el efecto disuasorio que protege los derechos fundamentales del investigado de los posibles excesos de la policía dentro de su actividad indagatoria desaparecería.

Siguiendo lo estipulado en el artículo 11.1 de la LOPJ, los efectos de la prueba ilícita indirecta deberían ser los mismos que se dan para la prueba ilícita directa, esto es, la inadmisibilidad dentro del proceso penal del material probatorio obtenido de forma legal, pero que por originarse o fundamentarse en una información conseguida con vulneración de un derecho fundamental la ley lo ilegitima como elemento para sustentar una sentencia condenatoria. Desde el plano constitucional estos efectos se justifican plenamente, porque de muy poco serviría para la protección de los derechos fundamentales que se le quite eficacia probatoria a la prueba ilícita directa y se permite la indirecta o derivada de ésta.

Si bien en sus inicios los tribunales de justicia aplicaron la eficacia de la prueba refleja de forma estricta, situación que no duró mucho tiempo, pues poco después en el año 1995, la jurisprudencia cambia su criterio al notar que esto provocaba consecuencias sociales en la lucha contra la criminalidad al quedar muchos culpables sin castigo. Este motivo sumado a la ausencia

de claridad de la ley, la cual no establece circunstancias y condiciones específicas que permitan saber con claridad cuando una prueba derivada de una ilícita puede ser excluida del acervo procesal, la jurisprudencia, empieza a llenar dichos vacíos. De esta forma teniendo en cuenta determinados supuestos, una prueba originada de una ilícita puede ser admitida como material incriminatorio dentro del proceso penal. Situación que, como veremos más adelante, está llevando a reducir a su mínima expresión el alcance protector de esta institución jurídica. Direccionamiento que se puede apreciar de las múltiples excepciones que se han ido agregando por parte de los máximos órganos de administración de justicia españoles, los cuales pasaremos de inmediato a revisar.

4.1. La teoría de la fuente independiente

La presente excepción tuvo su primera aparición en la sentencia del Tribunal Constitucional 86/1995 de 6 de junio, sin embargo, es importante aclarar que esta figura es de origen norteamericano (*Independent Source*), nacida como consecuencia del caso *Wong Sun* de 1963[1021]. El Tribunal al conocer el recurso de amparo incoado por los condenados dentro de un delito contra la salud pública, quienes habían sido sentenciados como consecuencia de una intervención telefónica realizada sin orden judicial. Este organismo al tratar el presente caso, si bien declaró vulnerado el derecho constitucional al secreto de las comunicaciones de los demandantes (art. 18.3 Const. española), con la cual ratificó el criterio jurisprudencial anterior que considera a la prueba ilícita y su efecto reflejo como inadmisible dentro del proceso penal, desestimó el recurso fundamentándose en el hecho de que a pesar de ser inconstitucional la prueba obtenida con vulneración del secreto de las comunicaciones, así como todas aquellas derivadas de ésta, existían en el cuaderno procesal prueba de cargo suficiente, no vinculada a la intervención telefónica ilícita, la cual había sido la confesión de un coacusado, por lo que la sentencia condenatoria quedaba debidamente justificada[1022].

A partir de este precedente la eficacia de la prueba ilícita se ve mermada, de ahora en adelante no toda prueba proveniente de una vulneración de un derecho fundamental contamina todo el proceso, de tal suerte que, si existe una prueba independiente del material ilícitamente

[1021] GÓMEZ COLOMER, J.: *"Prueba admisible y prueba prohibida…, op. cit.*, pp. 3-48
[1022] STS 974/1997, de 4 de julio de 1997.

obtenido, cuyo origen es lícito, dicha prueba si es de cargo, será suficiente para enervar la presunción de inocencia. En definitiva, esta jurisprudencia vino a constituirse en una limitante a la expansión que hasta ese momento tenía la eficacia de la prueba refleja, por ende, si en el proceso se cuenta con una prueba independiente legalmente obtenida por ser ajena a la vulneración del derecho fundamental, su admisión, práctica y valoración se justifica para condenar al infractor.

A nuestro pensar esta teoría es cuestionable por depender del criterio subjetivo del juzgador, tal como se desprende del presente caso. El Tribunal, en su razonamiento jurídico, considera que la declaración de uno de los coacusados era una prueba independiente del material incriminatorio obtenido con la vulneración del derecho a las comunicaciones, por tal razón no era fruto del árbol envenenado y gozaba de plena eficacia probatoria para servir de fundamento para condenar a los autores del ilícito. Pero creemos que tal prueba no se hubiese dado sin la realización de la intervención telefónica ilegal, ya que gracias a esta información se pudo conocer a los responsables e incautar el alijo de droga en tenencia de uno de los procesados, quien al verse detenido con la evidencia dio su declaración incriminatoria, la cual fue tomada por el tribunal como prueba "independiente" para fundamentar la sentencia condenatoria de los encausados, siendo ésta en realidad una consecuencia o derivación de la prueba inconstitucionalmente obtenida[1023].

De lo antes expresado, encontramos principalmente dos críticas a esta teoría. La primera es la dificultad que significa para el juzgador determinar en el caso práctico cuándo una prueba es realmente independiente de aquella obtenida ilícitamente[1024]. Y la segunda es que, si estamos

[1023] Siguiendo el criterio de la Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica, creemos que cuando una prueba verbal proviene tan inmediatamente de una actuación ilegal como fue la intervención telefónica, no se pueda negar que su declaración incriminatoria fue fruto de la ilegalidad originaria de la inconstitucional intervención de las comunicaciones. A manera de ejemplo podemos citar la jurisprudencia *Wong Sun v. United States*, en donde el máximo organismo de justicia de los Estados Unidos, consideró fruto del árbol envenenado la declaración inculpatoria del señor Wong, por haber sido obtenida como consecuencia del registro ilegal de su domicilio. Por último, podemos mencionar el caso *Broun v. Illinois*, caso en el cual a pesar de haber dado su confesión incriminatoria rodeada de requisitos formales, fue invalidado por derivar de una arresto ilegal originario. FIDALGO GALLARDO, C.: *Las "Pruebas Ilegales…, op. cit.,* p. 436. Dentro de la legislación interna española encontramos citeriores como el de Miranda Estrampes, para quien la ineficacia de la prueba ilícitamente obtenida debe proyectarse también a aquellas pruebas que no obstante de ser en sí misma lícitas, tienen fundamento, derivan o tienen su origen en informaciones o datos conseguidos gracias a la prueba inconstitucional actuada. MIRANDA ESTRAMPES, M.; *El concepto de prueba ilícita…, op. cit*., cit., p. 113.

[1024] Por este motivo Gómez Colomer considera a esta teoría como débil e inconsistente. GÓMEZ COLOMER, J.: *"Prueba admisible y prueba prohibida… op. cit.*, pp. 3-48. Véase además a CARMONA RUANO. M: *"De nuevo la nulidad de la prueba, ¿Es indiferente el momento en que deba declararse?",* Revista Jueces para la Democracia,

ante una fuente independiente, es porque ésta no tiene ningún vínculo con la ilícitamente obtenida, por lo que, en sentido estricto, no estaríamos ante una excepción, pues su origen no es el árbol envenenado, si no otro que es perfectamente sano[1025]. Siguiendo esta última idea, la aplicación de la prueba independiente en el sistema procesal español, no presentaría inconvenientes en su formulación. Una prueba desconecta causalmente de la ilícitamente practicada, no se contamina por la conducta lesiva de ésta. Por lo tanto, sin con ella se logra los mismos resultados que con la prueba inconstitucionalmente actuada, debe ser admitida al proceso[1026].

4.2. La excepción del descubrimiento inevitable

Conforme se desprende de la lectura de la sentencia 974/1997[1027] la excepción del descubrimiento inevitable fue obra de la jurisprudencia del TS, considerada por GÓMEZ COLOMER[1028] como el perfeccionamiento de la doctrina de la prueba independiente, proveniente de la doctrina *Inevitable Discovery* originada como consecuencia del caso Nix vs. Williams de la jurisprudencia norteamericana, de 1984.

El Tribunal Supremo español al tratar el recurso de la condenada por un delito contra la salud pública, quien en su alegación señala que según el art. 11.1 de la LOP ninguna de las pruebas en su contra, debieron ser tomadas en cuenta por el Tribunal sentenciador, por ser ineficaces ya que todas ellas tuvieron su origen en una intervención telefónica autorizada sin motivación suficiente, lo cual la convertía en ilegal. Sobre este aspecto el Tribunal, siguiendo

---

núm. 25, 1996, p. 96; y, MIRANDA ESTRAMPES, M., *"La regla de exclusión de la prueba ilícita: historia de su nacimiento y de su progresiva limitación"*, Jueces para la Democracia, núm. 47, 2003, pp. 57-58.

[1025] FIDALGO GALLARDO, C.: *Las "Pruebas Ilegales…", op. cit.,* p. 438. Para Miranda esta teoría no es una excepción a la regla de exclusión, pues la regla únicamente extiende sus efectos a las pruebas que se derivan de la inconstitucionalmente actuada, por ende, si hablamos de prueba independiente es porque ésta no tiene ninguna relación con aquella que vulnero el derecho fundamental. MIRANDA ESTRAMPES, M.; *El concepto de prueba ilícita…., op. cit*., pp. 122 y ss. Contraria a este criterio tenemos a Planchat Teruel, para quien la fuente independiente es una excepción plenamente lógica, pues entre ésta y la ilícitamente obtenida no existe ninguna relación. Por lo tanto, si la independiente puede demostrar el mismo hecho, esta podrá ingresar al proceso y servir para sustentar una sentencia condenatoria. PLANCHAT TERUEL, M.: "Prueba ilícita. Fundamento y tratamiento", en *Estudios…*, *op. cit.,* pp. 87-113.

[1026] DÍAZ CABIALE J. y MARTÍN MORALES, R.: *La garantía constitucional de la inadmisibilidad de la prueba…*, *op. cit.,* pp. 84-85

[1027] STS 974/1997, de 4 de julio de 1997.

[1028] GÓMEZ COLOMER, J.: *"Prueba admisible y prueba prohibida…, op. cit*., pp. 3-48. En igual sentido véase a ARMENTA DEU, T.: *La prueba ilícita. Un estudio…, op. cit*., p. 30.
MIRANDA ESTRAMPES, M..: *El concepto de prueba ilícita…, op. cit*., p. 127.

lo expresado en la ley, deja en claro que la razón de ser de la prueba ilícita y su efecto reflejo es la de convertirse, por un lado, en el instrumento de máxima protección de los derechos fundamentales y, por otro, cumplir el efecto disuasorio de las conductas ilegítimas de los agentes encargados de las investigaciones penales[1029]. No obstante, a que el efecto expansivo permite una mayor protección de los derechos y libertades, su alcance no es para todos los casos, sino únicamente para aquellos donde resulten vulnerados los derechos y libertades fundamentales. Como consecuencia de lo anterior el Tribunal, al notar que la intervención de las conversaciones telefónicas fueron realizadas con autorización, pero sin la suficiente motivación fáctica, le restó eficacia probatoria a todos los elementos probatorios obtenidos como consecuencia de la intervención. Sin embargo, el Tribunal limita el efecto expansivo de la prueba ilícita aplicando un juicio hipotético por medio del cual llega a la conclusión de que la policía al encontrase realizando otras acciones investigativas regulares anteriores a la intervención telefónica, dicho proceso lo habría conducido de forma inevitable al descubrimiento del ilícito[1030].

Conforme a lo expresado, el descubrimiento inevitable, exige dos requisitos. Por una parte, la puesta en marcha de dos líneas de investigación radicalmente independientes y sin vinculación alguna entre ellas, que, en el presente caso, fueron, por una parte, la intervención telefónica ilegal y, por otra, el seguimiento y vigilancia de la acusada. La primera conducta por ser ilícita y vulneradora del derecho fundamental, en principio, carecería de eficacia probatoria al igual que todos los elementos probatorios derivados de esta. Sin embargo, al existir una investigación lícita previa en curso, los efectos perniciosos de la ilicitud primaria no se trasladan a las pruebas derivadas, pues, de todas formas, de manera inevitable, se hubiera obtenido los mismos resultados que con los actos vulneradores de derechos fundamentales. Cuando sucede este supuesto, no es posible vincular casualmente la prueba derivada a la originaria, en otras

[1029] De esta reflexión notamos que, a diferencia de los Estados Unidos de Norteamérica, en donde la principal función de la regla de exclusión es la de producir el efecto disuasorio de las conductas ilícitas de los agentes investigadores, en España, se le agrega, a más de dicho fin, la de otorgar la máxima protección de los derechos fundamentales.

[1030] El Tribunal en la fundamentación de su sentencia señala "en efecto consta acreditado, a través de la prueba testifical debidamente practicada en el acto del juicio oral, que la acusada era objeto de un proceso de vigilancia y seguimiento, anterior incluso al inicio de la intervención telefónica, realizado por un conjunto de agentes de la policía…, como consecuencia de informaciones referentes a su dedicación habitual a la transmisión y venta de heroína a terceros; proceso de vigilancia que habría conducido, en cualquier caso, al descubrimiento de la reunión celebrada…, entre la recurrente y sus proveedores de heroína al por mayor. Es decir, que inevitablemente, y por métodos regulares, ya había cauces en marcha que habrían desembocado de todos modos en el descubrimiento de la entrega del alijo".

palabras, faltaría la conexión de antijuricidad[1031], teoría que trataremos en líneas posteriores. Por último, el órgano investigador debe actuar de buena fe[1032], con esto se pretende evitar fomentar actuaciones policiales encaminadas a obtener pruebas por vías no constitucionales. Estos dos elementos constituyen los límites de admisibilidad, para este tipo de prueba.

Esta doctrina tiene como construcción jurídica juicios hipotéticos, meras suposiciones o conjeturas que no guardan correspondencia con lo sucedido en la realidad. Se acredita hipotéticamente que las evidencias derivadas se hubieran obtenido por medios legales, aun cuando la violación constitucional no hubiera tenido lugar. En definitiva, la argumentación de esta excepción radica en que, no obstante, de verificarse una conducta ilícita vulneradora de derechos fundamentales, las pruebas derivadas de esa ilicitud se hubieran obtenido igualmente.

La aplicación de esta excepción tal como está desarrollada merece sus cuestionamientos. Una de ellas es que su fundamento parte de un juicio hipotético, el cual puede llevar al uso de hipótesis desmedidas o arbitrarias para introducir al proceso pruebas obtenidas con afectación a derechos fundamentales que deberían ser declaradas inadmisibles dentro del proceso.

Por otra parte, el criterio de inevitabilidad representa un alto grado de indefinición que atenta contra la seguridad jurídica. Y por último la jurisprudencia española ha desnaturalizado aún más esta figura al sustituir el criterio de la inevitabilidad por uno diferente que es el de la probabilidad. Circunstancia que se evidencia de la presente sentencia del Tribunal Supremo que en su parte pertinente expresa: "…, el efecto, según la doctrina, sin reducción del estándar de inevitabilidad exigido en la excepción norteamericana del *"inevitable discovery"*, que obliga a las acusaciones a acreditar de forma fehaciente que la prueba se hubiera obtenido necesariamente aún cuando la inicial ilicitud no hubiera tenido lugar, esto es, la inevitabilidad del descubrimiento por medios lícitos. Por tanto, el estándar de inevitabilidad se sustituye por el menos exigente de "probabilidad", ampliándose de esta forma el campo de aplicación de la excepción y reduciéndose, correlativamente, el ámbito de operatividad de la regla de exclusión. Dicha excepción parece inspirarse en la doctrina alemana de los "cursos de investigación hipotéticos según la cual la utilización del material probatorio obtenido

[1031] Sobre este aspecto el TS ha señalado que "cuando la experiencia indica que las circunstancia hubieran llevado necesariamente al mismo resultado, no es posible vincular casualmente la segunda prueba a la anterior, pues en tales casos faltará la llamada conexión de antijuricidad". STS 364/2013, de 25 de abril de 2013.
[1032] GONZÁLEZ i JIMÉNEZ A.: *Las diligencias procesales …, op. cit.*, p. 383.

ilícitamente debería aceptarse en los supuestos en que el mismo pudo haber sido obtenido sin una lesión de las prohibiciones establecidas para la obtención de pruebas"[1033].

Desde la visión de un Estado de Derecho, el cual se cimienta y se sustenta en el respeto de los derechos fundamentales de los ciudadanos, admitir una sentencia condenatoria en creencias o adivinaciones de que algo iba a suceder pero que en la realidad no ha pasado, resulta a todas luces inaceptable[1034].

Es censurable que mediante la aplicación de una doctrina que no se ajusta a los lineamientos del sistema jurídico continental y, que, además, de acuerdo a la jurisprudencia española, basta para su aplicación el criterio de probabilidad, se ampare vulneraciones de derechos fundamentales, motivos suficientes que nos permiten sostener que la excepción de la doctrina inevitable es inconstitucional.

4.3. La conexión de antijuridicidad

Con esta nueva doctrina se acentúa aún más la tendencia reduccionista que venía padeciendo la prueba ilícita y sus efectos reflejos. Esta excepción es considerada la más importante de todas las anteriormente revisadas, a tal punto que se podría decir que su creación ha significado prácticamente la desaparición de la eficacia refleja de la prueba ilícita en el proceso penal[1035].

Esta doctrina fue implementada por primera vez en la STS 81/1998 de 2 de abril, la misma que igual a las anteriores tuvo como fuente una intervención telefónica realizada dentro

---

[1033] STS 818/2011 de 21 de julio, de 2011.

[1034] Miranda Estrampes rechaza este tipo de pruebas, porque la presunción de inocencia no puede ser desvirtuada, por simples conjeturas o juicios hipotéticos que permiten el aprovechamiento probatorio de actuaciones investigativas ilícitas basados en creencias de que pudieron obtenerse de forma licita. MIRANDA ESTRAMPES, M.: *El concepto de prueba ilícita…, op. cit*., pp. 128-129. En el mismo sentido se pronuncia DÍAZ CABIALE J. y MARTÍN MORALES, R.: *La garantía constitucional de la inadmisibilidad de la prueba…, op. cit.*, p. 88.

[1035] GÓMEZ COLOMER, J.: *"Prueba admisible y prueba prohibida… op. cit.*, pp. 3-48. Véase LÓPEZ Y ORTEGA, J.: *"Prueba y proceso penal. El alcance derivado de la prueba ilícita en la jurisprudencia constitucional (a propósito de la STC 81/1998)"*, Revista de Derecho y Proceso Penal 1999, núm. 1, pp. 133 y ss.; JUANES PECES, A.: *"La prueba prohibida (análisis de la Sentencia de 7 de abril de 1999 del Tribunal Constitucional)",* Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional, núm. 2, 1999, pp. 1682-1686; CEDEÑO HERNÁN, M.: *"Algunas cuestiones suscitadas en torno al derecho a la presunción de inocencia a la luz de la jurisprudencia constitucional",* Cuadernos de Derecho Público 2000, núm. 10, p. 206; MIRANDA ESTRAMPES M.: *"La regla de exclusión …,* p. 59; y LÓPEZ-BARAJAS PEREA, I.: *"La prueba ilícitamente obtenida y su eficacia refleja",* Revista Actualizad Jurídica Aranzadi, núm. 708, 2006, p. 1.

de la investigación de un delito contra la salud pública. El recurrente alegaba que se había afectado su derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones, al proceso con todas las garantías y a la presunción de inocencia, porque su detención se había dado como consecuencia de la información obtenida mediante unas escuchas ilícitas, de las cuales derivaron las declaraciones testificales prestadas por la policía y la droga que se decomisó en el acto de la detención.

El Tribunal dentro de su análisis del caso reconoce la importancia de los derechos fundamentales, por lo que la valoración procesal de las pruebas obtenidas con inobservancia de éstos "implican una ignorancia de las garantías propias del proceso". Al referirse en específico a la presunción de inocencia, expresa que este derecho consiste en que el acusado no va a sufrir una condena a menos que la culpabilidad se la establezca con base a pruebas que puedan considerase de cargo y obtenidas con todas las garantías. Por tal razón toda valoración de pruebas obtenidas con violación de derechos fundamentales u otras que sean consecuencias de dicha vulneración, puede resultar en una lesión, no solo al derecho a un proceso con todas las garantías, sino además a la presunción de inocencia. El resultado anterior, señala el Tribunal, sucederá si la condena se sustenta únicamente en tales pruebas; pero cuando existen otras de cargo válidas e independientes, no obstante, a que se halla vulnerado el derecho a un proceso con todas las garantías, la presunción de inocencia no resulta afectada[1036]. Con este pronunciamiento, el Tribunal, nos da a entender que el derecho vulnerado con la prueba ilícita es el de un proceso con todas las garantías, desplazando la presunción de inocencia a un segundo plano que puede sobrevivir a la existencia de la prueba inconstitucional, por lo cual si existen otras pruebas válidas y suficientes se puede sustentar una sentencia condenatoria[1037].

Observamos que conforme a esta doctrina hay que identificar las pruebas dependientes y las independientes. Siendo las primeras, aquellas que tienen una derivación u origen de la prueba ilícita sin la cual no se hubiese conseguido el material incriminatorio que, aunque siendo lícito, no puede ser admitido al proceso por estar causalmente ligado a la vulneración del derecho fundamental. Por su parte, una prueba se reputa independiente cuando, desde la perspectiva natural no guarda vinculación alguna con la violación del derecho fundamental, es decir su causa es diferente, y, por ende, puede ser valorada por el juzgador.

[1036] STS 81/1998 de 2 de abril de 1998.
[1037] SIMARRO PEDREIRA, M.: *La prueba prohibida: ¿Del pasado ordálico al futuro garantismo? La doctrina y la jurisprudencia al descubierto*, Reus, Madrid, 2020, p. 225.

De acuerdo a lo anterior no toda prueba derivada de una inconstitucionalmente actuada debe ser inadmitida al proceso por existir una relación causal entre ambas, sino que además se le debe agregar la exigencia de una "conexión de antijuricidad[1038]", cuya apreciación dependerá de la índole y características de la vulneración originaria del derecho fundamental, así como del resultado, y de las necesidades esenciales de tutela del derecho fundamental afectado por la ilicitud[1039].

A efectos de determinar si realmente existe la denominada conexión de antijuricidad, el Tribunal señala que se debe operar en una doble perspectiva, interna y externa. "En el ámbito de la primera se tratará de ver si la prueba refleja puede decirse jurídicamente ajena a la vulneración del derecho, en cuanto adquirida con medios distintos y autónomos de los determinantes de aquélla; y en el de la segunda, tendría que comprobarse si la prohibición de valorarla viene o no exigida por las necesidades de tutela del mismo derecho fundamental. Perspectivas que deben de ser complementaria para que la prueba refleja sea considerada ajena a la vulneración del derecho y a la prohibición de valoración, pues sólo así su admisión en el proceso será constitucionalmente válida[1040]"

Para el Tribunal la ruptura del nexo entre la prueba originaria y la prueba derivada no es en sí mismo un hecho, sino un "juicio de experiencia acerca del grado de conexión" que determina si la prueba refleja debe o no ser excluida. Facultad que le asiste a los órganos jurisdiccionales ordinarios, y, al TC únicamente verificar la razonabilidad del mismo[1041].

Siguiendo el criterio de ARMENTA, los postulados de la doctrina de la conexión de antijuricidad se los puede resumir a saber: 1) en la obtención de una prueba con vulneración de un derecho fundamental y no de meras irregularidades de carácter procesal; 2) la nulidad constitucional de la prueba dentro del proceso no es óbice para que la sentencia condenatoria pueda ser fundamentada por medio de otras pruebas de origen independiente de la contaminada y, 3) no es suficiente que la prueba derivada tenga una relación causal con la ilegítimamente

[1038] MIRANDA ESTRAMPES, M: *El concepto de prueba y su tratamiento…, op. cit*., p. 130.
[1039] GONZÁLEZ i JIMÉNEZ A.: *Las diligencias procesales …, op. cit*., p. 380, ARMENTA DEU, T.: *"La prueba ilícita. Un estudio…, op. cit.*, p. 124. MIRANDA ESTRAMPES, M: *El concepto de prueba y su tratamiento…, op. cit*., p. 130.
[1040] STS 81/1998 de 2 de abril. en el mismo sentido véase SSTC 121/1998, de 15 de junio; 49/1999, de 5 de abril; 94/1999, de 31 de mayo; 166/1999, de 27 de septiembre; 8/2000, de 17 de enero; 136/2000, de 29 de mayo; 249/2000, de 30 de octubre; 28/2002, de 11 de febrero.
[1041] STS 81/1998 de 2 de abril.

actuada para que se le trasmita la ilicitud, sino que además es necesario que entre ambas pruebas se verifique la existencia de la "conexión de antijuricidad"[1042].

La doctrina de conexión de antijuricidad tal como se lo ha implementado resulta un concepto complejo y lleno de matices con poca claridad, circunstancia que como bien advierte PLANCHADELL GARGALLO[1043], deja la puerta abierta a la introducción de otras excepciones, en concreto la de la buena fe. De esta forma se restringe el abanico protector de la prueba ilícita y su efecto reflejo, contradiciendo con ello lo estipulado en el art. 11.1 LOPJ y el fundamento constitucional que la convertía en la salvaguarda de los derechos fundamentales. Por tal razón esta excepción es la más criticada por la doctrina, no sólo porque niega la eficacia de la prueba refleja, sino, además, la propia aplicación de la prueba ilícita[1044], con lo cual se corre el peligro que lo estipulado en la norma quede como una mera declaración lírica[1045].

Pero el peligro de la excepción de conexión de antijuricidad no sólo ha sido advertido por la doctrina, sino además por el propio TS que en unas de sus sentencias ha recomendado ser cauteloso en su aplicación, a efectos de evitar que esta fórmula se convierta en una fuente de inseguridad que vacíe el contenido efectivo de lo dispuesto en el art, 11.1 de la LOPJ[1046].

En resumen, con esta doctrina se reformula el fundamento garantista de la prueba ilícita en España y se acerca al sustento jurisprudencial norteamericano. Se condiciona la protección de los derechos fundamentales a varios factores tales como: la gravedad de la violación, el resultado obtenido y la eficacia disuasoria que sobre el poder público pueda tener la trasgresión, si no se cumplen estas condiciones la prueba derivada del acto ilícito, puede ser admitido y mantenido en el proceso.

Por otra parte, esta doctrina permite la incorporación al ordenamiento jurídico español de nuevas excepciones que podrían presentarse al momento de analizar el caso en concreto y el derecho fundamental vulnerado que se denuncia. Lo anterior le otorga amplias facultades

---

[1042] ARMENTA DEU, T.: *La prueba ilícita. Un estudio…, op. cit.*, p. 125.
[1043] PLANCHADELL GARGALLO. A: *La prueba prohibida: Evolución jurisprudencial..., op. cit.*, p. 134.
[1044] MIRANDA ESTRAMPES, M: *"La regla de exclusión de la prueba ilícita: historia de su nacimiento y de su progresiva limitación"*, Jueces para la Democracia núm. 47, 2003, pp. 59-61.
[1045] MUÑOZ CONDE. F: *"Prueba prohibida y valoración de las grabaciones audiovisuales en el proceso penal"* Revista Penal de la Universidad de Huelva, núm. 14, 2004, p. 101.
[1046] STS 1203/2002, de 18 de julio de 2002. FJ 3, la cual viene a convertirse en la jurisprudencia más importante respecto a la mesura que se debe tener al momento de aplicar la doctrina de la excepción de la conexión de antijuridicidad. En el mismo sentido se han pronunciado las SSTS 58/2003, de 22 de enero de 2003, 1451/2003, de 26 de noviembre de 2003, 821/2012, de 31 de octubre de 2012.

discrecionales al órgano jurisdiccional[1047], a tal punto que, en sentido metafórico, podríamos decir que el juzgador se convierte en una especie de sastre que puede cortar el nexo causal en el lugar que considere oportuno y armar el traje a la medida de las circunstancias que le toque resolver.

4.4 La buena fe policial

Esta excepción norteamericana básicamente consiste en no restarle eficacia probatoria a aquellas pruebas ilícitamente obtenidas por un agente del orden público, siempre que éste hubiese actuado de manera razonable y bajo la convicción de que lo realizado se enmarcaba dentro del orden legal[1048]. Por lo tanto, los agentes realizan la actuación ilícita no a sabiendas, sino creyendo que están amparados por una autorización o ley vigente. En el entorno jurídico norteamericano esta excepción se justifica por cuanto el fundamento de la regla de exclusión radica en el efecto disuasorio, de tal suerte que, si la policía cree estar actuando ajustado a la ley, no vulnera ningún derecho fundamental, por ende, no tiene sentido aplicar la *exclusionary rule*, pues con ello no se consigue el efecto disuasorio preventivo de las malas prácticas en el futuro[1049].

Entendido el fundamento norteamericano de la excepción de la buena fe policial, *a priori* podemos decir que, adaptar esta doctrina al sistema jurídico español resulta a todas luces incompatible con la naturaleza procesal de la prueba ilícita, pues como hemos analizado, esta garantía tiene como sustento constitucional la posición preferente que ocupan los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico español y su condición de inviolables[1050]. No obstante, a lo antes expresado, el Tribunal Constitucional, haciendo caso omiso de estas peculiaridades, en su sentencia 22/2003, instituye como una nueva excepción la buena fe policial.

La sentencia en mención tuvo como acontecimiento un supuesto de entrada y registro policial en el domicilio del detenido, practicado con el consentimiento de la esposa de éste quien a su vez era la denunciante. Consecuencia de esta intervención, se incautó un arma de fuego de

[1047] MIRANDA ESTRAMPES, M: *El concepto de prueba y su tratamiento*…, *op. cit.,* pp. 132-133.
[1048] Esta doctrina de origen estadounidense se establece por primera en la sentencia *United States vs. Leon*, de 1984, denomina en dicho país como *"Good-aith exceptio"*. EUSAMIO MAZAGATOS E., y SÁNCHEZ RUBIO, A.: *La prueba ilícita en la doctrina de la Corte Suprema*…, *op. cit.,* p. 103.
[1049] MIRANDA ESTRAMPES, M: *El concepto de prueba y su tratamiento*…, *op. cit.,* p. 103.
[1050] *Ídem*, p. 103.

propiedad del encausado, motivo por el cual fue juzgado y sentenciado como autor por los delitos de amanezcas y tenencia de ilícita de armas de fuego. El Tribunal reconoce vulnerado el derecho fundamental a la inviolabilidad domiciliaria (art. 18.2), por cuanto se consideró que el consentimiento dado por la esposa no era válido, al existir un conflicto de intereses. Sin embargo, a esta situación el Tribunal desestima esta vulneración bajo el razonamiento de que objetivamente el consentimiento de la esposa, se presentaba como un habilitante suficiente para llevarla a cabo conforme a la Constitución la práctica de la entrada y registro. De tal suerte que no se puede constar la existencia de dolo o culpa, tanto por parte de la fuerza actuante, como por la de los órganos judiciales que dieron por válida la prueba practicada. A su vez el TC consideró a la prueba ilícita como "un remedio impertinente y excesivo[1051]", de esta manera se instituyó en el derecho español el germen de la doctrina de la buena fe[1052].

Creemos que el respetable criterio del Tribunal no es el correcto por no ajustarse al principio rector de la prueba ilícita que es el de proteger los derechos fundamentales y libertades del ciudadano. En tal sentido no es tolerable para el sistema jurídico español admitir una prueba ilícita basados en la idea de que la regla de exclusión tiene como objetivo principal impedir las actuaciones inconstitucionales de los policías, y, por tal razón, si éstos actúan de buena fe no tiene cabida aplicar el efecto de la prueba ilícita. Aplicar esta premisa en España sí es posible si, la disuasión va encaminada de manera principal a la protección de los derechos fundamentales. En consecuencia, el efecto disuasorio de las conductas policiales ilícitas hacia el futuro debe ser aplicada como un objetivo secundario y complementario que coadyuve a la tutela de los derechos fundamentales.

La peligrosidad de esta doctrina radica principalmente en cimentar su teoría en la intencionalidad de la policía, es decir, en su actuación de buena fe y creencia de estar actuado acorde con el ordenamiento constitucional y legal. Supuestos que pueden, por el contrario de lo

[1051] STC 22/2003, de 10 de febrero de 2003.

[1052] Vale aclarar que la idea de instituir la doctrina de la buena fe al derecho español ya se venía gestando años atrás, tal como se desprende de la sentencia STS 974/1997, de 4 de julio que su parte pertinente expresa: "La limitación 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 no constitucionales la obtención de pruebas que se obtendrían indefectiblemente por otras vías, pero más tardíamente; buena fe que en este caso concurre pues se contaba con una autorización judicial correctamente obtenida, aún cuando el Tribunal sentenciador no la haya estimado válida por insuficiencia de motivación". Pensamos que este criterio vuelve más permisible la admisión de la prueba ilícita a través de casos de descubrimientos inevitables; pues esta excepción únicamente operaría cuando existen actuaciones policiales de mala fe, para el resto de situaciones la prueba inconstitucional podría servir de base para sustentar una sentencia condenatoria.

que se pretende, incentivar malas prácticas investigativas, a sabiendas de que, si ellos cometen un error por ignorancia, todo lo obtenido amparado bajo esas circunstancias tendrán valor procesal, a pesar de haber vulnerado un derecho fundamental.

Adicional a lo anterior, con esta excepción se rompe el criterio jurisprudencial de que las excepciones probatorias, eran únicamente para las pruebas reflejas, de ahora en adelante, si se comprueba que el agente del orden público actuó de buena fe, y, si el órgano juzgador estima que la aplicación de la prueba ilícita no va a evitar en el futuro actuaciones violatorias de derechos fundamentales, podría perfectamente admitirse tanto una prueba ilícita directa como la derivada de ésta.

4.5. La prueba ilícita obtenida por particulares

Tal como acabamos de señalar, la doctrina de la conexión de antijuricidad dejó la puerta abierta para el ingreso de nuevas excepciones. Es así que como una nueva tendencia de esta materia encontramos recientemente la prueba ilícita obtenida por particulares. Esta excepción fue incorporada al quehacer jurídico español por el TS mediante la sentencia 11/2017, de 23 de febrero, dentro de la famosa causa conocida como la lista *Falciani*, la cual fue posteriormente ratificada por el TC en su sentencia 97/2019, de 16 de julio.

Los antecedentes remotos tienen su punto de partida en la ilícita obtención, por parte de Hervé Falciani ex empleado de la entidad financiera HSBC radicada en Suiza, de ficheros y datos de la empresa en los que constaba la identidad de numerosas personas con cuentas y activos ocultos no declarados al fisco de varios países europeos. Acción que en Suiza constituye un delito de contra el secreto bancario, motivo por el cual se le inició un proceso penal contra el antes mencionado sujeto, pero como él había huido a Francia, se solicitó la cooperación de las autoridades de dicho país, quienes, al realizar el registro del domicilio del implicado, encontraron una lista. Consecuencia de dicha lista se procesó al ciudadano Darío, quien fue declarado culpable de dos delitos contra la hacienda pública y fue sentenciado a 3 años de prisión por cada uno de ellos.

El condenado sintiéndose afectado con el fallo, presenta el respectivo recurso de casación interpuesto frente a la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 29 de abril de 2016, por considerar que la causa de su enjuiciamiento tuvo su origen en un acto ilícito, el

cual fue el apoderamiento ilícito de archivos que contenía una gran información bancaria relacionada a titulares de fondos administrados por suiza HSBC, por tal razón, al sustentar el órgano jurisdiccional su condena en una prueba derivaba de un acto ilegal, la prueba debía ser invalidada.

El Tribunal Supremo al tratar la *ratio decidendi*, sobre el art 11 de la LOPJ, expresó que esta normativa "aconseja huir de interpretaciones rígidas, sujetas a reglas estereotipadas que impidan la indispensable adaptación al caso concreto. Y esa rigidez despliega similar efecto pernicioso, tanto cuando se erige en injustificada regla de exclusión, como cuando se convierte en una tolerante fórmula para incorporar al arsenal probatorio lo que debió haber sido excluido[1053]". Siguiendo este lineamiento significaría que la aplicación de la prueba ilícita no es automática, sino que podrá variar según el caso, de ahí que habrá ocasiones en que la prueba ilícita será admitida al proceso sin importar que en su obtención se haya vulnerado un derecho fundamental.

El Tribunal al momento de analizar la prueba con la cual se sentenció al recurrente, toma como directriz la fundamentación de la regla de exclusión norteamericana del efecto disuasorio. Como se observó *supra* para esta jurisprudencia, el efecto de la prueba ilícita sólo toma sentido si se la aplica para erradicar actuaciones policiales violatorias de derechos fundamentales dentro de la investigación de los delitos. Bajo esta perspectiva el TS sostiene que la prueba, si bien fue obtenida con vulneración de un derecho fundamental, esta afectación tuvo como antecedente una actuación de un particular, por lo que, al no ser atribuible a los agentes estatales, las consecuencias jurídicas de la regla de exclusión no pueden ser aplicadas de forma directa e ineludible al particular. Su aplicación exige un juicio de ponderación relacionado con el "alcance y la intensidad de la afectación del derecho fundamental deteriorado.

Si el particular actúa por su cuenta propia y totalmente independiente del ejercicio punitivo del Estado, no tiene sentido disuadirlo de su actuación. En tal sentido al no actuar el particular a nombre del Estado, no rebasa el marco de garantías que define los límites constitucionales que debe respetar los agentes del orden público en la recolección de fuentes de pruebas incriminatorias.

[1053] STS 116/2017 de 23 de febrero de 2017.

Sostiene el Tribunal que el art. 11 de la LOPJ, cuando utiliza la frase "no surtirá efecto las pruebas obtenidas…", proscribe la obtención de pruebas en el desarrollo de la actividad probatoria en el marco de un proceso penal. Esto significa que sólo cuando la prohibición de pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales va encaminada a limitar los excesos policiales dentro de las investigaciones penales, es cuando la regla de exclusión toma su verdadero objetivo[1054].

En resumen, el TS admite como válida la prueba ilícita de la "Lista Falciani", por considerar que su obtención, si bien se dio con vulneración de un derecho fundamental, la infracción fue realizada por un particular quien lo hizo por su propia cuenta y no a nombre del Estado. Por tal razón, si la acción ilícita en la obtención de la prueba no está vinculada de forma directa o indirecta con el poder público, y, además el particular se apropia de dichos elementos incriminatorios, sin tener como finalidad el hacerlos valer en el futuro dentro de un proceso penal, la aplicación de la eficacia de la prueba ilícita carecería de sentido.

Lo anterior no quiere decir que esta jurisprudencia admite toda clase de prueba inconstitucional obtenida por un particular, sino que como se desprende de lo antes expresado, su admisión dependerá del cumplimiento de varios requisitos a saber: a) la prueba debe ser obtenida por un particular, b) éste no debe tener ninguna vinculación con la actividad punitiva del Estado, c) no pude ser obtenida con la finalidad de prefabricar pruebas, y, d) dichas pruebas no pueden tener como objetivos hacerla valer ni directa ni indirectamente en un proceso penal. En consecuencia, su admisión dentro del juicio deberá ser excepcional en atención al principio de ponderación de conformidad a las circunstancias que se presenten en cada caso concreto.

Por su parte el TC al conocer el recurso de amparo de la sentencia antes citada, realiza una argumentación sobre la teoría de la ponderación de intereses, y, además hace un recorrido por su propia jurisprudencia en materia de prueba ilícita, tomando como principal guía la argumentación dada en la STC 114/1984, de 29 de noviembre.

Basados en el principio de ponderación el TC aduce que la sola vulneración de un derecho fundamental no obliga de manera automática a expulsar del proceso penal el uso de materiales probatorios derivados de la prueba originaria inconstitucional, sino que requiere de

[1054] *Ibidem*.

la realización de un juicio de ponderación de los intereses confrontados en cada caso en particular.

El TC concuerda con lo expresado por el TS y señala que el art. 11 LOPJ, no se refiere a cualquier vulneración de derechos fundamentales, sino únicamente a aquellos que tienen relación al ámbito procesal, porque es ahí donde la eficacia de la prueba ilícita cobra su importancia. Con esta afirmación el TC busca diferencia dos tipos de vulneraciones de derechos constitucionales que se pueden dar al momento de obtener una prueba. Uno que se refiere a derechos fundamentales del art. 18.1 CE que tiene como finalidad proteger la intimidad; y, otros que buscan proteger el proceso con todas las garantías previsto en el art. 24.2 CE.

Siendo estos último a criterio del Tribunal "los que protegen a los ciudadanos de las violaciones instrumentales de sus derechos fundamentales que ha sido verificado, justamente, para obtener pruebas". De esta forma se protege la integridad de la justicia, la igualdad de las partes, por otra parte, se consigue la disuasión del poder público y de los particulares de realizar actos contrarios a los derechos fundamentales con fines de obtener pruebas en su provecho para el proceso.

Para que la afectación de un derecho fundamental sustantivo active los efectos de la regla de exclusión, debe existir una vinculación "entre el acto determinante de la injerencia en el derecho fundamental sustantivo y la obtención de fuentes de prueba". De no acontecer lo anterior la exigencia a la reparación, restablecimiento o resarcimiento del derecho vulnerado, deberá seguir otras vías diferentes a la esfera procesal, como podrían ser las penales o civiles.

En resumen, conforme al análisis de las dos jurisprudencias, para los tribunales españoles, la prueba obtenida con vulneración de un derecho fundamental por parte de un particular no será excluida de forma automática, sino que se deberá realizar un juicio de ponderación en cada caso en específico. De esta forma se podrá determinar el grado de afectación padecida por el derecho al momento de la obtención de la prueba y su vinculación con los derechos procesales de las partes. En otras palabras, la regla de exclusión ya no busca como principal fin la protección de derechos fundamentales sustantivos, su fundamento actual es garantizar el derecho a un proceso con todas las garantías.

El carácter secundario, que se le da dentro de la regla de exclusión a los derechos fundamentales ajenos al ámbito procesal, queda debidamente evidenciado al establecer como

fundamentación de la prueba ilícita el efecto disuasorio, con lo cual se desvirtúa la realidad garantista de su propia esencia y se relega a un segundo plano los derechos fundamentales al condicionar su protección a este fin.

5. La actual consideración de la prueba ilícita en el ordenamiento jurídico español

La dificultad que representaba la prueba ilícita para la lucha contra la criminalidad, especialmente la grave, podemos decir que en España es cosa del pasado. Las numerosas excepciones que se venían construyendo, fueron debilitando su radio de acción, a tal punto que hoy en día, lo que era la regla, ha pasado a convertirse en excepción.

Para la ley (art. 11.1 LOPJ), no exige más requisitos que la vulneración de un derecho fundamental para declarar una prueba como ineficaz, circunstancia que vía jurisprudencia[1055], sin tener facultad legislativa para restringir la actual norma, se la cambia, mediante una reinterpretación de los fundamentos estipulados en la teoría de la conexión de antijuricidad. Recapitulando esta teoría, sabemos de manera general que cuando la prueba ilícita no trasmitía su inconstitucionalidad a la prueba derivada, esta última podía ser admitida dentro del proceso penal. Para la aplicación de esta doctrina la jurisprudencia exigía, por una parte, que no existiera un nexo de antijuricidad entre la prueba derivada con la vulneración de un derecho fundamental sustantivo, y, por otra, que la prohibición de valorarla no viniera exigida por las necesidades esenciales de tutela del derecho afectado. Si se cumplía con ambos requisitos, entonces la incorporación de la prueba al procesal era legalmente válida[1056].

Si recordamos lo estudiado hasta aquí, las excepciones a la regla de exclusión construidas por la jurisprudencia únicamente eran aplicable para las pruebas derivadas mas no para las pruebas ilícitas directas, situación que cambió drásticamente a partir de las sentencias STS 116/2017 de 23 de febrero, y, STC 97/2019, de 16 de junio. Ahora con la jurisprudencia del TC, es posible valorar todo tipo de prueba ilícita, sean derivadas u originarias[1057].

[1055] STS 116/2017 de 23 de febrero de 2017, y, la STC 97/2019, de 16 de junio de 2019, las cuales analizamos en párrafos posteriores.
[1056] STC 81/1998, de 2 de abril de 1998.
[1057] GÓMEZ AMIGO, L.: "Tratamiento procesal de la prueba ilícita en el proceso penal: del régimen actual al Anteproyecto de le de Enjuiciamiento Criminal de 2020", en *Revista asociación de profesores de derecho procesal de las Universidades españolas* núm. 4 (Dir. ARANGUENA FANEGO C.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 201-232.

El nuevo direccionamiento que se ha dado a la prueba ilícita, al parecer es del agrado del legislador, tal como se desprende del Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020, Normativa que en lo referente a la prueba ilícita ha trasladado la actual tendencia jurisprudencial desarrollada a partir del caso "Falciani". Tendencia que se desarrolla en el art. 21 del citado anteproyecto, en donde expresa que "no surtirán efecto las pruebas obtenidas con violación de derechos fundamentales cuando entre el acto de obtención de la prueba y su utilización en el proceso exista una conexión jurídica suficiente". Como podemos notar, de aprobarse esta ley, quedaría legalizado el cambio de tendencia de la prueba ilícita, que dejó de tener como principal misión la protección de los derechos fundamentales, para ahora condicionar su tutela únicamente y solo sí, el acto violatorio puede poner en peligro el derecho a un proceso con todas las garantías. La única excepción que impone este anteproyecto a la inadmisión de la prueba ilícita sea directa o indirecta, es en los casos que éstas hayan sido obtenidas mediante acto de torturas, tratos inhumano o degradante, para todo lo demás, podrían ser admitidas, e incluso no obstante de haberse obtenido la prueba con vulneración de un derecho fundamental y de tener esta un ligamen con el derecho a un proceso con todas las garantías, dichas pruebas pueden ser admitidas si las partes acusadoras pueden demostrar que habrían llegado a obtenerlas por un medio distinto y lícito. Con esta última parte se incluye de forma legal la excepción del descubrimiento inevitable.

En conclusión, creemos que alejarse de la interpretación literal del artículo 11.1 de la LOPJ, mediante un criterio jurisprudencial no es lo correcto. Dejar en manos de los tribunales los efectos de la prueba ilícita, lejos de ayudar al fortalecimiento de la protección de los derechos fundamentales, función principal para lo cual fue creada, ha significado la desnaturalización, del sentido de la norma que le fue conferido de forma legítima por el legislador. La regla de exclusión ya no se aplica como regla general al detectarse una vulneración de derechos fundamentales en la obtención de la prueba, sino que ahora es la excepción. Ahora la regla será admitir las pruebas ilícitas sean directas o indirectas, pues la exclusión ya no opera de forma automática, sino que debe cumplir con determinadas condiciones impuestas en la doctrina *Falciani*.

Como vemos la actual tendencia jurisprudencial del TC en España es el admitir las pruebas obtenidas con vulneración de un derecho fundamental sustantivo, si éste no va encaminado a conseguir una posición de ventaja o desequilibrio procesal, y que, además, no

haya una necesidad general de prevención o disuasión de la vulneración consumada que se proyectan sobre el proceso y justifique la exclusión probatoria por ilícita[1058].

Al cerrar este capítulo hemos entendido que la prueba es la luz que ilumina al juez en el camino oscuro que es el proceso, sin ella jamás se daría fin al litigio y no se alcanzaría la tan ansiada paz social. La prueba no debe tener como única finalidad la búsqueda de la verdad histórica o material, pues esto llevaría a la vulneración de derechos fundamentales. La prueba conforme artículo 24.2 de la Constitución Española de 1978 (CE), es un derecho fundamental que permite a las personas "utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa". Derecho que como todos los demás, no es absoluto, por lo que su ejercicio se encuentra delimitado por la norma constitucional y por las leyes procesales[1059], pues caso contrario su ingreso al proceso sería inadmisible, y, en el primero de los supuestos, daría lugar a la prueba ilícita.

La prueba ilícita es una figura jurídica extranjera incorporada al ordenamiento jurídico español mediante jurisprudencia del Tribunal Constitucional dentro de un caso laboral, para luego ser incorporada mediante reforma legal. En sus inicios su fundamentación fue de índole constitucional sustentado en el respeto de la posición preferente de los derechos fundamentales. Criterio que hoy ha sido lamentablemente cambiado por el de la buena fe policial.

El efecto de la prueba ilícita no solo abarca a las pruebas directas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales, sino, además, a todas las que se deriven de ella, es por eso que nosotros siguiendo la tendencia de la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia de los más altos organismos de justicia, consideramos vigente en la legislación española la doctrina del fruto del árbol envenenado.

En sus inicios la prueba ilícita era aplicada de forma amplia, pero luego fue reduciéndose sus efectos, mediante excepciones establecida, en primera instancia, únicamente para la prueba refleja, pero luego del caso Falciani, también se ha empezado a establecer excepciones como es

[1058] PICO I JUNOY: "El derecho a la prueba", *en la prueba a debate*. *Diálogos hispano-cubanos* (Dirs. PICO I JUNOY, J. MENDOZA DÍAZ, MANTECON RAMOS, A.) (Coords. MIRANDA VÁZQUEZ, C., HIERRO SÁNCHEZ, L.), Bosch, Barcelona, 2021, pp. 19-60.

[1059] Revisando la jurisprudencia del TC encontramos que: "El derecho a la prueba no tiene, en todo caso, carácter absoluto o, expresado, en otros términos, no faculta para exigir la admisión de todas las pruebas que puedan proponer las partes en el proceso, sino que atribuye únicamente el derecho a la recepción y práctica de aquéllas que sean pertinentes, correspondiendo a los órganos judiciales el examen sobre la legalidad y pertinencia de las pruebas solicitadas". STC 19/2001, de 29 de enero de 2001.

el caso el de la buena fe, y, la obtención de prueba de particulares cuando se cumple con ciertos requisitos.

Tal como actualmente está la jurisprudencia de la prueba ilícita ésta ha sufrido una involución como garantía de los derechos fundamentales, a tal punto que se podría decir que hoy ya no es una regla sino una excepción.

En definitiva, tanto la prueba directa como la derivada en los actuales momentos pueden ingresar al proceso penal, si a criterio del juez considera que se ajusta a algunas de las excepciones creadas por la jurisprudencia.

II. LA PRUEBA ILÍCITA EN ECUADOR

1. La prueba ilícita en la legislación ecuatoriana y su crítica

Siguiendo la pista de esta institución, la prueba ilícita en la legislación ecuatoriana aparece por primera vez en la Constitución del año 1998. En ella se señalaba que "las pruebas obtenidas o actuadas con violación de la Constitución o la ley no tendrán validez alguna[1060]". En similar sentido el Código Procesal Penal expresaba en su art. 80 que "toda acción preprocesal o procesal que vulnere garantías constitucionales carecerá de eficacia probatoria alguna. La ineficacia se extenderá a todas aquellas pruebas que, de acuerdo con las circunstancias del caso, no hubiesen podido ser obtenidas sin la violación de tales garantías.

Por su parte la actual Norma Suprema recoge esta figura con un ligero cambio en relación a la anterior que expresa: "Las pruebas obtenidas o actuadas con violación de la Constitución o la ley no tendrán validez alguna y carecerán de eficacia probatoria[1061]". La actual norma en relación a la anterior encontramos, por una parte, un retroceso, pues no se dice nada sobre la prueba ilícita derivada, pero, a la vez, presenta una mejora en el tratamiento jurídico de la prueba ilícita. Ahora las pruebas obtenidas o actuadas con violación de la Constitución o la ley, a más, de ser consideradas inválidas, la propia constitución establece como sanción la ineficacia de la prueba, es decir, que bajo ninguna circunstancia pueden ser subsanadas y volver a ingresar al proceso.

[1060] CRE de 1998, art. 24.14.
[1061] CRE, art. 76. numeral 4.

En concordancia con el actual modelo constitucional, como no podía ser de otra manera el moderno COIP, incorpora la ilicitud probatoria dentro de los principios de la prueba y sobre la misma prescribe que "toda prueba o elemento de convicción obtenidos con violación a los derechos establecidos en la Constitución, en los instrumentos internacionales de derechos humanos o en la Ley, carecerán de eficacia probatoria, por lo que deberán excluirse de la actuación procesal[1062]".

Un punto importante a rescatar es que el presente artículo, a diferencia de la Constitución, no sólo incluye dentro de la regla de exclusión a las pruebas obtenidas con vulneración de los derechos constitucionales y legales, sino que, además, extendía su cobertura a los instrumentos internacionales de derechos humanos.

Otro aspecto destacable es haber mantenido en la legislación la exclusión de los elementos de convicción que por ser recolectados antes de la etapa de juicio no pueden ser considerados prueba. De esta manera, queda claro que, en Ecuador, la prueba ilícita abarca, el proceso de recolección de todo el material incriminatorio hasta su transformación en prueba.

Al estar expresamente señalado en la ley que todo elemento de convicción obtenido con afectación de las garantías fundamentales no puede ingresar al proceso, se impide interpretaciones restrictivas sobre el alcance de los efectos de la prueba ilícita, como se dieron en España, en donde como vimos al tratar la prueba ilícita en este país, para una minoría de doctrinarios, la ley únicamente se refiere para los casos de prueba mas no para las fuentes de prueba.

Por otra parte, a nuestro modesto entender la norma constitucional y legal confunden la prueba ilícita y la ilegal, lo cual provoca que se les den un mismo efecto jurídico como si se trátese de lo mismo. Analizando la jurisprudencia ecuatoriana encontramos que, con buen criterio, la Corte Nacional establece la diferenciación entre los principios de licitud y legalidad de la prueba. Refiriéndose al primero como aquellos que en la obtención de prueba afectan los derechos consagrados en la Constitución e instrumentos internacionales de la persona procesada. Mientras que, estaremos en presencia del segundo, cuando los elementos probatorios no cumplen con los principios y normas establecidos en la ley. Concluyendo en que "los

[1062] 454.6, del COIP.

elementos probatorios que contraríen el principio de ilicitud son considerados prueba ilícita, y, aquellos que contraríen el principio de legalidad son consideradas prueba ilegal[1063]".

Conforme se desprende de lo antes señalado, la incidencia que produce la vulneración de las normas y principios en la obtención de una prueba ilícita y una ilegal, son muy diferentes. La prueba ilícita vulnera derechos considerados de alto valor por lo tanto requieren de una protección especial y, es por eso que se encuentra consagrado por la Constitución y en instrumentos internacionales de derechos humanos. Por su parte, la prueba ilegal afecta derechos infra constitucionales, de ahí que ellos se encuentran garantizados por normas legales. En este orden de ideas, si bien en ambos casos, se obtiene una prueba contraria a lo que prescribe el debido proceso, y, por ende, deben ser desechadas o inadmitidas del proceso penal, sus efectos no pueden similares. De aplicarse iguales consecuencias procesales, pensamos que se afectaría el principio de proporcionalidad.

Sabemos que en el proceso penal se enfrentan dos derechos claramente diferenciados. Por un lado, tenemos los derechos fundamentales de la persona sometida al proceso penal, que deben ser respetados en todo momento, y, por otro, el derecho del Estado a perseguir y castigar a los culpables de los delitos. Producto de esta contraposición de intereses, cada vez que colisionan ambos derechos, el Estado debe ceder ante la defensa de los derechos fundamentales, puesto que si el proprio poder público es quien los garantiza y debe protegerlos, sería contradictorio que él mismo los desconozca por el afán de sancionar al encausado. Desde este prisma, si durante el trámite del proceso penal, se vulnera una norma *infra* constitucional, el derecho del Estado de castigar a los culpables del ilícito, debe prevalecer por ser un derecho constitucional superior al de la simple vulneración de una norma legal de menor rango.

Por otra parte, debemos recordar que la *norma normarum* considera al sistema procesal como un medio para la realización de la justicia, por lo cual las normas procesales deben consagrar los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación, celeridad y economía procesal, y, además, hacer efectivas las garantías del debido proceso, sin que pueda sacrificarse la justicia por la sola omisión de formalidades[1064]." Esta última parte nos permite

[1063] Corte Nacional de Justicia del Ecuador, Sentencia 445-2015, 26 de marzo de 2015.
[1064] Art. 169 de la CRE.

sustentar nuestro criterio de que no se le debe dar, en todos los casos[1065], a la prueba ilegal el mismo efecto que la prueba ilícita.

Supongamos que se realiza un peritaje, el cual de acuerdo al COIP, debe ser firmado por dos peritos, pero resulta que solo lo firma uno, esta violación convertiría a este medio en una prueba ilegal, en consecuencia, si se aplica de forma automática lo dispuesto en la ley procesal penal, la prueba debería ser excluida del proceso, sin embargo, esto significaría sacrificar la justicia por una solemnidad que no es sustancial para el proceso, porque de igual manera el procesado ha conocido y tenido acceso al peritaje para ejercer su derecho de defensa, y, en caso de no estar de acuerdo con el mismo refutarlo. Por ello, al no tener esta formalidad ninguna incidencia de trascendencia en la tramitación de la causa, por ello aplicar la exclusión de dicha prueba sería desproporcionado para los fines del derecho procesal penal que es el de alcanzar la verdad.

Siguiendo la línea conductora del ordenamiento ecuatoriano encontramos que el art. 652.10 del COPI dispone que cuando el juzgador resuelva un recurso y observa que existe alguna causa que vicie el procedimiento debe declarar de oficio o a petición de parte, lo cual procederá únicamente si la causa que la provoca tiene influencia en la decisión del proceso. Esta norma establece como causas que vician el procedimiento las siguientes: a) la falta de competencia de la o el juzgador, b) cuando la sentencia no reúna los requisitos establecidos en este Código, c) cuando exista violación de trámite, siempre que conlleve una violación al derecho a la defensa.

Como podemos notar no toda violación de la ley procedimental conlleva necesariamente a la nulidad de lo actuado, para que ocurra aquello, la nulidad deberá ser sustancial e incidir en la decisión de la causa, y, por último, deberá ceñirse a una de las causales establecidas por la ley procesal penal. Por lo tanto, creemos que en aquellos casos en los que la fuente o el medio de prueba se obtiene o práctica, según el caso, con vulneración de la legalidad ordinaria o procedimental, pero sin afectar derechos constitucionales, dicha prueba ilegal, podría ser

[1065] Señalamos esto, porque podrían darse situaciones en lo que la prueba, no obstante, de afectar una norma legal, deberá ser excluida del proceso, por atentar contra un derecho como podría ser el de defensa que es una garantía consagrada en la Constitución.

utilizada dentro del proceso o en su defecto aplicársele el tratamiento de la nulidad[1066] mas no darle el mismo efecto de la prueba ilícita.

En definitiva, podríamos decir que la prueba ilegal permite un margen de discrecionalidad judicial para su aplicación, la misma que, para el caso de la prueba ilícita no debería existir, por cuanto su obtención es fruto de la vulneración de los derechos constitucionales más preciado para el desarrollo de la persona, situación que provoca una de las más graves vulneraciones al proceso penal.

2. Naturaleza jurídica de la prueba ilícita ecuatoriana

Como podemos deducir de los artículos antes revisados (art. 76. numeral 4 CRE y art. 454 del COPI), los fundamentos de la prueba ilícita en el Ecuador tienen el mismo fundamento que tuvo en España en sus inicios, esto es, la protección de los derechos fundamentales. En tal sentido, la prueba ilícita en este país sudamericano, al tener naturaleza de origen constitucional, no busca como objetivo principal la disuasión de conductas ilícitas de los sujetos encargado de recopilar los elementos de convicción o medios de pruebas, ni tampoco preservar la pulcritud de la administración de justicia. Su principal fin es la de garantizar la efectiva vigencia de los derechos constitucionales como así lo exige un Estado de derechos y justicia como es actualmente Ecuador.

A pesar de la similitud entre estas dos legislaciones, el nacimiento y origen de la prueba ilícita española y ecuatoriana difieren en que, en el país ibérico, este mecanismo procesal nace por vía jurisprudencial, criterio que luego fue introducido mediante la puesta vigencia de la LOPJ. A su vez en Ecuador su creación fue directamente vía constitucional y luego establecido en la ley.

En resumen, la prueba ilícita en España está sustentada en una norma infra constitucional, mientras en Ecuador, tiene rango constitucional, por lo que su aplicación constituye una garantía de carácter supremo, ubicando a esta institución en el plano superior del

[1066] Esta opinión ha sido sostenida por la Corte Nacional de Justicia del Ecuador, al señalar que la prueba ilegal, debes ser sometida al régimen de las nulidades procesales, lo cual significa que, bajo determinadas circunstancias podrían ser utilizadas. A su vez, la prueba ilícita, debe ser sometidas a la regla de exclusión. Corte Nacional de Justicia Sentencia 445-2015, …, *op. cit.*

ordenamiento jurídico, por lo cual no puede ser soslayada ni inobservada por ninguna otra ley, persona o autoridad alguna.

3. Los elementos que integran la prueba ilícita ecuatoriana

Conforme tratamos en el capítulo anterior, el concepto de prueba ilícita no tiene una aceptación unánime, motivo por el cual consideramos que la mejor forma de delimitar el campo operativo de esta figura es mediante la disección de cada uno de los elementos que la integran. Teniendo plenamente identificados sus elementos, podremos reconocer cuando nos encontramos ante una prueba ilícita.

De conformidad a la regulación constitucional y legal, podemos extraer como elementos constitutivos de la prueba ilícita los siguientes: elemento objetivo, elemento subjetivo y elemento espacial.

3.1. Elemento objetivo

Hemos estudiado que la prueba ilícita ecuatoriana se produce cuando en la obtención de la prueba o en su práctica se vulneran un derecho constitucional, los derechos humanos consagrados en los instrumentos internacionales o las disposiciones legales. Vemos así que en Ecuador la ilicitud probatoria comprende dentro del elementos objetivo tres supuestos. De manera concreta podemos señalar que el elemento objetivo es la causa normativa que produce la prueba ilícita. Explicado lo anterior pasaremos a ver cada uno de los supuestos que integran el elemento objetivo.

Atendiendo al primer supuesto, esto es la vulneración de un derecho constitucional, queda claro que la prueba ilícita en Ecuador busca proteger los derechos consagrados en la Norma Suprema, direccionamiento que se ajusta al actual modelo garantista de este país. En este orden de ideas la ilicitud probatoria se produce tanto cuando se afecta un derecho, sea este de índole sustantivo como procesal. En este último aspecto se asemeja a la regulación española del art 11.1 LOPJ, el cual señala de forma general como elemento objetivo de la prueba ilícita a los derechos o libertadas fundamentales, es decir, tampoco se discrimina la naturaleza del derecho fundamental vulnerado. Como se desprende de esta normativa, el legislador español ha

querido circunscribir la aplicación de la regla de exclusión, a la obtención de prueba con vulneración de derechos y libertades fundamentales. Criterio que, como analizamos en el epígrafe 2.2.2 del presente capítulo de este trabajo investigativo, ya había sido adoptado por el TC en su mítica sentencia (STC 113/1984) que dio origen a la prueba ilícita. En ella se deja claro que cuando se contrapone un derecho fundamental como puede ser la búsqueda de la verdad en el proceso y los derechos fundamental del ciudadano, el primero debe ceder ante estos últimos. En igual sentido se pronunció el TS en su sentencia de 4 de julio de 1997, en donde al tratar el efecto expansivo de la prueba ilícita, se señala que éste debe concretarse en los supuestos de vulneraciones de los derechos o libertades fundamentales.

Mientras que en España elemento objetivo de la prueba ilícita se encuentra delimitada por la ley a las libertades y derechos fundamentales consagrados en el Título I, Capítulo segundo. Sección 1.ª, en Ecuador, este campo queda demasiado amplio al referirse la norma de manera general a derechos constitucionales. Es por esto que a nuestro modesto entender la disposición ecuatoriana presenta una dificultad al momento de delimitar este elemento, pues al utilizar el término derechos constitucionales significaría que cualquier derecho consagrado en la Carta Magna como podrían ser el derecho al trabajo, a la seguridad social, a la naturaleza, al medio ambiente, a la educación o la salud, si se vulneran en la obtención de la prueba o en su actuación, daría lugar a la exclusión probatoria.

Imaginemos que la fiscalía o la policía, tienen una información de que el cadáver de un sujeto asesinado se encuentra enterrado en el medio del bosque, por lo cual va a dicho sitio y empieza a destruir la vegetación con el fin de encontrar el cuerpo. En efecto el cadáver es encontrado, así como también el arma utilizada en el asesinato, elemento que luego de la pericia respectiva revela que las huellas pertenecen a una persona especifica, por lo cual es detenida y procesado por un delito contra la vida. En el momento procesal oportuno, el abogado defensor, fundamentado en la constitución y la ley que prohíbe la obtención de prueba con vulneración de un derecho constitucional y siendo que en el proceso de recolección del material probatorio se vulneró el derecho a la naturaleza y aun medio ambiente sano, debido a que la policía no contó con autorización judicial para destruir la vegetación, zona donde se encontraron las evidencia, todo lo recolectado debe ser declarado prueba ilícita. Si tomamos de manera literal la norma se debería declarar ineficaz la prueba por haberse vulnerado un derecho constitucional, sin embargo, creemos que cualquier derecho por el solo hecho de estar estipulado en la

Constitución, no debe ser considerado causal suficiente para aplicar la exclusión de la prueba, sino únicamente cuando el derecho afectado es de aquellos que tienen relación con las cualidades o valores esenciales del ser humano sin los cuales no podría desarrollarse, en otras palabras derechos que la doctrina los reconoce como fundamentales o, en su defecto, cuando el derecho tienen incidencia en la garantía del debido proceso. Por tal motivo, ante esta falta delimitación de la norma, la tarea de calificar si el derecho constitucional vulnerado es capaz de producir una causa de prueba ilícita en la legislación ecuatoriana, debe quedar, hasta que la jurisprudencia o la ley establezca los límites, en manos del juez que tramite la causa.

En cuanto a los instrumentos internacionales de derechos humanos, la Norma Suprema señala que éstos forman parte de la Constitución[1067]. Por tal razón toda prueba que vulnere en su obtención los instrumentos internacionales de derechos humanos provocará una causa de prueba ilícita y con ello la ineficacia de esa prueba, independientemente de que los derechos violentados se encuentren reconocidos en la norma nacional o internacional.

El término instrumentos internacionales es un concepto muy amplio en él se comprende los convenios, tratados, así como declaraciones y resoluciones de organismos de protección de derechos humanos. Para que ellos puedan ser considerados como elemento objetivo de la prueba ilícita deben tratar sobre derechos humanos. Si bien estos instrumentos tienen en común el reconocimiento de derechos humanos, su diferencia radica en el hecho de que los convenios, en el caso ecuatoriano, requiere ratificación, a través de control de constitucionalidad, aprobación

[1067] Si revisamos el art. 424 de la CRE, nos daremos cuenta que se establece dentro del orden jerárquico de aplicación de las normas en primer lugar a la Constitución, para reglón seguido referirse a los tratados y convenios internacionales, así como a las demás leyes. Para ratificar lo anterior, tenemos que, la Constitución, establece en el art. 3.1 como uno de sus deberes garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales. Asimismo, en el art. 10 expresa que "Las personas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos son titulares y gozarán de los derechos garantizados en la Constitución y en los instrumentos internacionales".
No obstante, esta jerarquía reconoce una excepción a favor de los tratados de derechos humanos, que aparece en el art. 424: "La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público".
Así, el art. 3º establece como el primero de los "deberes primordiales del Estado": "Garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales". Asimismo, el art. 10º declara que "Las personas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos son titulares y gozarán de los derechos garantizados en la Constitución y en los
instrumentos internacionales".

parlamentaria y depósito del instrumento, mientras, los demás instrumentos exigen suscripción[1068].

Siguiendo la normativa ecuatoriana, sabemos que la regla de exclusión se aplica cuando en la obtención de la prueba se vulneran derechos constitucionales o legales. Desde esta perspectiva no cabe duda que el ámbito de la prueba ilícita ecuatoriana es más amplia que la española, pues esta última sólo aplica esta figura para los supuestos de vulneración de derechos fundamentales.

Nuestra posición sobre la violación de disposiciones infra constitucional como causal de exclusión de prueba, como sustentamos en líneas anteriores, fue limitada, esto es, únicamente para los casos de vulneraciones de normas legales que tutelan algún derecho de índole constitucional, para el resto de casos, es pertinente seguir los efectos de la nulidad procesal.

3.2. El elemento subjetivo o personal

La ilicitud de la prueba tiene lugar cuando se vulnera un derecho humano, constitucional o legal, por tal razón necesita de un ejecutor de la trasgresión, quien viene a ser el sujeto responsable de dicha infracción. Conocer la naturaleza y circunstancias del sujeto es importante, pues de esto dependerá el tratamiento procesal que se le dé al material probatorio obtenido con vulneración del derecho o la ley.

La constitución ni la ley ecuatoriana, al igual que sucede en España[1069], no insinúa el sujeto activo de la infracción, por lo tanto, nos lleva a colegir que es indiferente la persona que actúe en la obtención de la prueba, lo relevante es que en dicha recolección vulnere un derecho humano, constitucional o legal, para que el material probatorio sea considerado ineficaz.

A nuestro criterio, es correcto no establecer un sujeto específico como sucede en otros países, pues siendo el fin principal del Estado constitucional la protección de los derechos

[1068] Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia núm. 11-18-CN/19, 12 de junio de 2019.

[1069] No obstante que la ley española, no identifica el sujeto que puede provocar la ilicitud probatoria, hemos visto que a partir de la jurisprudencia constitucional dentro del caso conocido como "lista Falciani", se han decantado, igual como sucede en los Estados Unidos de Norteamérica, por señalar que la prohibición de afectar un derecho fundamental en la obtención de la prueba va dirigida específicamente a la policía, por ende si la vulneración proviene de otro sujeto ajeno al ente investigador, la prueba ilícita puede ser admitida al proceso.

consagrados en la Norma Suprema, todas las personas se encuentran obligadas a respetarlos, sin importar si son o no funcionarios públicos o particulares.

Nuestro punto de vista lo podemos reafirmar tomando como ejemplo la acción de protección[1070], garantía constitucional que tienen como final la protección de los derechos constitucionales contra las violaciones provenientes del poder público o de particulares. Como podemos observar, la Constitución prevé una garantía que protege los derechos constitucionales, de los posibles ataques del poder público, como de particulares. De esto se desprende que el legislador ecuatoriano quiere dar una protección integral a los derechos constitucional, de tal suerte que nadie pueda vulnerarlo, sin importar quien sea.

Tomando en consideración lo antes expresado, podemos colegir que, en el Estado ecuatoriano, la protección de los derechos constitucionales, para que éstos tengan plena validez, se los debe proteger de cualquier acto atentatorio contra los mismos, sean que provenga de, poder público o de personas particulares. En razón de este razonamiento, podemos concluir que la prueba ilícita en Ecuador aplica su exclusión no sólo cuando en su obtención ha existido un acto violatorio proveniente del ente investigador, sino, además, si éstos son causados por un sujeto particular.

3.3. El elemento espacial

El elemento espacial constituye el momento en el que se produce la prueba ilícita, lo cual no debemos confundir con el instante cuando se alega la ilicitud. El elemento espacial tiene que ver con el periodo de tiempo cuando se produce la vulneración al derecho constitucional, derecho humano o la ley, infracción que dará como consecuencia la ineficacia de todos los elementos de convicción o material probatorio obtenido.

[1070] Art. 88, CRE: "La acción de protección tendrá por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución, y podrá interponerse cuando exista una vulneración de derechos constitucionales, por actos u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial; contra políticas públicas cuando supongan la privación del goce o ejercicio de los derechos constitucionales; y cuando la violación proceda de una persona particular, si la violación del derecho provoca daño grave, si presta servicios públicos impropios, si actúa por delegación o concesión, o si la persona afectada se encuentra en estado de subordinación, indefensión o discriminación".

Siguiendo la normativa ecuatoriana se desprende que el elemento especial comprende la fase de indagación hasta la etapa de juicio, por lo tanto, podemos decir que la prueba ilícita se puede producir durante la obtención, así como en la incorporación y práctica de la misma.

En efecto, la legislación ecuatoriana, diferencia los elementos de convicción[1071] que son aquellos recolectados antes del juicio con la prueba que es aquella practicada durante la etapa de juicio[1072]. Por lo tanto, la prueba ilícita puede darse desde la fase extra procesal hasta la etapa de juicio, de esta forma la normativa ecuatoriana cubre la recolección de los elementos de convicción, que es España es conocida como fuente de prueba, pero, además, se aplica esta figura jurídica a la etapa de juicio en donde culmina el proceso.

En conclusión, la normativa ecuatoriana es clara, en cuanto al elemento espacial de la prueba ilícita, éste se puede dar durante su obtención, como en su actuación y práctica, por lo que no permite una aplicación restrictiva. En cambio, como se estudió en su momento, en España, el art. 11.1 LOPJ, se refiere a la obtención de prueba, frase que dio lugar a que, un sector de la doctrina le diera una interpretación limitada y consideraran que la regla de exclusión únicamente debía ser aplicada en los casos de obtención prueba mas no para la obtención de fuentes de prueba.

3.4. El elemento procesal

Para finalizar con este análisis tenemos el elemento procesal, el cual se refiere a la sanción prevista en la norma cuando la prueba es obtenida o actuada sin observar los derechos constitucionales, los instrumentos internacionales de derechos humanos o la ley.

Este elemento permite, a la prueba ilícita, cumplir su función garantista contra los posibles abusos de los derechos constitucionales de los ciudadanos sometido a la investigación

[1071] Conforme el art. 580 del Código Orgánico Integral Penal, en "la fase de investigación previa se reunirán los elementos de convicción, de cargo y de descargo, que permitan a la o al fiscal decidir si formula o no la imputación y de hacerlo, posibilitará al investigado preparar su defensa". Como podemos notar, la ley, a la investigación previa no la considera parte del proceso, sino como una fase, es decir, esta actividad es de carácter extra procesal. Sin embargo, como se necesita investigar el presunto delito cometido y a sus responsables, desde esta fase se pueden utilizar medidas restrictivas de derechos fundamentales como las diligencias de investigación tecnológicas. Por lo tanto, puede producirse causales de prueba ilícita, si no se respetan los derechos al momento de obtener los elementos de convicción.

[1072] En esta etapa los elementos de convicción pasan a convertirse en pruebas su procedimiento se encuentra regulada en la Sección tercera, Parágrafo primero que va desde el artículo 609 hasta el 633 del COIP.

penal. Debido a la sanción procesal que conlleva la obtención de una prueba obtenida con trasgresión a un derecho constitucional, el sujeto, sin importar si es el ente investigador o un particular, en todo momento evitará conseguir una prueba bajo esa circunstancia, pues conoce que la Constitución y la ley las declara como ineficaces.

En resumen, el elemento procesal al establecer como consecuencia jurídica la ineficacia probatoria, obliga a todo aquel que quiera conseguir una prueba a respetar los derechos constitucionales del investigado.

4. Momento de la exclusión de la prueba ilícita

Hemos visto que toda prueba obtenida con vulneración de un derecho constitucional, instrumento internacional de derechos humanos o la ley, lleva implícita la sanción procesal de la ineficacia probatoria y con ella la prohibición de su valoración. Esta sanción no opera de forma automática, de ahí que deberá ser alegada por las partes procesales o en su defecto hacerlo de oficio el juez tramitador de la casusa. En razón de esta actuación los derechos fundamentales quedarán efectivamente garantizados una vez que el juez tramitador de la causa verifique tal vulneración en la obtención de la prueba y de manera expresa lo declare y excluye del proceso el medio de prueba ilícito. En tanto no exista dicho pronunciamiento judicial, la prueba ilícita continuará siendo parte del acervo procesal y podrá ser valorada por el juzgador.

La normativa ecuatoriana no establece un tratamiento especial para la exclusión de la prueba ilícita, sino que la ubica dentro de la etapa evaluatoria y preparatoria de juicio. El COIP en su artículo 604.4.c, establece que en esta etapa el juzgador puede declarar las evidencias ineficaces, excluir la práctica de medios de prueba ilegales, incluyendo las obtenidas o practicadas con vulneración de requisitos formales, normas y garantías previstas en los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos, la Constitución y este Código.

Analizando la presente norma notamos que en ella se reafirma el criterio amplio de prueba ilícita consagrado en la Norma Suprema. La ineficacia y la exclusión de la prueba cobija a los elementos de convicción al igual que a los medios de pruebas. Creemos que la inclusión de los medios de prueba en esta etapa no es acertada por no corresponder al momento procesal. Sabemos que los medios de pruebas son parte de la etapa de juicio o de juzgamiento que es

donde se practican las pruebas, antes de esto, lo adecuado conforme a la legislación ecuatoriana es hablar de elementos de convicción.

A más de este momento procesal, consideramos que la ilicitud e ilegalidad de una prueba, también es factible pedirla o declarar de oficio por el órgano juzgador, en la etapa de juicio, en donde se practica con oposición de parte contraria la verdadera prueba, la misma que es ingresada a través del medio probatorio autorizado por la ley procesal. Aquí la parte perjudicada con una prueba ilícita o ilegal tiene la posibilidad de objetar la prueba, lo cual será tomado en cuenta por el tribunal al momento de emitir la sentencia y de constarse que efectivamente ha existido una vulneración, sea esta legal o constitucional en la obtención o practica de la prueba, quedará prohibido de valorar dicho acervo probatorio para efectos de fundamentar una sentencia condenatoria.

De lo expresado hasta aquí, se desprende que en el Ecuador la prueba ilícita, puede tener dos momentos. Uno de ellos es la expulsión del proceso cuando se detecta la violación en la etapa evaluatoria, lo cual evita que una prueba manchada pueda llegar a la etapa de juicio y prejuiciar el criterio del órgano juzgador al practicar dicha prueba. Por último, tendríamos la posibilidad de pedir dentro del juicio, ya no la expulsión de la prueba, sino la prohibición de su valoración por parte del tribunal de sentencia. La expulsión no cabría en esta etapa, puesto que, al haber sido anunciada en la etapa anterior, la incorporación de la prueba se supone legal, por lo que ya no podrá salir del proceso, lo único que cabe, una vez alegada por las partes o detectada por el órgano juzgador la vulneración respectiva, es no valorarla por ser una prueba prohibida por el ordenamiento ecuatoriano.

5. La aplicación de la teoría del fruto del árbol envenenado en el proceso penal ecuatoriano

Si la regulación de la prueba ilícita en Ecuador es escasa, peor aún resulta el tratamiento de la prueba indirecta o efectos reflejos de la prueba ilícita, figura jurídica que en la actual norma procesal ha desaparecido. En efecto, de la lectura de la Constitución y la ley, se observa que ninguna de las dos hace mención alguna a los efectos reflejos o indirectos de la prueba ilícita.

Este vacío normativo nos lleva a preguntarnos ¿En Ecuador no es posible aplicar la teoría del fruto del árbol envenenado?, ¿Como la normativa ecuatoriana se refiere únicamente a la

prueba directa es factible admitir la prueba ilícita indirecta? Todas estas preguntas trataremos de resolverlas en el trascurso de este epígrafe.

Antes de la entrada en vigencia del actual COIP, el Código Procesal del 2000, sí contemplaba la aplicación de la regla de exclusión para las pruebas derivadas de la ilícita, lo cual se desprendía de lo estipulado en el art. 80 de dicho cuerpo legal que expresaba: "Toda acción preprocesal o procesal que vulnere garantías constitucionales carecerá de eficacia probatoria alguna. La ineficacia se extenderá a todas aquellas pruebas que, de acuerdo con las circunstancias del caso, no hubiesen podido ser obtenidas sin la violación de tales garantías. El artículo, si bien no daba la denominación de prueba refleja o derivada, su inclusión en el ámbito jurídico ecuatoriano quedaba evidenciada por la frase "la ineficacia se extenderá". Al extenderse la ineficacia se entiende que, si el árbol estaba envenado, todo lo derivado de él estaba igualmente contaminado.

La actual normativa procesal en su art. 454. 6 expresa: "…Toda prueba o elemento de convicción obtenidos con violación a los derechos establecidos en la Constitución, en los instrumentos internacionales de derechos humanos o en la Ley, carecerán de eficacia probatoria, por lo que deberán excluirse de la actuación procesal". Conforme se colige del presente artículo, sólo se hace alusión a la prueba ilícita directa, sin referirse a la prueba ilícita refleja o indirecta.

Este problema, como se analizó cuando tratamos este tema en el ámbito jurídico español, fue solucionado gracias a la jurisprudencia y la doctrina. De esta manera se aclaró que si bien, el art. 11.1 LOPJ, no introducía de manera expresa la prueba ilícita o refleja, conocida por la doctrina como frutos del árbol envenenado, su inclusión, se colegía del adverbio "indirectamente" empleado por el presente artículo.

Siguiendo una interpretación literal de la norma procesal ecuatoriana, *a priori* diríamos que en Ecuador no son permitidas las pruebas ilícitas directas, pero sí las derivadas de éstas, pues el ordenamiento jurídico no las prohíbe. Sin embargo, en consonancia con el modelo constitucional garantista que rige este país, esta interpretación resultaría a todas luces errónea y restrictiva de derechos, tal como lo demostraremos a continuación.

La CRE en su art. 11.3 señala que los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial,

de oficio o a petición de parte. A continuación, expresa que los derechos serán plenamente justiciables, por tal razón no es permitido alegar falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento, para desechar la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento. Por su parte en su inciso 4 establece que ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales.

Como se explicó *supra* los instrumentos internacionales de derechos humanos son parte de la Constitución y en ellos se engloban los convenios, tratados, así como declaraciones y resoluciones de organismos de protección de derechos humanos, por tal razón, al no existir pronunciamiento jurisprudencial ni doctrinal respecto del alcance limitado del del art. 454. 6 del COIP, nos vemos obligado a acudir a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de derechos Humanos (en adelante CIDH), como máximo intérprete de los derechos fundamentales consagrados en la Convención Americana de Derechos Humanos que son de obligatorio respeto y observancia de los Estados partes del Convención. Visto lo anterior nos decantaremos a favor o en contra de la ampliación del presente artículo a los casos de prueba refleja.

5.1 La prueba ilícita derivada o refleja en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

La Corte Interamericana de Derechos Humanos fue creada por la Convención Americana de Derechos Humanos para supervisar de manera complementaria a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. De acuerdo al art. 1 del Estatuto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, es una institución de carácter jurisdiccional y de consulta, su objetivo principal es la aplicación e interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En ejercicio de su función judicial resuelve en última instancia las acciones violatorias de los Estados miembros en contra de violaciones de los derechos o libertades tutelados por la Convención[1073].

Al igual que sucede en la Convención Europea de Derechos Humanos, la Convención Americana de Derechos Humanos, no consagra un artículo específico sobre la prueba ilícita. Por esta razón, como veremos, aplicando la misma fundamentación del Tribunal Europeo[1074],

[1073] Estatuto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, disponible en: https://www.oas.org/36ag/espanol/doc_referencia/Estatuto_CorteIDH.pdf, (última visita 22/07/2022).

[1074] El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, cuando le ha tocado resolver el tema de la prueba ilícita ha tomado como punto de partida el art. 6 del Convenio que consagra el derecho a un proceso equitativo. En virtud de este

utiliza la garantía del proceso equitativo para a través de éste, incorporar la prueba ilícita al sistema de derechos protegidos por la Convención.

Empezamos nuestro análisis con el caso Lori Berenson Mejía vs. Perú. Los hechos se dieron el 30 de noviembre de 1995, en circunstancia que la señora Lori Berenson Mejía fue detenida sin orden de un juez, por miembros de la Dirección Nacional Contra el Terrorismo (DINCOTE) de la Policía Nacional del Perú y llevada al local de la DINCOTE, por considerarla miembros del Movimiento Revolucionario Túpac Amaru (MRTA). La ciudadana en mención fue interrogada sin contar con un abogado defensor. Su juicio fue llevado por un tribunal de justicia militar sin rostro, en donde se le leyó su sentencia y fue condenada a cadena perpetua por el delito de traición a la patria.

El 28 de agosto de 2000 se anula el juicio militar y se inicia un nuevo juicio en el fuero penal ordinario, en el cual Sala Nacional de Terrorismo declaró que, no existía plena certeza de que la señora Berenson haya llegado a asociarse y ser parte integrante de la organización del MRTA, por lo que se la condenaba por el delito de terrorismo, en la modalidad de actos de colaboración, a 20 años de pena privativa de libertad[1075].

En la parte pertinente que nos interesa para nuestro análisis, observamos que la Corte, al momento de tratar sobra las pruebas señaló que todo el material recabado por la DICONTE, habían sido obtenidas ilegítimamente. A pesar del vicio que afectaba a la gran mayoría de pruebas, éstas fueron utilizadas por el Tribunal Militar para sentenciar a la señora Lori Berenso. Advierte la Corte que cuando se tramitó el segundo juicio ante la justicia ordinaria, se tomó como fundamento para la sentencia condenatoria de la presunta víctima, las mismas pruebas contaminadas del juicio militar. Este organismo fue enfático en señalar que "el estándar del sistema interamericano de derechos humanos debe ser la exclusión de cualquier valor probatorio

criterio el Tribunal, no analiza de forma separada la prueba, sino que, partiendo de una revisión de todo el procedimiento, verifica la forma en que obtuvo la prueba. Criterio que ha sido plasmado en su jurisprudencia en donde se expresó que "No le corresponde al Tribunal determinar, como cuestión de principio, qué tipos concretos de pruebas –por ejemplo, pruebas practicadas ilícitamente– pueden ser admitidos o, si un demandante es culpable o no. La pregunta a responder es si el procedimiento en su conjunto, incluida la forma en que se obtuvo la prueba, fue equitativo, lo que implica un examen de la 'ilegalidad' en cuestión y, en lo concerniente a la violación de otro derecho del Convenio, la naturaleza de la misma". STEDH del caso Jalloh contra Alemania, de 11 de julio de 2006 (JUR\2006\204643). En este mismo sentido las SSTEDH de los casos Khan contra Reino Unido, de 20 de diciembre de 2011 (JUR 2011\430962); P. G. y J. H. contra Reino Unido, de 25 de septiembre de 2001 (TEDH 2001\552); y Allan contra Reino Unido, de 5 de noviembre de 2002 (TEDH 2002\64).

[1075] CIDH Caso Lori Berenson Mejía vs. Perú Sentencia de 25 de noviembre de 2004.

a pruebas obtenidas en violación a derechos humanos". Continua la Corte señalando que no se puede condenar a una persona "si obra contra ella prueba ilegítima, por haberse obtenido en violación a sus derechos humanos[1076]".

En esta jurisprudencia se aclara que la regla de exclusión de evidencias, "se refiere exclusivamente a la prohibición de emplear en un procedimiento judicial evidencias obtenidas en violación directa a los derechos humanos fundamentales de la persona". De lo anterior colegimos que no todas las evidencias deben ser excluidas sin distinción, sino únicamente las que hayan sido obtenidas con violación a un derecho fundamental, mas no de derechos de otra naturaleza.

Por último, la Corte señala que "la función del tribunal internacional es determinar si la integridad del procedimiento, inclusive la incorporación de prueba se ajustó a la Convención[1077]". Como podemos notar, la Corte no se encarga de analizar la prueba de forma independiente, sino que valora todo el proceso en su conjunto, luego de lo cual, considerará si la prueba es o no ilegitima.

A efectos de esta investigación resulta especialmente relevante tratar el caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México y el caso Montesinos Mejía vs. Ecuador, porque es en donde se analiza la prueba ilícita derivada o refleja, por lo que empezaremos a revisarlos en su orden.

El caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México tiene como antecedentes una detención arbitraria y tratos crueles y degradantes a los que fueron sometidos los señores Teodoro Cabrera García y Rodolfo Montiel Flores, por parte de un grupo de militares mexicanos. A los detenidos, el ejército, le presentó una denuncia penal por la presunta comisión de los delitos de portación de armas de fuego de uso exclusivo de las Fuerzas Militares y siembra de amapola y marihuana. Infracciones por las que fueron sentenciado a una pena privativa de libertad de 6 años y 8 meses de duración al señor Cabrera García y, de 10 años al señor Montiel Flores[1078].

[1076] *Ídem*.
[1077] CIDH jurisprudencias: Caso Juan Humberto Sánchez vs. Honduras, sentencia de 7 de junio de 2003; Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala, sentencia de 25 de noviembre de 2000 y; Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala, sentencia de 19 de noviembre 1999.
[1078] CIDH Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México, sentencia de 26 de noviembre de 2010.

Al momento de dilucidar la causa, la Corte, dentro de las múltiples argumentaciones, sobre la prueba ilícita expresó que diversos tratados y órganos internacionales de protección de derechos humanos, prohíben de manera absoluta la prueba obtenida mediante la tortura o tratos crueles e inhumanos. De esta primera parte destacamos la exclusión sin excepción de todo material probatorio obtenido mediante la tortura o tratos crueles e inhumanos. Adicional a lo anterior, este organismo no se conforma únicamente con establecer la exclusión de pruebas conseguidas a través de las acciones antes descritas, sino, además, se extiende a cualquier acto de coacción capaz de doblegar la expresión voluntaria de las personas. En todos estos supuestos la Corte, establece como obligación la exclusión de la evidencia del proceso judicial como un medio necesario para desalentar las prácticas de cualquier tipo de coacción. Otro aspecto importante a destacar es que esta sentencia no solo se centra en la exclusión de la prueba ilícita directa del acto, si no que irradia sus efectos a las que deriven del acto de coacción, pues de esta manera se garantiza la vigencia y aplicación de la regla de exclusión.

Para finalizar este breve análisis, trataremos el caso Montesinos Mejía vs. Ecuador[1079]. Los hechos se dieron en el año 1992, en circunstancias que el Sr. Montesino Mejía, dentro del operativo policial denominado "Operación Ciclón", fue detenido por agentes policiales quienes le indicaron que tenían una orden de detención y de allanamiento en su contra. Documentos que nunca le mostraron, ni tampoco aparecieron en el expediente. Sumado a lo anterior el señor Montesino rindió varias versiones ante policías y fiscales sin contar con la presencia de abogado defensor e incluso una de ellas la hizo bajo coacción, golpes y amenazas. A pesar de todas esas flagrantes violaciones a sus derechos, estuvo preso sin sentencia por aproximadamente 6 años, hasta que finalmente, luego de una apelación presentada ante Tribunal de Garantías Constitucional (hoy en día Corte Constitucional), el 13 de agosto de 1998, dispuso su inmediata libertad.

La Corte Interamericana, siguiendo el precedente jurisprudencial del caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México, señaló entre otras cosas, que el artículo 8.3 de la Convención sólo considera válido una confesión incriminatoria cuando es hecha sin coacción. Fundamentado en esta norma, volvió ratificar la regla de exclusión de las pruebas obtenidas mediante tortura o tratos crueles e inhumano, o cualquier tipo de coacción. La Corte, manifiesta

[1079] CIDH Caso Montesino Mejía vs. Ecuador, sentencia de 27 de enero de 2020.

que el carácter absoluto de la regla de exclusión se ve reflejado en la prohibición de otorgarle valor probatorio no sólo a la prueba obtenida directamente mediante las acciones antes descritas, sino, además, las que deriven de ellas.

Revisadas las jurisprudencias *supra*, queda evidenciado que la Corte, sigue el criterio de la doctrina mayoritaria, delimitando el elemento objetivo de la prueba ilícita a los casos de evidencias obtenidas directamente con la violación de los derechos fundamentales, prueba que al estar contaminada se prohíbe su uso en cualquier tipo de procedimiento judicial. En razón de aquello, no todas las evidencias deben ser excluida, sino exclusivamente las provenientes de dichas vulneraciones.

Si bien la regla de exclusión no consta en ningún artículo de la Convención, esta puede ser aplicada mediante el artículo el art. 8 de la Convención, debido a que la exclusión de una prueba ilícita y las derivadas de una acción ilegítima forma parte de las reglas de un juicio justo. Consecuencia de la ausencia de una norma sobre la prueba ilícita, impide a la Corte al momento de conocer este tipo de evidencias, valorarla de manera independiente, por lo que el camino correcto es analizar el proceso en su conjunto, a fin de determinar si éste, incluyendo la incorporación de la prueba ha sido o no justo.

La Corte aplica la regla de exclusión de forma absoluta tanto, para los casos de pruebas obtenidas mediante la tortura o tratos crueles e inhumanos, como las que se deriven de ellas. Por tal virtud, este tipo de pruebas no admite ninguna excepción de las creadas por la doctrina y jurisprudencia. En resumen, bajo ninguna circunstancia, sin importar la gravedad del delito que se intente castigar, se podrá utilizar este tipo de pruebas ilícitamente obtenidas para condenar a una persona.

Por otra parte, la jurisprudencia de la Corte no se limita únicamente con establecer la exclusión de pruebas conseguidas mediante tortura o tratos crueles, sino además se extiende a cualquier acto de coacción capaz de doblegar la expresión voluntaria de las personas. En este orden de ideas, toda prueba obtenida bajo los supuestos antes mencionados, imponen la obligación de su exclusión del proceso judicial como un medio necesario para desalentar las prácticas de cualquier tipo de coacción.

5.2. Toma de posición respecto a la inclusión de la prueba ilícita en la legislación ecuatoriana

Sabiendo que no sólo se deben de aplicar de manera directa e inmediata los derechos y garantías establecidos en la Carta Magna, sino, además, los que se encuentren en los instrumentos internacionales de derechos humanos. No cabe la menor duda de que si en nuestro ordenamiento jurídico, no encontramos una disposición que aplique los efectos de la prueba ilícita a las derivadas de ésta, podemos perfectamente utilizar lo que sobre ello se haya dicho en los instrumentos de derechos humanos.

En este orden de ideas, conociendo que el Ecuador es signatario de la Convención Americana sobre Derechos Humánanos[1080], por otro lado, disponiendo la Carta Magna que "los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público", y, por último, que de acuerdo a las jurisprudencias de la CIDH, analizadas anteriormente, se evidencia claramente la tendencia de este organismo hacia la aplicación de la regla de exclusión para los casos de prueba obtenida con vulneración de un derecho fundamental, pero además, las que se deriven de dichos actos, podemos arribar a la conclusión que no obstante, a la omisión del legislador ecuatoriano en relación a la incorporación de la teoría del fruto del árbol envenenado o efectos de la prueba refleja, este vacío legal debe ser suplido tomando la jurisprudencia de la Corte por tratarse de un instrumento de derechos humanos que afianza la vigencia de los derechos constitucionales de los ecuatorianos.

Consideramos que excluir la prueba ilícita directa y no las derivadas de éstas equivaldría a ratificar la ilicitud de la prueba vulneradora del derecho. La prueba ilícita no cumpliría con su principal función que es la protección de los derechos constitucionales, pues la admisión al proceso de la prueba refleja subsanaría la violación del derecho que permitió la obtención de la prueba originaria de la cual se derivó el fruto contaminado.

En efecto, tolerar una prueba refleja de la ilícita, daría paso a la admisión y valoración indirecta de los resultados obtenidos con el accionar ilícita, por tal razón la sanción legal de

[1080] El Ecuador firmó el Convenio 11/22/69, y ratifico su adhesión el 12/08/77, Secretaría General OEA, disponible en: http://www.cidh.oas.org/basicos/Spanish/basicos2a.htm, (última visita 22/06/2022).

ineficacia tendría poca utilidad en la práctica. Por otra parte, la otra función de la regla de exclusión, esto es el efecto disuasorio, quedaría anulada en la medida que, al saber el agente del orden público o la parte procesal, que la ley sólo excluye la prueba directamente obtenida con vulneración de un derecho constitucional, mas no las provenientes o derivadas de ésta, le daría igual afectar el derecho constitucional o la ley, porque de antemano conoce que de forma indirecta todo lo obtenido ilícitamente, al final de cuenta, será valorado por el juez de la causa.

A manera de colofón el estudio del presente capítulo nos permite señalar que la prueba ilícita en sus inicios fue ideada como un instrumento protector de los derechos fundamentales del ciudadano contra los posibles abusos del Estado en su actividad investigadora del delito. Sin embargo, con el tiempo este lineamiento, vía jurisprudencia, se ha ido modificando por otros postulados como el proceso justo, integridad de la justicia o el efecto disuasorio de acciones policiales vulneradores de garantías fundamentales.

El cambio de fundamento ha provocado un debilitamiento de esta institución a tal punto que vía jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos se fue permitiendo la incorporación de ciertas pruebas ilícitas mediante el empleo de excepciones. Criterio que ha sido adoptado por la jurisprudencia española, por lo que en esta región la prueba ilícita también ha abandonado el fundamento constitucional garantista de los derechos fundamentales por un sistema flexible y permeable que ha convertido esta figura en una excepción y no en regla.

El análisis de la prueba ilícita ecuatoriana, desveló que su nacimiento es de origen constitucional, por lo tanto, tuvo que ser incorporada a la ley. Su ubicación está dentro de las garantías del debido proceso, específicamente en el derecho de defensa. Consideramos que esta institución ha sufrido un retroceso en su ámbito de aplicación, pues como vimos, la Carta Magna y la ley, no incluyen la prueba refleja, esto, a nuestro parecer, constituye un grave error legislativo que podría dar cabida a la incorporación de este tipo de prueba, situación que significaría un retroceso en los derechos del ciudadano. No obstante, este craso error, siguiendo la vía jurisprudencial de la Corte Interamericana, se podría perfectamente incluir en el ámbito jurídico ecuatoriano, por ser un instrumento de derechos humanos que vía bloque de constitucionalidad forman parte del sistema jurídico ecuatoriano.

Para finalizar, tampoco estamos de acuerdo con elevar al mismo nivel la prueba ilegal que las ilícitas. Por eso, sostenemos que, para el caso de la prueba ilegal, la regla de exclusión

no debe operar si antes no se hace un previo análisis, sobre el derecho que se vulneró al momento de su obtención. De haberse afectado un derecho constitucional, como podría ser el de defensa, a nuestro modesto entender, por ser el Ecuador un Estado Constitucional de Derechos y justicia, deberá activarse la garantía de exclusión probatoria.

CONCLUSIONES

PRIMERA. - El surgimiento de las tecnologías de la información y la comunicación e internet han significado un antes y un después en la forma de cometer delitos. La criminalidad ha sabido aprovechar las ventajas que le brinda esta era digital, por lo que ahora quienes delinquen pueden hacerlo desde cualquier parte del mundo con un solo *click*, sin ser identificado ni conocerse el lugar desde donde actúan. El campo de acción ya no solo es el mundo físico, sino, además, puede operar dentro del espacio virtual o metaverso. Ante esta nueva realidad, los métodos tradicionales de investigación quedaron obsoletos, pues fueron pensados para actuar ante otro tipo de escenario.

Debido a las ventajas que había alcanzado la criminalidad con el uso de las tecnologías, el derecho procesal penal se encontraba en desventaja, por tal motivo, tuvo que integrar las mismas herramientas empleadas por la delincuencia tecnificada. Es así, que integra como instrumentos investigativos a las tecnologías. De esta forma se da vida a las diligencias de investigación tecnológicas, medidas que en nuestra era digital son necesarias para tutelar de mejor manera los bienes jurídicos constitucionalmente protegidos contra las amenazas que provocan la integración de las tecnológicas con la delincuencia.

Las diligencias de investigación tecnológicas requieren para su implementación, por un lado, del secreto y, por otra, la afectación de ciertos derechos fundamentales. Si la medida no es secreta, el investigado jamás se expondría a continuar con sus acciones ilícitas porque sabe que lo están vigilando. Pero si no se interviene el derecho del encausado, por la complejidad y reserva con lo que se ejecutan determinados delitos, muy difícilmente las diligencias de investigación tecnológicas podrían cumplir con los fines de la investigación penal. Limitaciones que son autorizadas por la Constitución y reguladas por la ley.

En la actualidad el avance imparable de las tecnologías, ha puesto a disposición del Estado un enorme poder para ser utilizado dentro de la investigación penal, que potencialmente es una amenaza para los derechos fundamentales de quienes son investigados. Situación que reclama la reinterpretación de estos derechos de conformidad con la época digital en la que vivimos.

La ley autorizadora de las diligencias de investigación tecnológicas debido al constante conflicto entre estas y las garantías fundamentales, debe ser detallada, clara y lo suficientemente

amplia para cubrir las diversas situaciones que puedan presentarse en el ámbito de aplicación de estas diligencias. De tal suerte que quien se aparte de los requisitos establecidos en la ley, o cuando la regulación no cumple con el estándar establecido para restringir un derecho fundamental, puede provocar una eventual causa de ilicitud probatoria por transgredir las garantías fundamentales estipuladas en la Carta Magna o en tratados internacionales de derechos humanos.

Cuando se cuenta con una ley adecuada se asegura, por una parte, el descubrimiento y sanción de los responsables de un delito, pero, además, se garantiza la protección de los derechos fundamentales afectados con la medida y con ello la integridad de la prueba dentro del proceso penal. Es por eso que la revisión constante de la norma que regula las diligencias de investigación tecnológicas es necesaria para garantizar que la ley no quedará obsoleta en poco tiempo, debido al constante y vertiginoso desarrollo de las tecnologías.

SEGUNDA. - La actual ley española, si bien permite desarrollar las diligencias de investigación tecnológicas, encuentra determinados presupuestos habilitantes que pueden desequilibrar los principios generales señalados en la norma procesal. Por eso, pensamos que las infracciones sobre las cuales pueden solicitarse y autorizarse una diligencia de investigación tecnológica invasiva para los derechos fundamentales, debe ser lo más específica posible. No es adecuado para la vigencia de las garantías fundamentales establecer supuestos tan abiertos e indeterminados, como sucede para el caso de la intervención de las comunicaciones telefónicas o telemáticas, en donde se señala que estas medidas pueden ser autorizadas para realizar investigaciones de delitos cometidos en el seno de un grupo u organización criminal; o, los cometidos a través de instrumentos informáticos, o de cualquier otra tecnología de la información o comunicación o servicio de comunicación. Ejecutar una infracción penal por sujetos que son parte de un grupo de delincuencia organizado no convierte el hecho *per se* en grave. Tal como está la norma, parecería que el ente investigador podría solicitar la intervención de las comunicaciones sin importar la tipificación del delito. Bastaría que el ilícito sea cometido por un sujeto integrante de una organización criminal para obtener el plácet judicial sin más exigencias. Lo mismo puede suceder en relación a los cometidos a través de instrumentos informáticos o de cualquier otra tecnología de la información o comunicación o servicio de comunicación. Esto no es subsumible en ninguno de los tipos penales señalados por el Código Penal.

TERCERA. - La laxitud e indeterminación legislativa también se encuentra presente en la diligencia de registro remoto de equipos informáticos. De acuerdo al art. 588 *septies* de la LECrim, el juez puede ordenar la autorización, entre otras cosas, de la instalación de *software* para examinar a distancia y sin conocimiento de su titular o usuario el contendido de ordenadores, dispositivos electrónicos, etc., siempre que se requiera para la investigación de delitos cometidos en el seno de organizaciones criminales, terrorismo, delitos cometidos contra menores o personas con capacidad modificada judicialmente, delitos contra la Constitución, de traición y relativos a la defensa nacional, delitos cometidos a través de instrumentos informáticos o de cualquier otra tecnología de la información o telecomunicación o servicio de comunicación. La grave intromisión que provoca esta medida sobre los derechos fundamentales del sujeto intervenido es palpable. El registro virtual de dispositivos electrónicos mediante la instalación de *software* inteligente no discrimina la información a la que accede. Por lo tanto, no sólo toma las fuentes de pruebas de utilidad para la investigación, sino que también puede conocer una cantidad de metadatos que pone al descubierto los más íntimos secretos de la persona afectada con la intervención. Una diligencia de este tipo no afecta únicamente un derecho en particular, sino que puede llegar a vulnerar otros como la intimidad, la protección de datos, etc. Por estas razones consideramos pertinente especificar de forma clara los delitos que cometidos en el seno de una organización criminal pueden soportar de acuerdo al principio de proporcionalidad esta medida. En el mismo sentido se debería hacer un detalle de los delitos ejecutados mediante instrumentos informáticos u otra tecnología.

CUARTA. - Las grabaciones de comunicaciones orales directas la podemos considerar como la diligencia de investigación más invasiva de todas las implementadas por la actual LECrim. La severidad de la injerencia es palpable, pues esta medida puede penetrar el núcleo duro de derechos fundamentales como la intimidad que podría anular su ejercicio. Prácticamente no existe ningún reducto, sea este público o privado donde esta diligencia no pueda acceder. La ley no prohíbe expresamente su implementación en reductos como podrían ser el dormitorio o el baño, siendo aún más invasivo cuando la intervención de la comunicación oral se complementa con la captación de imagen. Cuando se ejecutan en lugares como el interior del domicilio sus efectos puede irradiar derechos fundamentales de terceros ajenos a la investigación. A nuestro pensar, tal como está la norma, no se garantiza el adecuado equilibrio entre la implementación de estas diligencias con la protección de los derechos afectados durante

la aplicación de la misma y con ello se da cabida a la incorporación al proceso de pruebas ilícitas, o en su defecto, a la exclusión de estas por haber sido actuado con afectación de las garantías fundamentales. Lo ideal hubiese sido dejar esta diligencia de investigación para delitos de extrema gravedad, como los cometidos por una organización criminal, pero reservando su uso para el combate de infracciones tales como narcotráfico, trata de personas, terrorismo, u otras acciones sancionadas con penas mayores a cinco años, que por su reproche o conmoción social lo ameriten. Además, sería conveniente establecer ciertos parámetros diferenciadores al objeto de autorizar la implementación de esta diligencia. No es lo mismo instalar dispositivos de grabación oral de una conversación en un lugar público que en uno privado. Tampoco tiene la misma intensidad de afectación del derecho cuando esta medida se autoriza únicamente para captar la conversación oral, que cuando se lo complementa con la captación de imagen dentro del domicilio del encausado penalmente.

QUINTA. - Los dispositivos técnicos de captación de imagen, seguimiento y localización, de conformidad con la ley, se bifurcan en dos diligencias de investigación, a saber: en dispositivos técnicos de captación de la imagen y en dispositivos técnicos de seguimiento y localización. La captación de imagen mediante dispositivos técnicos, a diferencia de las otras medidas, no requiere de autorización judicial para su implementación. Esta excepción se justifica debido a que su ejecución se da en un lugar público, por lo tanto, la expectativa razonable de privacidad del sujeto se pierde. En este sentido, se puede interferir el derecho fundamental sin el plácet judicial porque su afectación es tolerable. A pesar de que la ley es flexible con esta medida, eso no significa que se la puede usar de manera indiscriminada. Su implementación está condicionada únicamente para lugares públicos, siempre que esto fuere necesario para facilitar la identificación del investigado, localizar los instrumentos o efectos del delito, u obtener datos relevantes para el esclarecimiento de los hechos. Si no es para estos fines nos colocaría en un Estado policíaco propio de gobiernos autoritarios.

A efectos de conseguir pruebas lícitamente enmarcadas en el respeto de los derechos fundamentales, consideramos pertinente, establecer como requisito la autorización judicial previa para los casos de vigilancia policial continua y reiterada sobre un investigado, aunque esta se efectúe en un lugar público. Lo mismo debería hacerse cuando el sitio, no obstante estar dentro de lo considerado público, sirve para ejercer el derecho a la intimidad. Con esto se evitaría que la captación se convierta en desproporcionada o indebida y termine convirtiéndose en una

eventual causa de prueba ilícita. En definitiva, a nuestro pensar, no obstante, a que la ley no estipula la aplicación de ninguno de los principios rectores que rigen las otras diligencias de investigación, sería importante tener presentes ciertas disposiciones relacionadas con el secreto, o con la destrucción de datos, entre otros, que, de no cumplirse, pueden vulnerar derechos fundamentales y constituirse en una eventual causa de prueba ilícita.

SEXTA. - Los dispositivos técnicos de captación de imagen seguimiento y localización son una herramienta para la investigación del delito. Por lo tanto, los terceros no pueden grabar imágenes, aunque sea en lugares públicos, con esta finalidad. De suceder esto, la grabación carecería de eficacia probatoria, por ser una prueba obtenida con vulneración de derechos fundamentales, pues las personas particulares no están facultadas constitucionalmente para la persecución del delito. En razón de aquello, a efectos de poder aprovechar las grabaciones de terceros como prueba del delito cometido en lugar público, sería importante que mediante ley se establezca ciertos requisitos de admisibilidad de este tipo de grabaciones.

La diligencia relativa a dispositivos técnicos de seguimiento y localización, ha significado un gran apoyo para el agente investigador. El uso de esta diligencia facilita la labor policial y minimiza los riesgos, al no tener que realizar la vigilancia de sujetos o de objetos de forma personal. A diferencia de la captación de imagen en lugares públicos, cuyo impacto en las garantías fundamentales es leve, esta medida tiene un mayor grado de lesividad sobre los derechos, motivo por el cual necesita de la autorización judicial como habilitante, excepto cuando existe un caso de urgencia. El juez en su auto de autorización deberá justificar la necesidad y proporcionalidad de la medida y especificar el dispositivo a utilizar. Si bien la ley procesal exige dos principios, a nuestro pensar, debido a que esta medida se aplica a cualquier clase de delito, lo aconsejable será, según el caso, aplicar para la fundamentación de la autorización judicial los otros principios que son de aplicación general, consiguiendo con ello una mejor cobertura de protección de los derechos fundamentales. Lo anterior se complementa con la especificación del instrumento o medio técnico a ser utilizado, de esta manera se logra conocer el impacto que va a tener esta medida en el derecho fundamental intervenido.

Otro aspecto confuso de la regulación de dispositivos técnicos de seguimiento y localización es el señalar como obligación la entrega al juez de los soportes originales, o copias electrónicas auténticas, con la información recogida al finalizar las investigaciones. Esta última

expresión es peligrosa para la adecuada tutela de los derechos del investigado, debido a que se podría interpretar que lo obtenido con la medida debe ser puesto a las órdenes del juzgador cuando culmine toda la investigación. De entenderse así la disposición impediría ejercer el control judicial y colocaría al afectado con la diligencia en situación de indefensión. Por eso, a nuestro juicio, lo más preciso sería que el artículo utilizara la expresión al finalizar la diligencia o medida de investigación.

SÉPTIMA. - Las diligencias de investigación tecnológica en Ecuador son introducidas en el proceso penal en el año 2000 mediante la reforma del Código de Procedimiento Penal. Con ello se legaliza la obtención de fuentes y medios de prueba a través de medidas de investigación tecnológicas y se da respuesta a la tecnificación de la delincuencia. Esta reforma incorpora al sistema jurídico ecuatoriano dos diligencias. La primera fue la interceptación y grabación de conversaciones o de otra índole, con esta última frase se cubría también las intervenciones de comunicaciones telemáticas. Su regulación se ceñía a un solo artículo que establecía como requisito habilitante la autorización judicial por escrito, cuando lo considerara indispensable para impedir la consumación de un delito, o para comprobar la existencia de uno ya cometido, o la responsabilidad de los partícipes. Se establecía la obligación de conservación de la cinta grabada al fiscal y el deber de secreto de las personas que realizaban la interceptación, grabación y trascripción.

No obstante, estar legalizada esta medida, en la práctica tuvo poca o nula aplicación debido a la falta de recursos para implementar su tecnología en el sistema judicial ecuatoriano. Situación que empezó a variar con la alianza estratégica contra la lucha del narcotráfico celebrada entre Ecuador y los Estados Unidos de Norteamérica. Fue gracias a este convenio que se dota a Ecuador de instrumentos tecnológicos y se implementa, por parte de la Fiscalía en coordinación con la Dirección de la Policía Judicial e Investigaciones, la interceptación de comunicaciones mediante el Subsistema de Interceptación de Comunicaciones o Datos Informáticos, entidad que en la actualidad es la encargada de realizar las interceptaciones de comunicaciones o datos informáticos.

La reforma del 2000 significó un importantísimo avance para el proceso penal, con ello se permitió utilizar como material incriminatorio pruebas que eran ajenas al proceso penal. Con esto se evitó que muchos casos quedaran sin sustento, debido a que los testigos o víctimas de la

infracción no comparecían al proceso y lo grabado no podía ser utilizado como prueba. Por otra parte, la inclusión de las diligencias de investigación tecnológicas dio nuevas herramientas para la obtención de pruebas que sin estos medios sería muy complicado o hasta imposible conseguirlas. Pero si para la persecución y represión del delito fue una gran mejora, para la defensa de los derechos fundamentales fue todo lo contrario. En efecto, tal como se promulgó la norma, esta iba más enfocada a beneficiar y facilitar la investigación penal, sin preocuparse mayormente de encontrar el equilibrio entre la implementación de la interceptación de las comunicaciones y el respeto de las garantías constitucionales. La ley principalmente estipulaba como requisito de habilitación de la medida la autorización judicial cuando se cumplían determinados supuestos, creyendo, según nuestro entendimiento, que con esto se garantizaba los derechos fundamentales, lo cual, como sabemos, por sí solo no es base suficiente para restringir un derecho consagrado en la Constitución.

A pesar de esta anomalía legislativa, a diferencia de lo sucedido en España, ni la jurisprudencia ni la doctrina se ocuparon de llenar estos vacíos. En la práctica lo único que se verificaba por parte del órgano juzgador para la validez de la prueba era que hubiese sido autorizada por el juez competente. Otros aspectos como la gravedad del delito, cuestiones de tiempo o prórrogas de la medida, debido a que la ley no señalaba nada, quedaba a la discrecionalidad del juez de la causa. Todas estas cuestiones se prestaron para abusar de la interceptación telefónica en desmedro de los derechos fundamentales sin que nadie haya hecho algo para remediarlo. Probablemente por desconocimiento de la deficiente, exigua e inconstitucional norma que regía la implementación de la intervención de las conversaciones o de otra índole.

OCTAVA. - En relación a la otra diligencia de investigación tecnológica implementada con la reforma del año 2000, esto es, la grabación de imagen o sonido, no se estableció como una diligencia dirigida al ente investigador, sino más bien como una forma de validar la obtención de elementos de convicción sobre la ejecución de un ilícito penal realizado en un lugar público y captado por cámaras de seguridad, o cuando era uno de los propios intervinientes quienes divulgaban algún delito. Siendo, así las cosas, teniendo presente que la infracción penal se ejecuta en un lugar público, lo cual significa que al ejecutor no le interesa reservar su privacidad, o la divulgación del injusto criminal lo realiza uno de los intervinientes a quien por estar dirigida la conversación no tiene la obligación de guardar secreto de las misma, es

totalmente acertado, por la baja incidencia en la afectación del derecho fundamental, omitir el requisito de autorización judicial. No obstante, a la omisión de la exigencia de autorización judicial, el legislador, dándole al juez la facultad de determinar su admisibilidad basándose en criterios como la autenticidad, la forma de obtención, los derechos en conflicto y el bien jurídico protegido, buscó garantizar el equilibrio entre el interés público de investigar y sancionar a los responsables del delito y la tutela de las garantías fundamentales.

NOVENA. - En el año 2014 el sistema procesal sufre un cambio total, se deja atrás el obsoleto código de procedimiento penal y se lo reemplaza por el Código Orgánico Integral Penal. En este cuerpo normativo se recoge las dos diligencias de investigación tecnológicas que se venían utilizando en el código derogado y se dan ciertas mejoras. Se cambia la denominación de interceptación de conversaciones telefónicas y de otro tipo por el de interceptación de las comunicaciones telefónicas o datos telemáticos. La inclusión de esta última frase fue importante, pues la medida se amplía hacia la intervención de los diferentes instrumentos y servicios que permiten procesar, almacenar y trasmitir información. Por lo tanto, se pueden intervenir las comunicaciones, cualquiera que sea el tipo o medio utilizado, como los sistemas informáticos o dispositivos digitales.

La actual norma procesal que da cobertura a la interceptación de las comunicaciones telefónicas o datos telemáticos, si bien tiene algunas mejoras en relación a la anterior norma, que ni siquiera establecía límite de plazo ni de prórrogas, sigue presentando vacíos legales en relación con los estándares internacionales de derechos humanos. La ley, a nuestro modesto juicio, no es clara ni previsible, esto impide garantizar de buena manera los derechos fundamentales. La ausencia de parámetros en relación a los delitos que pueden soportar esta medida da facultades discrecionales muy amplias al poder público, que puede producir arbitrariedades en el uso de esta diligencia. Situación que provoca inseguridad jurídica en el ciudadano, que no conoce con antelación cuáles de sus actuaciones provocarán efectos contrarios para sus derechos, como consecuencia de una intervención de sus comunicaciones o datos informáticos.

La ley procesal establece la obligación de fundamentación de la solicitud fiscal, pero no dice nada sobre la resolución judicial. Además, no se establecen los requisitos mínimos de fundamentación, como sí sucede en España. Presupuestos que son necesarios a efectos de guiar

y no dejar a libre discreción el contenido de la solicitud, situación que podría ocasionar que, por ligereza o desconocimiento del solicitante, omita ciertos aspectos relevantes para la autorización judicial. Igual de importante es señalar los requisitos que debe contener la autorización judicial, pues esto permite conocer al afectado las razones del porqué se afectó su derecho y de considerarlo pertinente impugnar la intervención.

El secreto de la implementación de la intervención de las comunicaciones o datos informático impide la defensa de quien la padece. Sin embargo, el legislador ecuatoriano no ha establecido el control judicial. Vale recalcar que este requisito, aunque no con las dimensiones establecidas en España, fue establecido por la Corte Constitucional ecuatoriana en su única y reciente jurisprudencia del año 2022, que estableció la exclusividad del control inicial y *ex post* de la intervención a un sujeto imparcial como es el juez. Como se desprende de la jurisprudencia constitucional, en Ecuador el control judicial no es total, porque no comprende la etapa de desarrollo de la intervención. A pesar de esta limitación, hubiese sido importante haberla establecido dentro de las reformas implementadas en enero de 2023.

La eliminación de oficio por parte del fiscal de la información no relevante o útil para la investigación vulnera el derecho fundamental del sujeto intervenido y el de terceros. Más apropiado sería notificar, cuando las circunstancias lo permitan, a las personas cuya información le pertenece para que acudan al acto de destrucción y conozcan de forma directa qué datos fueron captados o grabados durante la implementación de la medida.

DÉCIMA. - La captación de imagen o sonido en lugares públicos no se encuentra establecida con esta denominación en la legislación ecuatoriana. Su admisión se desprende del art. 471 del COIP que se refiere a los registros de un hecho constitutivo de infracción. La ley procesal no exige autorización judicial cuando los medios de comunicación social, cámaras de vigilancia o seguridad, cualquier medio tecnológico o personas particulares, graban audio, imágenes de vídeo o fotografía, de forma espontánea en el momento mismo de ejecución de un hecho constitutivo de infracción realizado en lugares públicos y de libre circulación. La misma excepción procede cuando las grabaciones de audio o vídeo son obtenidas y divulgadas por uno de los intervinientes. En estos casos la única exigencia que impone la ley es la preservación de la integridad del registro. Esta diligencia tiene similitud con la española, excepto que en Ecuador no está dirigida como una técnica de investigación penal. Sin embargo, consideramos que su

baja incidencia en la afectación de derechos hace posible que la policía, como entidad encargada de la seguridad interna del Estado, puede emplearla como una medida de investigación para la persecución del delito.

DECIMOPRIMERA. - La norma procesal desde sus inicios hasta la actualidad no cumple con las condiciones regulatorias para equilibrar el desarrollo de la diligencia de interceptación de las comunicaciones o datos informáticos con el respeto de los derechos fundamentales. La falta de cobertura legal adecuada nos coloca en una situación de vulnerabilidad ante la puesta en marcha de este tipo de intervenciones, que bajo la consigna de dar seguridad penetra de forma indiscriminada y sutil nuestra intimidad, comunicaciones o datos sin percatarnos de aquello.

A pesar que la normativa procesal ecuatoriana ha sido insuficiente y precaria para regular una diligencia con tanta incidencia en los derechos fundamentales como es la interceptación de las comunicaciones o datos informáticos, ni la jurisprudencia, ni la academia ni la sociedad en general se han preocupado de tratar y dar soluciones a esta problemática. Por el contrario, parecería que en Ecuador estamos conforme con la exigua e inconstitucional ley, porque, aunque se han dado algunas leves mejoras, las pruebas obtenidas bajo el amparo de esta regulación son consideradas válidas, si se ajustan a lo estipulado por la ley.

Es lamentable que, durante los más de veinte años de vigencia legal de las diligencias de investigación tecnológicas, poco o nada hayamos avanzado. El legislador ecuatoriano, en su reciente reforma procesal penal de 2023, ha dado la espalda a la evolución que están teniendo las diligencias de investigación tecnológicas en países como España, cuya doctrina ha sido vista como guía para la jurisprudencia ecuatoriana, que en muchas ocasiones ha bebido de esta fuente para fundamentar las sentencias de los más altos organismos de justicia del Ecuador. Siendo igualmente reprochable el hecho de no haber atendido la jurisprudencia del máximo organismo de defensor de los derechos humanos como es la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en lo atinente a los requisitos y presupuestos que debe cumplir la restricción de derechos fundamentales para ser considerada como constitucionalmente aceptable y no caer en lo arbitrario. Es necesario actualizar el catálogo y normativa jurídica de las diligencias de investigación tecnológicas tomando como modelo el avance que ha tenido España en relación a este tema. Remarcando que no basta con aprobar una ley para dar por cumplido el principio de

legalidad. La regulación de esta clase de medidas debe cumplir con los requisitos de calidad y claridad establecidos por la CIDH. Por esta razón, sería necesario tener en cuenta para una futura reforma legal ecuatoriana incorporar diligencias de investigación tecnológicas hasta el momento desconocidas para este país, tales como: la vigilancia acústica, el registro remoto de dispositivos de almacenamiento masivo de información, registros remotos sobre equipos informáticos (hacking policial), captación y grabación de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos, utilización de dispositivos técnicos de captación de la imagen, de seguimiento y de localización, así como el uso de drones. Pero además, mejorar los requisitos de las ya existentes, en aspectos tales como: el control judicial, delitos sobre los cuales puede aplicarse estas medidas, parámetros mínimos del contenido de la resolución judicial como de la solicitud fiscal, etc.

DECIMOSEGUNDA. - La prueba ilícita es una institución de origen anglosajón creada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo norteamericano que tomó como fundamento las Enmiendas IV y V de la Constitución. La finalidad de esta figura era excluir del proceso todo el material probatorio obtenido con vulneración de algunos de los derechos consagrados en dichas enmiendas constitucionales; por lo que el juez quedaba impedido de sustentar su fallo con este tipo de prueba. Con el tiempo el fundamento constitucional fue cediendo por el efecto disuasorio, cambiando con ello el enfoque inicial garantista de los derechos individuales del ciudadano por el de evitar que en el futuro los policías realicen acciones violatorias contra las garantías individuales del ciudadano. Este giro jurisprudencial flexibilizó la aplicación absoluta de esta figura jurídica y se dio paso a la creación de la excepción que permitía la incorporación al proceso de ciertas pruebas derivadas de una ilícita.

DECIMOTERCERA. - La prueba ilícita, tal como fue concebida en sus orígenes por la jurisprudencia española (STC 114/1984), tiene como finalidad convertirse en una garantía para la tutela de los derechos fundamentales del ciudadano contra los posibles excesos del poder público en el ejercicio del *ius puniendi*. Sin embargo, en la actualidad esta concepción ha sido relegada por la propia jurisprudencia por el fundamento del proceso debido y el efecto disuasorio. Esto ubica a la prueba ilícita en un concepto muy restringido aplicable específicamente a los casos de afectación de derechos fundamentales que repercuten en los derechos procesales de las partes y que son cometidos por los cuerpos policiales de investigación. Esto significa que la prueba ilícita obtenida con una diligencia de investigación

tecnológica puede ser admitida al proceso, aunque haya afectado a un derecho fundamental, si el juzgador, después del respectivo juicio de ponderación en el caso concreto, arriba a la conclusión de que esa intromisión no incide o trasciende de alguna forma en los derechos procesales de los sujetos procesales.

La jurisprudencia española mediante sus diferentes fallos ha ido norteamericanizando los fundamentos iniciales de la prueba ilícita, lo cual se evidencia con la creación de las excepciones que son similares, por no decir iguales, a las existentes en la doctrina de los Estados Unidos de América. Con esto se ha dejado la puerta abierta a la admisión al proceso de pruebas ilícitas indirectas. La finalidad protectora y garantista de esta figura jurídica se ha ido debilitando, a tal punto que su aplicación dejó de ser una regla para convertirse en excepción.

El fundamento jurisprudencial de la admisión de la prueba refleja mediante excepciones, a nuestro modesto entendimiento, viola el principio de legalidad. La norma es clara en señalar que toda aquella prueba obtenida con violación directa o indirecta de los derechos y libertades no surtirán efectos. Más aún preocupante resulta el nuevo criterio jurisprudencial emitido después del caso "*Falciani*", en donde se da cabida a la admisión de pruebas ilícitas directas, si estas han sido obtenidas por un particular, consolidando de esta forma el fundamento disuasorio, dirigido a evitar conductas atentatorias contra los derechos fundamentales por parte de los cuerpos de investigación durante la obtención de pruebas.

A nuestro juicio, el sitial preferente e inviolable que ocupan los derechos fundamentales en un Estado democrático, impide admitir en el proceso penal cualquier prueba directa o refleja que haya sido conseguida de manera arbitraria e ilegal por parte de cualquier persona, sin importar si pertenece al poder público o es un particular. Permitir en el proceso esta clase de pruebas para sustentar un fallo, provoca incentivos protervos y degasta la legitimidad del sistema judicial. Por más que la delincuencia nos lleve la delantera, la impunidad no puede combatirse violando los derechos fundamentales o principios esenciales que sustentan el Estado democrático. El fin no puede justificar los medios.

DECIMOCUARTA. - En Ecuador la prueba ilícita consta como una garantía de rango constitucional y legal. Su campo de acción de protección es muy amplio, pues de acuerdo con la ley comprende la exclusión del proceso de toda prueba o elemento de convicción obtenido con vulneración de los derechos constitucionales, de los establecidos en los instrumentos

internacionales de derechos humanos o en la ley. En nuestra opinión, cuando la norma se refiere a vulneración de derechos constitucionales, debido a la amplitud de esta expresión, debe delimitársela a los derechos que la doctrina denomina como fundamentales, más no a todos los derechos que consagra la Carta magna, función que, mientras no lo delimite la ley, corresponderá al juez determinar si la afectación del derecho corresponde a este calificativo. Por su parte, extender el radio de protección de esta figura jurídica a violaciones legales, resulta algo desproporcionado. La prueba ilícita fue pensada para proteger las garantías fundamentales de los posibles excesos del poder público durante la recolección de elementos de convicción o prueba. Por lo tanto, si la afectación se da contra un derecho *infra constitucional* que no tenga incidencia sobre alguna garantía del debido proceso, los efectos no deben ser iguales a lo establecidos por la prueba ilícita para los casos de agresiones a derechos fundamentales.

Conforme al análisis de la normativa ecuatoriana, ni la constitución ni la ley hacen mención a la conocida doctrina del fruto del árbol envenenado. Sin embargo, no se debe pensar que las pruebas derivadas de una ilícita son admisibles en el proceso penal sin ningún tipo de análisis del juzgador, pues este, por mandato constitucional está llamado a garantizar de forma directa los derechos constitucionales de las personas, aunque no exista una norma que lo desarrolle. Lo que sí vemos jurídicamente viable es establecer excepción a los efectos de la prueba refleja y con ello permitir la valoración e ingreso al proceso penal de dichos elementos probatorios.

Nosotros consideramos que, aunque la prueba ilícita se flexibilice por medio de excepciones o se cambie el fundamento por medio de criterios jurisprudenciales subjetivos, jamás se puede permitir el ingreso al proceso penal de pruebas actuadas con desprecio de la dignidad humana, torturas o tratos crueles e inhumamos.

Las diligencias de investigación tecnológicas pueden producir una eventual causa de ilicitud probatoria, cuando la ley no es una norma de carácter formal y material que sea lo suficientemente clara, amplia y detallada para viabilizar el desarrollo de esta clase de medida sin desatender la protección de los derechos fundamentales. Siendo así las cosas este modesto trabajo de investigación considera oportuno proponer ciertas mejores normativas.

DECIMOQUINTA. - Pese a que la ley procesal española es un referente de avanzada para el Ecuador y, porque no para el resto de países iberoamericanos, sobre el tema de la

regulación de las diligencias de investigación tecnológicas, existe determinados aspectos que podrían mejorar el uso de estas tecnologías investigativas y evitar con ello potenciales riesgos de provocar una causa de prueba ilícita, o que estas se introduzcan en el proceso penal y afecten a la imparcialidad y legitimidad de los fallos.

En este orden de ideas, a manera de propuesta sugerimos: primero que vocablos indeterminados como “urgencias”, no quede al libre criterio y discreción de quien la invoque, lo cual puede provocar que, bajo el escudo de la cláusula de urgencia, la diligencia tecnológica pueda afectar innecesariamente el derecho intervenido y convertirse en una causa de prueba ilícita o servir de sustento para la sentencia. En razón de aquello, sería conveniente delimitar este concepto a situaciones vinculadas a un riesgo inminente de destrucción u ocultamiento de pruebas, o de fuga de los sospechosos, que comprometa la investigación. Situación excepcional, sobreviniente e imprevisible que deberán los agentes investigadores justificar objetivamente ante el juez. En resumen, la urgencia debe restringirse únicamente para aquellos casos excepcionalísimos en los que es necesario actuar con la máxima premura y debido a estas circunstancias no se tiene la opción de obtener la autorización judicial previa, evitando con ello la pérdida de evidencia valiosa para la investigación penal, o la fuga del o los principales sospechosos de un delito grave. Con esto se conseguiría mayor seguridad jurídica, tanto para los encargados de la investigación del delito, operadores de justicia y ciudadanía en general, quienes de antemano sabrán en qué casos se puede intervenir con una diligencia de investigación tecnológica sin autorización judicial previa por razones de urgencia un derecho fundamental.

En segundo lugar, se necesita precisar los delitos que habilitan el uso de las diligencias de investigación tecnológicas, en este sentido sería pertinente señalar que los delitos cometidos en el seno de un grupo u organización criminal deben ser de aquellos que la ley los tipifica como grave. Los cometidos a través de instrumentos informáticos o de cualquier otra tecnología de la información o comunicación o servicio de comunicación debe ser infracciones penales relacionadas contra menores, personas con protección especial, ciber ataques, atentados contra la seguridad del Estado, o que debido al uso de las tecnologías no pueda ser investigado con otras diligencias que no sean las tecnológicas. Para los casos de captación oral con grabación de imagen en lugares íntimos del domicilio, los delitos deberían reducirse a casos extremamente graves como narcotráfico y terrorismo con motivación judicial reforzada.

En tercer lugar, para reforzar el principio de proporcionalidad en la diligencia de captación oral con grabación de imagen en lugares íntimos del domicilio, la solicitud debería agregar a más de los requisitos comunes, la demostración objetiva de haber utilizado otra diligencia tecnológica, la cual ha sido insuficiente para alcanzar los fines de las investigaciones. Por su parte, la autorización judicial deberá ponderar la afectación de los derechos de terceros no investigados que conviven con el investigado y determinar los mecanismos a seguir para minimizar la injerencia sobre ellos.

Sobre la prueba obtenida por medios tecnológicos por terceros o particulares, a efectos de evitar causas ilícitas probatorias sería importante tomar en cuenta ciertos requisitos según el caso: a) si la captación o grabación de sonido o imágenes es lugar público debe ser realizada de forma espontánea y, b) cuando las grabaciones afecten a terceros ajenos al delito, se deberá proteger su identidad. Cuando la captación o grabación de sonido o imágenes se realice en un lugar privado para la legalidad de la prueba se requerirá que el tercero sea autorizado por uno de los intervinientes de la comunicación. Si quien la realiza es uno de los partícipes de la comunicación se exigirá que la declaración no haya sido inducida. En ambas situaciones se deberá preservar la integridad del registro y entregar el original en un término de veinticuatro horas al órgano pertinente para que realice la investigación penal.

DECIMOSEXTA. - Para mejorar la aplicación de la prueba ilícita y garantizar la protección de los derechos fundamentales del investigado, así como la prueba, se podría sugerir: a) que la prueba ilícita retome el fundamento original de protección de los derechos fundamentales, sin perjuicio que se lo complemente con el efecto disuasorio. Este se puede conseguir elevando a rango constitucional el derecho a la inadmisión de la prueba ilícita, para que prime sobre otras consideraciones, b) el legislador debe reformar la ley procesal penal para delimitar claramente qué se entiende por prueba ilícita, sus efectos y excepciones, sin dejarlo solo a criterio de la jurisprudencia; y, c) delimitar taxativamente los únicos supuestos excepcionales que permitirían valorar una prueba ilícita, con requisitos muy estrictos para evitar la discrecionalidad del juez. Además, la prueba ilícita en el Ecuador requiere de una delimitación del elemento objetivo a casos más puntuales como la vulneración de garantías fundamentales, afectaciones de derechos humanos consagrados en instrumentos internacionales de derechos humanos, y cuando se traten de violaciones legales, siempre que estas afecten garantías al debido proceso. De no ser así la prueba ilegal puede ser convalidada y mantenida dentro del proceso.

Además, sería necesario establecer y regular la prueba ilícita derivada y, por último, crear un procedimiento específico de exclusión de pruebas ilícitas recabadas durante la investigación para expulsarlas del proceso antes del juicio.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

ABEL LLUCH, X.: *Derecho probatorio*, J.M. Bosch Editor, España, 2012.

ALBAN GÓMEZ, E.: *Manual de Derecho Penal ecuatoriano. Parte General*, tomo I, Ediciones Legales, Quito, 2012.

ARBELÁEZ GIRALDO, A.: *"El ciberespacio y el problema de la realidad virtual"*, Revista Filosofía UIS, vol. 16, núm. 2, julio-diciembre de 2017, p. 174-195, disponible en: https://revistas.uis.edu.co/index.php/revistafilosofiauis/article/view/7693/7913, (última visita 28/09/2023).

ALEXY, R. *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007.

ALONSO PÉREZ, F.: *La intervención de las comunicaciones postales, telegráficas y telefónicas*, Dykinson, Madrid, 2001.

ANZURES GURRÍA, J.: *"La eficacia horizontal de los derechos fundamentales"*, Cuestiones Constitucionales, Revista Mexicana de Derecho Constitucional, núm. 22, p. 1-51, disponible en: https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/cuestionesconstitucionales/article/view/5904/7849, (última visita 8/7/2020).

ARMENTA DEU, T.: *"La verdad en el filo de la navaja (nuevas tendencias en materia de prueba ilícita)"*, Ius et Praxis vol. 13, núm. 2 (2007), pp. 345-377 disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-00122007000200014&script=sci_arttext, (última visita 21/10/2022).

ARMENTA DEU, T.: *La prueba ilícita (Un estudio comparado)*, Marcial Pons, Barcelona, 2011.

ARMENTA DEU, T.: *Lecciones de derecho procesal penal*, Marcial Pons, Barcelona, 2016.

ASENCIO MELLADO, J.: *"Prueba ilícita: declaración y efectos",* Revista General de derecho Procesal, núm. 26, 2012, pp. 1-55, disponible en: https://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id_noticia=411305&d=1, (última visita 10/11/2021).

ASENCIO MELLADO, J: *Prueba prohibida pre constituida*, Trivium, Madrid, 1989.

ÁVILA SANTAMARÍA, R.: *El neoconstitucionalismo trasformador. El Estado y el derecho en la Constitución de 2008*, Abya Yala, Quito, 2011.

BARBOSA CASTILLO, G.: *"Principio de legalidad y proceso penal",* Revista electrónica, vol. 26, núm. 78, Universidad Externado de Colombia, 2005, pp. 109-123, disponible en: https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpen/article/view/1016/960, (Última visita 3/5/2020).

BARRIO ANDRÉS, M.: *Ciberdelitos. Amenazas criminales del ciberespacio, Adaptado reforma Código penal 2015*, Erus, Madrid, 2017.

BARRIO ANDRÉS, M.: *Delitos 2.0. aspectos penales procesales y de seguridad de los ciberdelitos*, Wolters Kluwer, Madrid, 2018.

BELLIDO PENADÉS, R.: *La captación de comunicaciones orales directas y de imágenes y su uso en el proceso penal. (Propuesta de Reforma)",* Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.

BERNAL PULIDO C.: *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales". EL principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculantes para el legislador*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003.

BUENDÍA RUBIO M.: "*La prueba ilícita: el art. 11.1 de la Ley Orgánica del poder Judicial. Previsión de la prueba violentando derechos o libertades fundamentales",* Drets, Revista Valenciana de Reformes democrátiques, núm. 2/2016, p. 201-217, disponible en https://revistes.gva.es/ojs/index.php/drets/article/view/94/118, (última visita 1/11/2021).

BUENO DE MATA F.: *Las diligencias de investigación penal en la cuarta revolución industrial. Principios prácticos y problemas prácticos,* Arazandi, Navarra, 2019.

BUENO DE MATA, F.: *Prueba Electrónica y Proceso 2.0*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

CABANELLAS DE TORRES, G.: *Diccionario enciclopédico de derecho usual,* Tomo IV, Heliasta, Buenos Aires, 2008.

CABEZUDO RODRÍGUEZ, N.: *Del Principio de Inmediación, sus Excepciones y los Instrumentos Tecnológicos,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

CAFFERATA NORES, J.: *La Prueba en el Proceso Penal*, Depalma, Buenos Aires, 2003.

CARBONELL, M.: "El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales", en *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2008.

CARMONA RUANO. M: *"De nuevo la nulidad de la prueba, ¿Es indiferente el momento en que deba declararse?",* Revista Jueces para la Democracia, núm. 25, 1996, pp. 95-99.

CASABIANCA ZULETA, P.: *Las intervenciones telefónicas en el sistema penal,* Bosch, Barcelona, 2016.

CASANOVA MARTÍ, R.: "Valoración crítica de las intervenciones telefónicas en el borrador del Código Procesal Penal", *en Reflexiones sobre el nuevo proceso penal*, (Dir. VÍCTOR CATENA CATENA), Tirant lo Blanch, 2015.

CASINO RUBIO, M.: "López Ostra C. España (STEDH de 9 de diciembre de 1994): La contaminación ambiental y el derecho a la vida privada y familiar", en *Conflicto y diálogo con Europa. Las condenas a España del Tribunal Europeo de Derechos Humanos* (Coords. ALCÁCER GUIRAO, R., BELADÍEZ ROJO, M. y SÁNCHEZ TOMÁS, M.), Thomson Reuters, Navarra, 2013.

CASTILLO CÓRDOVA, L.: *"Un caso de internacionalización y constitucionalización. Las libertades de expresión e información en la jurisprudencia del TEDH y en la del TC",* Boletín Mexicano de Derecho Comparado, 2007, pp. 385-437, disponible en: https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/3919, (última visita 17/03/2021).

CEDEÑO HERNÁN, M.: *"Algunas cuestiones suscitadas en torno al derecho a la presunción de inocencia a la luz de la jurisprudencia constitucional",* Cuadernos de Derecho Público, núm. 10, 2000, pp. 203-214.

CEDEÑO HERNÁN, M.: "Las medidas de investigación tecnológica. Especial consideración de la captación y grabación de conversaciones orales mediante dispositivos electrónicos", en *Nuevas tecnologías y derechos fundamentales en el proceso penal* (Coord. CEDEÑO HERNÁN, M.), Arazandi, Navarra, 2017.

CLAVERÍA GONSÁLBEZ, L.: "*Negocios jurídicos de disposición sobre los derechos al honor, la intimidad y la propia imagen, en Honor, intimidad y propia imagen"*, Anuario de derecho civil, vol. 47, núm. 1, 1994, pp. 32-69.

CLÉRICO L.: *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional,* Eudeba, Buenos Aires, 2009.

CREUS C.: *Derecho Penal. Parte Especial*, Tomo I, Buenos Aires, Astrea, 1998.

DE LANGHE, M.: *Escuchas telefónicas. Límites a la intervención del Estado en la privacidad e intimidad de las personas*, Hammurabi, Buenos Aires, 2009.

DELGADO MARTÍN, J.: *Investigación tecnológica y prueba digital en todas las jurisdicciones*, Wolters kluwer, Madrid, 2016.

DELGADO SANCHO, C.: *Guía práctica sobre la protección de los derechos fundamentales en el proceso penal*, Colex, A Coruña, 2019.

DELGADO SANCHO, C.: *La protección de los derechos fundamentales en el proceso penal. Actualización conforme a 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 tecnológicas*, Colex, A Coruña, 2019.

DELGADO SANCHO, C.*: Los derechos fundamentales en el proceso penal. Paso a paso. Guía práctica sobre la protección de los derechos fundamentales en el proceso penal*, Colex, A Coruña, 2019.

DE VERDA Y BEAMONTE, J.: *"Eficacia privada de los derechos fundamentales y recurso de amparo", Iuris Tantum,* Revista Boliviana de Derecho núm. 13, enero 2012, pp. 40-59. disponible en: http://www.scielo.org.bo/pdf/rbd/n13/n13a04.pdf, (última visita 8/7/2020).

DEVIS ECHANDÍA, H.: *Teoría general de prueba judicial.* Tomo I, labalia Edil, Buenos Aires, 1987.

DEVIS ECHANDÍA, H.: *Teoría de la prueba judicial*, Tomo II, Temis S.A., Bogotá, 2002.

DÍAZ CABIALE, J. y MARTÍN MORALES, R.: *"La teoría de la conexión de antijuridicidad",* Jueces por la democracia, núm. 43, 2002, pp. 39-49.

DÍAZ GARCÍA, L.: *"La aplicación del principio de proporcionalidad en orden a juzgar sobre la licitud o ilicitud de una restricción a derechos fundamentales",* Revista online de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, vol. XXXVI, núm. 1, Chile, 2011, pp. 167-206, disponible en: https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3711816, (última visita 20/5/2020).

DÍAZ MARTÍNEZ, M.: "La captación de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos", en *La nueva reforma procesal penal. Derechos fundamentales e innovaciones tecnológicas"* (Dirs. DÍAZ MARTÍNEZ, M., LÓPEZ-BARAJAS, I.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

DÍAZ REVORIO, F.: "*El derecho fundamental al secreto de las comunicaciones",* Derecho PUCP, Revista de la Facultad de Derecho, núm. 59, 2006, pp. 159-175.

DÍAZ REVORIO, F.: *Los derechos humanos ante los nuevos avances científicos,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

DÍAZ REVORIO, F.: *Los derechos humanos ante los nuevos avances científicos y tecnológico. Genética e internet ante la constitución*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

DÍEZ PICAZO, L.: *Sistema de derechos fundamentales,* Thomson Civitas, 2005.

DÍEZ PICAZO, L.: *Sistema de derechos fundamentales,* Civitas, Navarra, 2008.

DOMÍNGUEZ GARRIDO A.: "Algunas Consideraciones sobre los derechos humanos en internet. Su posible colisión con las medidas adoptadas para la protección de la propiedad intelectual", en *Nuevas tecnologías y derechos humanos* (Dirs. ANSUÁTEGUI, ROIG, F., y AÑÓN ROIG, J.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

DONATO RAMÍREZ, M.: "Sobre el derecho fundamental a la intimidad. Breves reflexiones jurídicas", en *El derecho a la intimidad. Nuevos y Viejos debates* (Dir. LÓPEZ ORTEGA, J.,), (Coords. SALÓN PIEDRA, J., y YLIZARBE VALENZUELA, F.), Dykinson, Madrid, 2017.

ELVIRA PERALES, A.: *Derecho al secreto de las comunicaciones,* Iustel, Madrid, 2007.

EUSAMIO MAZAGATOS, E., y SÁNCHEZ RUBIO, A.: *La prueba ilícita en la doctrina de la Corte Suprema de Estados Unidos*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

FARIÑAS MANTONI, L.: *El derecho a la intimidad,* Trivium, Madrid, 1983.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, J.: *Secreto e intervención de las comunicaciones en internet,* Thomson Civitas, Madrid, 2004.

FERRAJOLI, L.: *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Trotta, Madrid, 2009.

FIDALGO GALLARDO, C.: *Las "Pruebas Ilegales": De la exclusionary rule estadounidense al artículo 11.1 LOP"*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003.

FONSECA LUJÁN, R.: *"Prueba ilícita: Regla de exclusión y casos de admisibilidad"*, Revistas BJV, 2016, pp. 27-53, disponible en https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/reforma-judicial/article/download/11164/13160, (última visita 5/01/2022).

FUENTES SORIANO, O.: "La intervención de las comunicaciones tecnológicas tras la reforma de 2015", en *El nuevo proceso penal tras las reformas de 2015* (Dir. ALONSO-CUEVILLAS SAYROL), Atelier, Barcelona, 2016.

GARCÍA GARCÍA, C.: *El derecho a la intimidad y dignidad en la doctrina del Tribunal Constitucional,* Colección Estudios de Derecho, Murcia, 2003.

GARCÍA SAN JOSÉ D.: *"La dimensión medioambiental del convenio europeo de derechos humanos y sus repercusiones en el ordenamiento jurídico español"*, Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED, núm. 12, 1997, pp. 549-562, disponible en: http://e-spacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned:BFD-1997-12-2995D5F7&dsID=PDF, (última visita 30/6/2020).

GARRIGA DOMÍNGUEZ, A: "Causes para la defensa del medio ambiente en el ámbito del convenio europeo para la protección de los derechos fundamentales", en *Derechos humanos, protección medioambiental y nuevo retos sociales* (Dirs. DOMÍNGUEZ GARRIGA, A., y SÁNCHEZ BRAVO, A.), Dykinson, Madrid, 2010.

GERRERO VIVANCO, W.: *Derecho procesal penal. La prueba penal*, Tomo III, Pudeleco, Quito, 2004.

GIMENO SENDRA, V., MORENO CATENA, V., y CORTÉS DOMÍNGUEZ, V.: *Derecho procesal penal*, Editorial Colex, Madrid, 1999.

GIMENO SENDRA, V.: *Manual de Derecho Procesal Penal*, Colex, Madrid, 2014.

GLANCY, D.: *"The invention of the right to privacy"*, Arizona Law Rewie, vol. 21, núm. 1, 1979, pp. 2-39, disponible en: https://digitalcommons.law.scu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1318&context=facpubs, (última visita 3/6/2020).

GÓMEZ AMIGO, L.: *"Tratamiento procesal de la prueba ilícita en el proceso penal: del régimen actual al Anteproyecto de le de Enjuiciamiento Criminal de 2020",* en *Revista asociación de profesores de derecho procesal de las Universidades españolas* núm 4, (Dir. ARANGUENA FANEGO C.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 201-232.

GÓMEZ COLOMER, J.: "La evolución de las teorías sobre la prueba prohibida aplicada en el proceso penal español del expansionismo sin límites al más puro reduccionismo. Una

meditación sobre su desarrollo futuro inmediato, en *prueba y proceso penal. Análisis especial de la prueba prohibida en el sistema español y en el Derecho comparado* (Coord. GÓMEZ COLOMER, J.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

GÓMEZ COLOMER, J.: *"Prueba admisible y prueba prohibida: Cambios en el garantismo judicial motivados por la lucha contra el crimen organizado",* Doctrina y Jurisprudencia Penal núm. 22, pp. 3-48, 2015, disponible en: http://repositori.uji.es/xmlui/bitstream/handle/10234/168016/70081.pdf?sequence=1, (última visita 12/10/2022).

GÓMEZ COLOMER, J.: *"El proceso penal español a comienzo del siglo XXI"*, Revista online, Indret Revista para el análisis del derecho, núm. 1, 2017, p. 2-59, disponible en: https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/1278.pdf, (última visita 26/04/ 2020).

GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO, M.: *Criminalidad organizada y medios extraordinarios de investigación*, Constitución y Leyes S.a., Madrid, 2004.

GÓMEZ SOLER, E.: "Presentación", en *La nueva reforma procesal penal. Derechos fundamentales e innovaciones tecnológicas* (Dirs. DÍAZ MARTÍNEZ, M., LÓPEZ-BARAJAS, I.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

GONZÁLEZ BEILFUSS, M.: *El Principio de Proporcionalidad en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional",* Aranzadi, Navarra, 2015.

GONZÁLEZ i JIMÉNEZ A.: *Las diligencias policiales y su valor probatorio,* Bosch, Madrid, 2014.

GONZÁLEZ LÓPEZ, J. y PÉREZ GIL, J.: *"La incorporación de datos personales automatizados al proceso en la propuesta de Código Procesal Penal"*, Diario la Ley, 2013, núm. 8217, pp. 1-19.

GONZÁLEZ PULIDO I.: *El registro remoto como diligencia de investigación tecnológica de la ciberdelincuencia*, Arazandi, Navarra, 2023.

GONZÁLEZ -CUELLAR SERRANO, N.: *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, Colex, Madrid, 1990.

GONZÁLEZ -CUELLAR SERRANO, N.: *"El principio de proporcionalidad en el derecho procesal español",* Cuadernos de Derecho Público, 1997-2007, núm. 5, pp. 191-215, disponible en: https://revistasonline.inap.es/index.php/CDP/article/view/515, (última visita 17-5-2023).

GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, N.: "Garantías constitucionales de la persecución penal", en *Derecho y justicia penal en el siglo XXI, Liber Amicorum*. En *homenaje al Profesor Antonio González-Cuellar García,* (Coord. DÍAZ MAROTO, V,), Colex, Madrid, 2006.

GONZÁLEZ -TREVIJANO SANCHEZ, P.: *"El derecho al respeto de la vida privada: Los retos digitales, Una perspectiva de Derecho Comparado",* Servicio de Estudios del Parlamento Europeo, España, 2018, pp. 1-53, disponible en: http://www.europarl.europa.eu/thinktank, (última visita 10/7/2020).

GRIMALT SERVERA, P.: *La protección civil de los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen,* Iustel, Madrid, 2007.

GUARIGLIA, F.: *Concepto, fin y alcance de las prohibiciones de valoración probatoria en el procedimiento penal,* Editores del Puerto s.r.l., Buenos Aires, 2005.

GUTIÉRREZ GALLARDO, R.: "El registro de dispositivos de almacenamiento masivo", en *Nuevas formas de criminalidad y su persecución*, TransJus Working Papers Publication - Edición Especial, núm. 1, Barcelona, 2019.

HERRAN ORTÍZ, A.: *El derecho a la intimidad en la nueva Ley Orgánica de Protección de Datos personales*, Dykinson, Madrid, 2002.

HERRERO TEJEDOR, F.: *Honor, intimidad y propia imagen*, Colex, Madrid, 1990.

JAUCHEN, E: *Tratado de la prueba en materia penal*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2009.

JIMÉNEZ CAMPO, J. "*La garantía constitucional del secreto de las comunicaciones",* Revista Española de Derecho Constitucional, Año 7. núm. 20. Mayo-agosto, 1987, pp. 35-82, disponible en: https://www.cepc.gob.es/sites/default/files/2021-12/24847redc020035.pdf, (última visita 12/12/2022).

JIMÉNEZ DE ASÚA, L.: *Principios de derecho penal. La ley y el delito*, Editorial Sudamericana S.A., Buenos Aires, 1958.

JUANES PECES, A.: *"La prueba prohibida (análisis de la Sentencia de 7 de abril de 1999 del Tribunal Constitucional)",* Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional, núm. 2, 1999, pp. 1681-1696.

LABATUT GLENA G.: *Derecho penal*, tomo I, octava edición. actualizada por ZENTENO VARGAS, J., Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1979.

LOPERA MESA, G.: *Principio de proporcionalidad y ley penal. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales,* Madrid, 2006.

LÓPEZ BARJA DE QUIROJA, J.: *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Tomo I y II, Aranzadi, Navarra, 2012.

LÓPEZ MESA, M.: "*La doctrina de los actos propios: esencia y fundamento",* Vniversitas. Bogotá, núm. 119, 2009, pp. 189-222, disponible en: http://www.scielo.org.co/pdf/vniv/n119/n119a14.pdf, (última visita 30/06/2022).

LÓPEZ ORTEGA, J.: *"Prueba y proceso penal. El alcance derivado de la prueba ilícita en la jurisprudencia constitucional (a propósito de la STC 81/1998)"*, Revista de Derecho y Proceso Penal, núm. 1, 1999, pp. 123-144.

LÓPEZ ORTEGA, J.: "El derecho a la intimidad la utilización de medios técnicos de observación y vigilancia en la lecrim (lo 13/2015)", en *El derecho a la intimidad. Nuevos y Viejos debates* (Dir. LÓPEZ ORTEGA, J.) (Coords. SALÓN PIEDRA, J. y YLIZARBE VALENZUELA, F), Dykinson, Madrid, 2017.

LÓPEZ-BARAJAS PEREA, I.: *"La prueba ilícitamente obtenida y su eficacia refleja",* Revista Actualizad Jurídica Aranzadi, núm. 708, 2006, pp. 1-7.

LÓPEZ-BARAJAS PEREA, I.: *"Nuevas tecnologías aplicadas a la investigación penal: el registro de equipos informáticos",* IDP Revista de Internet, Derecho y Política, núm. 24, 2017, pp. 64-76.

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 electrónica IberoAmericana de Sistemas, Cibernética e Innovación, vol. 13, núm. 2, 2016, pp. 14-18. disponible en https://web.archive.org/web/20200714125611/http://www.iiisci.org/journal/CV$/risci/pdfs/CA489BC16.pdf, (última visita el 14/4/2022).

LÓPEZ-FRAGOSO ALVAREZ, T.: *Las intervenciones telefónicas en el proceso penal*, Colex, Madrid, 1991.

LÓPEZ YAGÜES, V.: *La inviolabilidad de las comunicaciones con el abogado defensor*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

MADRID CONESA, F. *Derecho a la intimidad, informática y Estado de Derecho*, Universidad de Valencia, 1984.

MAIER, J.: *Derecho procesal penal. I. Fundamentos*, Editores del Puerto s.r.l., Buenos Aires, 2004.

MARTÍN MORALES, R.: *El régimen constitucional del seguimiento directo de personas. (Adaptado a la reforma de la ley de Enjuiciamiento Criminal introducida por la Ley Orgánica 13/2015),* Comares, S.L., Granada, 2015.

MARTÍNEZ GARNEL, J.: *Derecho procesal penal en el sistema acusatorio y su fase procedimental oral. (Mitos, falacias y realidades)*, Porrúa, México, 2011.

MICHINEL ÁLVAREZ, M.: *Desarrollo económico, protección ambiental y bienestar social: el derecho de la sostenibilidad desde la perspectiva hispano-cubana*, Dykinson, Madrid, 2011.

MIRANDA ESTRAMPES, M.: "*La regla de exclusión de la prueba ilícita: historia de su nacimiento y de su progresiva limitación"*, Jueces para la Democracia, núm. 47, 2003, pp. 53-66.

MIRANDA ESTRAMPES, M.: *La mínima actividad probatoria en el Proceso penal,* Bosch, Barcelona 2004.

MIRANDA ESTRAMPES, M.: *"La prueba ilícita: la regla de exclusión probatoria y sus excepciones"*, Revista Catalana de Seguretat Pública, núm. 22, 2010, pp. 131-151.

MIRANDA ESTRAMPES, M.: *Prueba ilícita y regla de exclusión en el sistema estadounidense crónica de una muerte anunciada*, Marcial Pons, Buenos Aires, 2019.

MIRÓ LLINARES, F.: *Delincuencia asociada al uso de las TIC*, Eureca Media, SL, Barcelona, 2013, pp. 1-45, disponible en http://openaccess.uoc.edu/webapps/o2/bitstream/10609/70006/3/Delincuencia%20y%20TICs_M%C3%B3dulo%201_Delincuencia%20asociada%20al%20uso%20de%20las%20TIC.pdf, (última visita 28/10/2023).

MONTERO AROCA, J.: *La intervención de las comunicaciones telefónicas en el proceso penal (un estudio jurisprudencial)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

MORENO CATENA, V. y CORTÉS DOMÍNGUEZ, V.: *Derecho procesal penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

MORENO CATENA, V.: "La garantía de los derechos fundamentales durante la investigación penal", en *Cuadernos penales José María Lidón. Problemas actuales del proceso penal y derechos fundamentales*, (Dir. ECHANO SASALDUA, J.), Universidad de Duesto, Bilbao, 2010.

MOTAÑES PARDO, M.: *La intervención de las comunicaciones. Doctrina jurisprudencial*, Aranzadi, Pamplona, 1999.

MUÑOZ CONDE. F: *"Prueba prohibida y valoración de las grabaciones audiovisuales en el proceso penal"* Revista Penal de la Universidad de Huelva núm. 14, 2004, pp. 96-123.

MUÑOZ CONDE, F: *De las prohibiciones probatorias al Derecho procesal penal del enemigo*, Hammurabi, Buenos Aires, 2008.

MURILLO DE LA CUEVA, L., PIÑAR MAÑAS, L.: *El derecho a la intimidad autodeterminación informativa*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009.

NIEVA FENOLL, J.: "Policía judicial y prueba ilícita. Regla de exclusión y efecto disuasorio: un error de base", en *el nuevo proceso penal sin código procesal penal* (Dir. CASTILLO MANZANARES, R.), (Coord. ALONSO SALGADO, C.), Atelier, Barcelona, 2019.

NIEVES SALDAÑA, M.: *"La protección de la privacidad en la sociedad tecnológica: el derecho constitucional a la privacidad de la información personal de los Estados Unidos",* Revista Iberoamericana de Filosofía, Política Humanidades y Relaciones Internacionales, vol. 9, núm. 18, 2007, pp. 85-115, disponible en:

http://institucional.us.es/revistas/Araucaria/A%C3%B1o%209%20%20N%C2%BA%2018%20%202007/Mar%C3%ADa%20Nieves%20Salda%C3%B1a%20II.pdf, (última visita 3/6/2022).

NIEVES SALDAÑA, M.: *"The right to privacy. La génesis de la protección de la privacidad en el sistema Constitucional Norteamericano: El centenario legado de Warren y Brandies",* UNED, Revista de Derecho Político, núm. 85, 2012, pp. 195-240, disponible en; https://revistas.uned.es/index.php/derechopolitico/article/view/10723/10242, (última visita 3/6/2022).

NUÑEZ VÁSQUEZ, J.: *Tratado del proceso penal y del juicio oral, tomo I. Introducción al estudio de proceso penal*, Editorial jurídica de Chile, Santiago, 2003.

ORTÍZ PRADILLO, J.: "*La investigación del delito en la era digital. Los derechos fundamentales frente a las nuevas medidas tecnológicas de investigación",* Fundación Alternativa, Estudio de Progreso, núm. 74, 2013, pp. 1-59, disponible en https://www.fundacionalternativas.org/public/storage/actividades_descargas/5a687574bb9f245b66286372359596d4.pdf, (última visita, 15/10/2020).

ORTÍZ PRADILLO, J.: "El impacto de la tecnología en la investigación penal en los derechos fundamentales", en *Problemas actuales de la justicia penal. Secreto profesional, cooperación jurídica internacional, víctimas de delitos, criminalidad organizada, personas jurídicas, eficacia y licitud de la prueba, prueba y derechos fundamentales* (Dir. GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO), (Coords. SANZ HERMIDA, A. y ORTÍZ PRADILLO J.), Constitución y Leyes, S.A., 2013.

ORTÍZ PRADILLO, J.: *Problemas procesales de la ciberdelincuencia,* Constitución y Leyes, S.A., Madrid, 2013.

ORTÍZ PRADILLO, J.: "Comunicaciones, tecnología y proceso penal: Viejos delitos, nuevas necesidades", en *Justicia penal y nuevas formas de delincuencia* (Dir. ASENCIO MELLADO, J.), (Coord. FERNÁDEZ LÓPEZ, M.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

OTAMENDI ZOZAYA, F.: *Las últimas Reformas de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Una visión práctica tras un año de vigencia*, Dykinson, Madrid, 2017.

PASCUAL HUERTA, P.: *La génesis del derecho fundamental a la protección de datos personales,* tesis doctoral (Dir. RUBIO NUÑEZ, R.), Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2017.

PEDRAZ PENALVA, E.: "El principio de proporcionalidad y principio de oportunidad", en *La Reforma del Proceso Penal. II Congreso de Derecho Procesal de Castilla y León,* Ministerio de Justicia. Secretaria General Técnica Centro de Publicaciones, Madrid, 1989.

PEDRAZ PENALVA, E.: "La utilización en el proceso penal de datos personales. Recopilación sin indicios de comisión delictiva", en *La protección de datos y proceso penal* (Coord. PEDRAZ PENALVA, E), Wolters Kluwer, Madrid, 2010.

PERELLÓ DOMENÉCH, I.: "*El principio de proporcionalidad y la jurisprudencia constitucional",* Jueces para la democracia, núm. 28, 1997, pp. 69-75, disponible en: https://dialnet.unirioja.es., (última visita 20/5/2023).

PÉREZ LUÑO, A.: *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución",* Editorial Tecnos, Décima ed., Madrid, 2010.

PÉREZ LUÑO, A.: *El derecho a la intimidad en la sociedad de la información,* Editorial Tecnos, Madrid, 2010.

PÉREZ LUÑO, E.: *Los derechos humanos en la sociedad tecnológica*, Universitas, Madrid, 2012.

PÉREZ LUÑO, A: “Los derechos humanos ante las nuevas tecnologías”, en *Nuevas tecnologías y derechos humanos* (Dirs. ANSUÁTEGUI ROIG, F. y AÑÓN ROIG, M.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

PICÓ I JUNOY, J.: “El derecho a la prueba en el proceso penal. Luces y sombras”, en *Estudios sobre Prueba Penal”*, vol. I. *Actos de investigación y medios de prueba en el proceso penal: competencia, objeto y límites* (Dirs. XAVIER ABEL LLUCH y MANUEL RICHARD GONZÁLEZ), La Ley, Madrid, 2010.

PICÓ I JUNOY: “El derecho a la prueba”, en *la prueba a debate. Diálogos hispano-cubanos* (Dirs. PICO I JUNOY, J. MENDOZA DIAZ, MANTECON RAMOS, A.), (Coords. MIRANDA VAZQUEZ, C., HIERRO SANCHEZ, L.), Bosch, Barcelona, 2021.

PINTO PALACIOS, F. Y PUJOL CAPILLA, P.: *La prueba en la era digital*, Wolters Kluwer, Madrid, 2017.

PLANCHAT TERUEL, M.: “Prueba ilícita. Fundamento y tratamiento”, en *Estudios sobre prueba penal. Volumen I. Actos de investigación y medios de prueba en el proceso penal: competencia, objeto y límites* (Dirs. ABEL LLUCH, X y RICHARD GONZALEZ M.), La Ley, Madrid, 2010.

PLANCHADELL GARGALLO, A.: *La prueba prohibida: Evolución jurisprudencial. (Comentario a las sentencias que marcan el camino)*, Arazandi, Navarra, 2014.

PRIETO SANCHÍS, L: *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*, Trotta, Madrid, 2003.

QUIRÓS LOBO, M.: *Los principios generales del derecho en la doctrina laboral*, Aranzadi, Madrid 1984.

RAMÍREZ MENDOZA, J.: *Diferencias entre las reglas de exclusión probatoria colombiana e internacional penal. Análisis en tres casos de injerencias en comunicaciones privadas,* Universidad del Rosario, Bogotá, 2015.

REBOLLO DELGADO, L.: *El derecho fundamental a la intimidad*, Dykinson, Madrid, 2005.

REBOLLO DELGADO, L.: "*Vida privada y protección de datos: un acercamiento a la regulación internacional europea y española*", instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, serie doctrina jurídica, núm. 444, 2010, pp. 263-318, *disponible* en: https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2758/10.pdf, (última visita 3/6/2020).

RICHARD GONZÁLEZ, M.: *Investigación y prueba mediante medidas de intervención de las comunicaciones, dispositivos electrónicos y grabación de imagen y sonido,* Wolters Kluwer, Madrid, 2017.

RIVERO SÁNCHEZ-COVISA, F.: *Revisión del concepto constitucional del secreto de las comunicaciones*, Dykinson, Madrid, 2017.

RIVES SEVA, A: *La intervención de las comunicaciones en el proceso penal*, Bosch, Barcelona, 2010.

RODRÍGUEZ ÁLVAREZ A.: "La intervención de las comunicaciones telefónicas y telemáticas y smartphones. Un primer estudio a propósito de la Ley orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal", en *Justicia penal y nuevas formas de delincuencia* (Dir. ASENCIO MELLADO J.) (Coord. FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

RODRÍGUEZ LAINZ, L.: *Estudio sobre el secreto de las comunicaciones. Perspectiva doctrinal y jurisprudencial*, Wolters Kluwer, España, 2011.

RODRÍGUEZ LAINZ, J.: "*El principio de la expectativa razonable de confidencialidad en la STC 241/2012, de 17 de diciembre"*, Diario La Ley, núm. 8122, Sección Doctrina, de 9 de julio de 2013.

RODRÍGUEZ LAINZ, J.: *El secreto de las telecomunicaciones y su interceptación legal*, Sepin, Madrid, 2016.

RODRÍGUEZ RUIZ, B.: *El secreto de las comunicaciones: tecnología e intimidad*, McGraw-Hill, Madrid, 1998.

ROJAS GÓMEZ, E.: *Eficacia de la prueba obtenida mediante irrupción en la intimidad*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2011.

ROVIRA SUERIO, M.: *La responsabilidad civil derivada de daños ocasionados al Derecho al Honor, a la intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen*, Cedecs, Barcelona 1999.

ROXIN CLAUS: *La prohibición de autoincriminación y de las escuchas domiciliarias*, Hammurabi, Buenos Aires, 2008.

RUÍZ MIGUEL, C.: *El derecho a la protección de la vida privada en la jurisprudencia del TEDH*, Civitas, Madrid, 1994.

´

SANCHIS CRESPO, C., y VELASCO NÚÑEZ, E.: *Delincuencia informática. Tipos delictivos de investigación con jurisprudencia tras la reforma procesal y penal de 2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

SANTALÓ JUNQUERA, J.: *La intervención de las comunicaciones entre el preso preventivo y su abogado*, Sepin, Madrid, 2015.

SANTOS MARTÍNEZ, A.: "Las medidas de investigación tecnológica", en *Nuevas tecnologías y derechos fundamentales en el proceso* (Coord. CEDEÑO HERNÁN), Arazandi, Navarra, 2017.

SANTOS MARTÍNEZ, A.: *Medidas de investigación tecnológicas en la instrucción penal*, Wolters Kluwer, Barcelona, 2017.

SERRANO PÉREZ, M., y REBOLLO DELGADO, L.: *Introducción a la protección de datos*, Dykinson, Madrid, 2008.

SIMARRO PEDREIRA, M.: *La prueba prohibida: ¿Del pasado ordálico al futuro garantismo? La doctrina y la jurisprudencia al descubierto*, Reus, Madrid, 2020.

SOLER, S*: Derecho Penal Argentino*, editora Argentina SA, Buenos Aires, 1987.

TELLEZ AGUILERA, A.: *Nuevas tecnologías intimidad y protección de datos. Estudio sistemático de la ley Organiza 15/1999*, Edisofer, S.L., Madrid, 2001.

TELLEZ AGUILERA, A.: *La protección de datos en la Unión Europea. Divergencias normativas y anhelos unificadores*, Edisofer, Madrid, 2002.

TEROL BECERRA, M.: "Conservación de la naturaleza vs. derecho al medio ambiente", en *Derecho ambiental y transformaciones de la actividad de las administraciones públicas* (Dirs. PIGRAU SOLE, A y CASADO CASADO L.), (Coord. PALLARES SERRANO A.), Atelier, Barcelona, 2010.

TOLDRA ROCA, D.: *Aproximación a un diagnóstico, sobre la igualdad de oportunidades en el siglo XXI. Un legado para Cloe y Dalia*, Ediciones de la Universidad de Lleida, Lleida, 2015.

TORTORA ARAVENA, H.: "Las limitaciones a los derechos fundamentales", en *Estudios Constitucionales,* Revista online, año 8, núm. 2, 2010, Universidad de Talca, pp. 167-200. Disponible en http://www.scielo.cl/pdf/estconst/v8n2/art07.pdf. 2010, (última visita 10/3/2022).

VACA ANDRADE, R.: *Manual de derecho procesal,* Tomo II, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito. 2009.

VALADÉS RÍOS, D.: *"La protección de los derechos fundamentales frente a particulares",* Anuario de Derechos Humanos, Nueva Época, vol. 12, 2011, pp. 439-470, disponible en: http://dx.doi.org/10.5209/rev_ANDH.2011, v12.38112, (última visita 8/7/2020).

VÁZQUEZ SOTELO, J.: "La prueba en contrario "*en las presunciones judiciales*, Revista peruana de derecho procesal, núm. 6, 2003, pp. 485-599.

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

VELASCO NÚÑEZ, E.: *Delitos cometidos a través de internet. Cuestiones procesales*, La Ley, Madrid, 2010.

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

VELASCO NÚÑEZ, E.: *Delitos tecnológicos. Cuestiones penales y procesales*, Wolter Kluwer, Madrid, 2021.

VELASCO SAN MARTÍN, C.: *Jurisdicción y competencia penal en relación al acceso transfronterizo en materia de ciberdelitos,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

VILLANUEVA TURNES, A.: *"Posibles problemas en la intervención de las comunicaciones en España"*, Revista Estudios de Deusto, vol. 63. núm. 2, 2015, pp. 263-281. Disponible en: http://revista-estudios.revistas.deusto.es/issue/viewFile/170/28, (última visita 20/07/2020).

VIZCAÍNO CALDERÓN, M.: *Comentarios a la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal,* Civitas, Madrid 2001.

ZAVALA BAQUERIZO, J.: *Tratado de derecho procesal penal,* Tomo III, Edino, Guayaquil, 2010.

ZAVALA BAQUERIZO, J.: *Tratado de derecho procesal penal,* Edino, Guayaquil, 2010.

ZELADA, C., y BERTONI, E.: *"Apuntes sobre la vida privada desde la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos",* Forseti Revista De Derecho, vol. 1, núm. 1, 2013, pp. 123-146. https://doi.org/https://doi.org/10.21678/forseti.v1i1.1195, (última visita 11/07/2021).

ZOCO ZABALA, C.: *Nuevas tecnologías y control de las comunicaciones. Lo 13/2015, de 5 de octubre, de modificaciones de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica*, Thomson Reuters, Navarra, 2015.

ZUBIRIS DE SALINAS, F.: *Libertad de expresión y derecho penal,* Edersa, Madrid, 1989.

ANEXO JURISPRUDENCIAL

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL[1081]

STC 62/1982, de 15 de octubre de 1982.

STC 114/1984, de 29 de noviembre de 1984.

STC 23/1989/, de 2 de febrero de 1989.

STC 14/1991, de 28 de enero de 1991.

STC 34/1994, de 31 de enero de 1994.

STC 85/1994, de 14 de marzo de 1994.

STC 49/1996, de 26 de marzo de 1996.

STC 207/1996, de 16 de diciembre de 1996.

STC 207/1997, de 16 de diciembre de 1997.

STC 207/1997, de 16 de diciembre de 1997.

STC 81/1998 de 2 de abril de 1998.

STC 121/1998, de 15 de junio de 1998.

STC 49/1999, de 5 de abril de 1999.

STC 94/1999, de 31 de mayo de 1999.

STC 134/1999, de 15 de julio de 1999.

STC 166/1999, de 27 de septiembre de 1999.

STC 126/2000, de 6 de mayo del 2000.

STC 136/2000, de 29 de mayo de 2000.

STC 168/2000, de 10 de julio de 2000.

STC 249/2000, de 30 de octubre de 2000.

STC 299/2000 de 11 de diciembre de 2000.

[1081] Tribunal Constitucional Español disponible en: https://hj.tribunalconstitucional.es/

STC 19/2001, de 29 de enero de 2001.

STC 70/2002, de 3 de abril de 2001.

STC 119/2001, de 29 de mayo de 2001.

STC 167/2001, de 18 de septiembre, de 2001.

STC 28/2002, de 11 de febrero de 2002.

STC 123/2002, de 20 de mayo de 2002.

STC 82/2002, de 22 de abril de 2002.

STC 70/2002, de 3 de abril de 2002.

STC 123/2002, de 19 de junio de 2002.

STC 167/2002, de 18 de septiembre de 2002.

STC 22/2003, de 10 de febrero de 2003.

STC 184/2003, de 23 de octubre de 2003

STC 196/2004, de 15 de noviembre de 2004.

STC 104/2006, de 3 de abril de 2006.

STC 150/2006 de 22 de mayo de 2006.

STC 239/2006, de 17 de julio de 2006.

STC 281/2006, de 29 de octubre de 2006.

STC 230/2007, de 5 de noviembre de 2007.

STC 220/2009 de 21 de diciembre de 2009.

STC 194/2011, de 1 de marzo de 2011.

STC 142/2012, de 2 de julio de 2012.

STC 241/2012, de 17 de diciembre de 2012.

STC 170/2013, de 7 de octubre de 2013.

STC 115/2013, de 9 de mayo de 2013.

STS 427/2013 de 10 de mayo de 2013.

STC 855/2013, de 11 de noviembre de 2013.

STC 145/2014 de 22 de septiembre de 2014.

STC 97/2019, de 16 de junio de 2019.

TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL[1082]

STS 23/1989, de 2 de febrero de 1989.

STS 610/1990, de 18 de junio de 1992.

STS 139/1995 de 26 de septiembre de 1995.

STS 974/1997, de 4 de julio de 1997.

STS 173/1998, de 10 de febrero de 1998.

STS 81/1998, de 2 de abril de 1998.

STS 227/1999, de 20 de febrero de 1999.

STS 1717/1999, de 16 de diciembre de 1999.

STC 8/2000, de 17 de enero de 2000.

STS 900/2000, de 28 de julio de 2000.

STS 2769/2001, de 3 de abril de 2001.

STS 412/2011, de 11 de mayo, de 2001.

STS 1078/2001, de 8 de junio de 2001.

STC 70/2002, de 3 abril de 2002.

STS 83/2002, de 22 de abril de 2002.

STS 1451/2003, de 26 de noviembre de 2003.

STS 1241/2005, de 27 de octubre de 2005.

[1082] CENDOJ, Centro de documentación judicial disponible en: https://www.poderjudicial.es/search/.

STS 1001/2005, de 16 de diciembre de 2005.

STC 281/2006, 9 de octubre de 2006.

STC 281/2006, 9 de octubre de 2006.

STS 562/2007, de 22 de junio, de 2007.

STS 236/2008, de 9 de mayo de 2008.

STS 249/2008, 20 de mayo de 2008.

STS 292/2008, de 28 de mayo de 2008.

STS 70/2009, de 23 de marzo de 2009.

STS 159/2009, de 29 de junio de 2009.

STS 90/2010, de 5 de febrero de 2010.

STS 513/2010, de 2 de junio de 2010.

STS 680/2010, de 14 de julio de 2010.

ST 104/2011, de 1 de marzo de 2011.

STS 818/2011, de 21 de julio de 2011.

STS 173/2011, de 7 de noviembre de 2011.

STS 433/2012, de 1 de junio de 2012.

STS 712/2012, de 26 de septiembre de 2012.

STS 740/2012, de 10 de octubre, de 2012.

STS 342/2013, de 17 de abril de 2013.

STS 364/2013, de 25 de abril de 2013.

STC 115/2013, 9 de mayo de 2013.

STS 855/2013, de 11 de noviembre de 2013.

STS 1402/2014, de 10 de marzo de 2014.

STS 1402/2014 de 20 de enero de 2015.

STS 786/2015, 4 de diciembre de 2015.

STS 864/2015, de 10 de diciembre de 2015.

STS 982/2016, de 11 de enero de 2016.

STS 938/2016, de 12 de febrero de 2016

STS 470/2016, de 10 de marzo de 2016.

STS 481/2016, 2 de julio de 2016.

STS 71/2017, de 8 de febrero de 2017.

STS 85/2017, de 15 de febrero de 2017.

STS 116/2017 de 23 de febrero de 2017.

STS 250/2017, de 5 de abril de 2017.

STS 272/2017, 18 de abril de 2017.

STS 173/2017, de 7 de noviembre de 2017.

STS 747/2017, 21 de noviembre de 2017.

STS 4264/2017 de 27 de noviembre de 2017.

STS 788/2017, 7 de diciembre de 2017.

STS 679/2019, del 13 de marzo, de 2019.

CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR[1083]

Corte Constitucional ecuatoriana, sentencia núm. 048-13-SCNCC, de 31 de julio de 2013.

Corte Constitucional del Ecuador, sentencia núm. 11-18-CN/19, de 12 de junio de 2019.

Corte Constitucional del Ecuador, sentencia, núm. 77-16-IN/22, de 27 de enero de 2022.

[1083] Corte Constitucional del Ecuador disponible en: https://www.corteconstitucional.gob.ec/.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA DEL ECUADOR[1084]

Corte Nacional de Justicia del Ecuador, sentencia 445-2015, 26 de marzo de 2015

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

STEDH Malone vs. Reino Unido, de 2 de agosto de 1984.

STEDH Niemitz vs. Alemania, de 12 de diciembre de 1992.

STEDH Costello-Roberst, vs. Reino Unido, de 25 marzo de 1993.

STEDH Koop vs. Suiza, de 25 de marzo de 1998.

STEDH P. G. y J. H. vs. Reino Unido, de 25 de septiembre de 2001.

STEDH Allan vs. Reino Unido, de 5 de noviembre de 2002.

STEDH Jalloh vs. Alemania, de 11 de julio de 2006.

STEDH Copland vs. Reino Unido. de 3 abril de 2007.

STEDH Khan vs. Reino Unido, de 20 de diciembre de 2011.

STEDH De la Flor Cabera vs. España, de 27 de mayo de 2014.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

CIDH de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala, de 19 de noviembre 1999.

CIDH Bámaca Velásquez vs. Guatemala, de 25 de noviembre de 2000.

CIDH Juan Humberto Sánchez vs. Honduras, de 7 de junio de 2003.

CIDH Herrera Ulloa vs. Costa Rica de, 2 de julio de 2004.

CIDH Ricardo Canese vs. Paraguay, de 31 de agosto de 2004.

[1084] Corte Nacional de Justicia del Ecuador disponible: https://www.cortenacional.gob.ec/cnj/.

CIDH Lori Berenson Mejía vs. Perú de, 25 de noviembre de 2004.

CIDH las Masacres de Ituango vs. Colombia, de 1 de julio de 2006.

CIDH Claude Reyes y otros vs. Chile, de 19 de septiembre de 2006.

CIDH Escué Zapata vs. Colombia, de 4 de julio de 2007.

CIDH Eduardo Kimel vs. Argentina, de 2 de mayo de 2008.

CIDH Santander Tristán Donoso vs. la República de Panamá, de 27 de enero de 2009.

CIDH Escher y Otros vs. Brasil, de 6 de julio de 2009.

CIDH Cabrera García y Montiel Flores vs. México, de 26 de noviembre de 2010.