

TEMAS

Investigación tecnológica y prueba digital en todas las jurisdicciones

2.ª edición actualizada

Joaquín Delgado Martín

■ LA LEY

TEMAS

■ LA LEY

Investigación tecnológica y prueba digital en todas las jurisdicciones

2.ª edición actualizada

Joaquín Delgado Martín

© Joaquín Delgado Martín, 2018
© Wolters Kluwer España, S.A.

Wolters Kluwer

C/ Collado Mediano, 9
28231 Las Rozas (Madrid)
Tel: 902 250 500 – Fax: 902 250 502
e-mail: clientes@wolterskluwer.com
<http://www.wolterskluwer.es>

Segunda edición: noviembre 2018

Depósito Legal: M-35352-2018
ISBN versión impresa: 978-84-9020-775-8
ISBN versión electrónica: 978-84-9020-776-5

Diseño, Preimpresión e Impresión: Wolters Kluwer España, S.A.
Printed in Spain

© **Wolters Kluwer España, S.A.** Todos los derechos reservados. A los efectos del art. 32 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba la Ley de Propiedad Intelectual, Wolters Kluwer España, S.A., se opone expresamente a cualquier utilización del contenido de esta publicación sin su expresa autorización, lo cual incluye especialmente cualquier reproducción, modificación, registro, copia, explotación, distribución, comunicación, transmisión, envío, reutilización, publicación, tratamiento o cualquier otra utilización total o parcial en cualquier modo, medio o formato de esta publicación.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la Ley. Diríjase a **Cedro** (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

El editor y los autores no aceptarán responsabilidades por las posibles consecuencias ocasionadas a las personas naturales o jurídicas que actúen o dejen de actuar como resultado de alguna información contenida en esta publicación.

Nota de la Editorial: El texto de las resoluciones judiciales contenido en las publicaciones y productos de **Wolters Kluwer España, S.A.**, es suministrado por el Centro de Documentación Judicial del Consejo General del Poder Judicial (Cendoj), excepto aquellas que puntualmente nos han sido proporcionadas por parte de los gabinetes de comunicación de los órganos judiciales colegiados. El Cendoj es el único organismo legalmente facultado para la recopilación de dichas resoluciones. El tratamiento de los datos de carácter personal contenidos en dichas resoluciones es realizado directamente por el citado organismo, desde julio de 2003, con sus propios criterios en cumplimiento de la normativa vigente sobre el particular, siendo por tanto de su exclusiva responsabilidad cualquier error o incidencia en esta materia.

Carácter Personal (LOPD). Esta Ley ha tenido por objeto garantizar y proteger, en lo que concierne al tratamiento de los datos personales, las libertades públicas y los derechos fundamentales de las personas físicas, y especialmente de su honor e intimidad personal y familiar (art. 1 LOPD). Y la Directiva 95/46/CE ha sido formalmente derogada por el RGPD (artículo 94). Actualmente resulta de aplicación el Reglamento 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos (RGPD).

3.2. Regulación

3.2.1. Unión Europea

En la Unión Europea (UE), tanto el art. 8.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE como el art. 16.1 del Tratado de Funcionamiento de la UE establecen que toda persona tiene el derecho fundamental a la protección de los datos de carácter personal que le afectan.

En el seno de la UE se han aprobado dos normas relevantes para el régimen de protección de datos personales: en primer lugar, el Reglamento 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos (RGPD) y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (el llamado Reglamento general de protección de datos); y, en segundo lugar, la Directiva 2016/680 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril, 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.

3.2.2. Normativa aplicable

A. Reglamento 2016/679

Este Reglamento contemplaba un período transitorio⁽¹⁷⁰⁾, de tal forma que resulta aplicable a partir del 25 de mayo de 2018. Es necesario tener presente

(170) Susana GARCÍA MORENO, «Nuevo marco jurídico europeo: novedades conocidas y otras no tan conocidas», *Diario La Ley*, núm. 8691, Sección Documento on-line, 28 de enero de 2016.

que el Reglamento es directamente aplicable y obligatorio en todos sus elementos desde su entrada en vigor (artículo 288 TFUE, párrafo 2), sin necesidad de norma interna de transposición⁽¹⁷¹⁾. El Gobierno español ha optado por presentar un proyecto de Ley en el Parlamento para «adaptar» el ordenamiento jurídico española al citado Reglamento incluyendo algunas precisiones o desarrollos en materias en las que el propio Reglamento lo permite; pero ello no excluye su directa aplicación.

B. Directiva 2016/680

Su plazo de transposición finalizó el 6 de mayo de 2018, sin que todavía se haya llevado a cabo la misma. Hasta que aquélla se produzca, la actuación de los funcionarios y autoridades policiales y judiciales en el ejercicio de las funciones de investigación y enjuiciamiento de delitos seguirá regulándose por la normativa interna española, es decir, la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, específicamente el artículo 22 y la normativa de desarrollo; sin perjuicio de que pueda llegar a plantearse el efecto directo vertical de alguna de sus disposiciones, tal y como se examina posteriormente al tratar la protección de datos en el proceso penal.

C. Decreto-Ley 2018

Por último, se ha aprobado el Real Decreto-Ley 5/2018, de 27 de julio, de medidas urgentes para la adaptación del Derecho español a la normativa de la Unión Europea en materia de protección de datos, que estará vigente hasta la entrada en vigor de la nueva legislación orgánica de protección de datos que tenga por objeto adaptar el ordenamiento jurídico español al Reglamento (UE) 2016/679. Este Decreto-Ley contiene la regulación de aspectos concretos que, sin tener rango de Ley Orgánica, no admiten demora; y se refiere esencialmente a elementos de las actividades de la Agencia Española de Protección de Datos.

3.3. Licitud del tratamiento

Para que el tratamiento sea lícito, los datos personales deben ser tratados con el consentimiento del interesado o sobre alguna otra base legítima esta-

(171) Véase M^a Eugenia SERRANO CHAMORRO, «Protección de datos personales: información, consentimiento y transparencia. Nuevas exigencias jurídicas comunitarias», Actualidad Civil, núm. 5, Sección Persona y derechos/A fondo, mayo 2017, editorial Wolters Kluwer.

blecida conforme a Derecho (Considerando 40 del RGPD), entre ellas el ejercicio de poderes públicos (Considerando 45 RGPD).

El RGPD mantiene el principio recogido en la Directiva 95/46 de que todo tratamiento de datos necesita apoyarse en una base que lo legitime⁽¹⁷²⁾. Y también recoge las mismas bases jurídicas que contenía la citada Directiva, que se recogen en el artículo 6 RGPD (condiciones para la licitud del tratamiento) y son las siguientes⁽¹⁷³⁾ :

- a) el interesado dio su consentimiento para el tratamiento de sus datos personales para uno o varios fines específicos;
- b) el tratamiento es necesario para la ejecución de un contrato en el que el interesado es parte o para la aplicación a petición de este de medidas precontractuales;
- c) el tratamiento es necesario para el cumplimiento de una obligación legal aplicable al responsable del tratamiento;
- d) el tratamiento es necesario para proteger intereses vitales del interesado o de otra persona física;
- e) el tratamiento es necesario para el cumplimiento de una misión realizada en interés público o en el ejercicio de poderes públicos conferidos al responsable del tratamiento;
- f) el tratamiento es necesario para la satisfacción de intereses legítimos perseguidos por el responsable del tratamiento o por un tercero, siempre que sobre dichos intereses no prevalezcan los intereses o los derechos y libertades fundamentales del interesado que requieran la protección de datos personales, en particular cuando el interesado sea un niño.

3.4. Incorporación de datos personales al proceso judicial

3.4.1. Planteamiento general

Pueden incorporarse al proceso judicial, en cualquiera de las jurisdicciones, determinados datos de carácter personal que se encuentran dentro del ámbito de protección del Reglamento 2016/679 y que pueden afectar al derecho fundamental reconocido en el art. 18.4 CE.

(172) «Guía del Reglamento General de Protección de Datos para Responsables de Tratamiento», por AEPD, Autoridad Catalana de Protección de Datos y Agencia Vasca de Protección de Datos; disponible en web.

(173) Elena GIL GONZÁLEZ, «Big Data y datos personales: ¿es el consentimiento la mejor manera de proteger nuestros datos?», *Diario La Ley*, núm. 9050, Sección Tribuna, 27 de septiembre de 2017.

Son muy numerosos y heterogéneos los datos personales que resultan relevantes para la investigación del delito o para la prueba de hechos ante cualquier jurisdicción: datos sanitarios, económico-patrimoniales (Registros de la Propiedad, Hipotecarios, Mercantil, etcétera), financieros, fiscales, culturales, familiares, biológicos, de comunicaciones telefónicas, telemáticas...; en este sentido, téngase en cuenta que el uso de cualquier servicio (teléfono, gas, sanitario, electricidad, educación, viajes, bancario) comporta comunicar un mayor o menor número de datos personales⁽¹⁷⁴⁾.

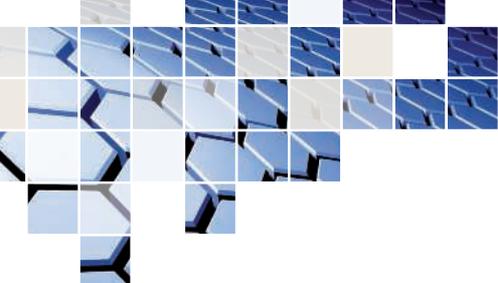
Las partes en un proceso jurisdiccional, así como todos los que intervienen en el mismo (testigos, peritos, víctimas...) tienen derecho a la protección de sus datos personales obrantes en el proceso. En esta materia, también resulta relevante el régimen de acceso a los datos del proceso por parte de terceros con un interés legítimo, así como por parte de los medios de comunicación (derecho a la libertad de expresión e información del artículo 20.1 CE). Sin embargo, la incorporación de datos personales a un proceso jurisdiccional está sometida a un **régimen jurídico singular** porque la protección de datos ha de convivir con otros derechos fundamentales y principios constitucionales⁽¹⁷⁵⁾: el derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho de defensa (artículo 24 CE), así como la libertad de información (artículo 20.3 CE) y la publicidad de actuaciones (artículo 120.3 CE)⁽¹⁷⁶⁾.

La posibilidad de existencia de un régimen jurídico singular es plenamente conforme con el ordenamiento de la UE. Esta singularidad se explica

(174) Ernesto PEDRAZ PENALVA, «Introducción. La utilización en el proceso penal de datos personales recopilados sin indicios de comisión delictiva», dentro del libro *Protección de datos y proceso penal*, 1.ª edición, editorial La Ley, Madrid, junio 2010.

(175) Miguel MARCOS AYJÓN recuerda que «no estamos ante un derecho absoluto, ya que habitualmente entre en colisión con importantes principios constitucionales que se proyectan en el proceso judicial»; en «Las múltiples implicaciones de la protección de datos en la justicia penal», Ponencia impartida el 1 de diciembre de 2017 en la Reunión anual de la ReDPe «Los retos del espacio de Libertad», Seguridad y Justicia UE en el año 2017, La Ley Penal, núm. 132, mayo-junio 2018, editorial Wolters Kluwer.

(176) Jesús R. MERCADER UGUINA destaca que «la exigibilidad del consentimiento del titular de los datos que pudieran ser objeto de un tratamiento en un procedimiento judicial, para dicho tratamiento de sus datos, supondría dejar a disposición de aquél el almacenamiento de la información necesaria para que una persona pueda ejercer, en plenitud, su derecho a la tutela judicial efectiva. Así, la falta de estos datos o la dependencia en su aplicación a quien manejara la titularidad del dato, implicaría, lógicamente, una merma en la posibilidad de aportación por el interesado de «los medios de prueba pertinentes para su defensa», vulnerándose otra de las garantías derivadas del citado derecho a la tutela efectiva y coartándose la posibilidad de obtener el pleno desenvolvimiento de este derecho»; en «Protección de datos y relaciones laborales: apuntes prácticos sobre la entrada en vigor del Reglamento (UE) 2016/679», Trabajo y Derecho, núm. 41, Sección Práctica Jurídica y Despachos Profesionales/Estudios de práctica jurídica, mayo 2018, editorial Wolters Kluwer.



Mensajes de WhatsApp, redes sociales, correos electrónicos, fotografías y videos digitales, hojas de cálculo,... Los hechos del mundo digital tienen relevancia jurídica en muchas ocasiones porque generan obligaciones o prueban el cumplimiento de los contratos; causan daños a terceros; son constitutivos de delito; contribuyen a probar delitos; acreditan violaciones de deberes del trabajador o recogen la relación del ciudadano con las Administraciones Públicas.

Esta obra pretende contestar a las siguientes preguntas comunes a los procesos en **todos los órdenes jurisdiccionales**:

- ¿Cuándo y en qué condiciones se puede acceder al contenido de los ordenadores y otros dispositivos electrónicos, o a los datos que se transmiten por redes de comunicación?
- ¿Cómo acreditar los hechos del mundo digital en un proceso judicial, o en el ejercicio de la potestad de control y supervisión por el empresario, o en las relaciones entre las partes de un contrato?
- ¿Cuándo resultan afectados el derecho a la intimidad, el secreto de comunicaciones o la protección de datos?
- ¿Cómo abordar los problemas internacionales en la obtención de la prueba digital?

Esta segunda edición actualizada estudia en profundidad los efectos de la nueva normativa de protección de datos personales en la Administración de Justicia. Y recoge las novedades jurisprudenciales del TEDH, del TJUE y de las Salas Penal y Social del Tribunal Supremo, así como la nueva legislación sobre la orden europea de investigación.

