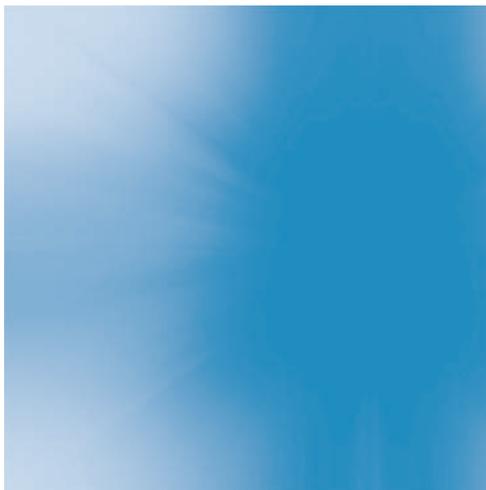


Medidas de investigación tecnológica en la instrucción penal

Alberto M. Santos Martínez



[BOSCH]

Medidas de investigación tecnológica en la instrucción penal

Alberto M. Santos Martínez

Consulte en la Web de Wolters Kluwer (<http://digital.wke.es>) posibles actualizaciones, gratuitas, de esta obra, posteriores a su fecha de publicación

Es propiedad,
© 2017 **Alberto M. Santos Martínez**

Para la presente edición:
© 2017 **Wolters Kluwer España, S.A.**
Avenida Carrilet, 3
Edificio D, 9.ª planta
08902 Hospitalet de Llobregat (Barcelona)
Tel: 902 250 500 - Fax: 902 250 502
e-mail: clientes@wolterskluwer.com
<http://www.wolterskluwer.es>

Primera edición: julio, 2017
ISBN: 978-84-9090-242-4 (papel)
ISBN: 978-84-9090-243-1 (digital)
Depósito legal: M-22109-2017

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

«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».

Pero el control de la medida también precisa del uso de instrumentos técnicos que aseguren la autenticidad e integridad de los soportes puestos a disposición del juez. De nada sirve disponer de un férreo control de la medida si las comunicaciones interceptadas son fácilmente manipulables con carácter previo a su recepción por la autoridad judicial. Se entiende así que la Exposición de Motivos de la LO 13/2015 imponga la utilización de un sistema de sellado o firma electrónica que garantice la información volcada desde el sistema central. Y el art. 588 ter.f Lecrim especifica que el aseguramiento de las conversaciones interceptadas debe realizarse a través de sistema de sellado o adveración suficientemente fiable¹³⁴.

SITEL, a cuyo análisis se ha procedido con anterioridad¹³⁵, es desde luego un sistema adecuado a las exigencias del legislador relativas a la garantía de autenticidad e integridad de la información obtenida a través de la medida de investigación.

1.9. Derecho de acceso de las partes a las grabaciones

Una vez alzado el secreto de la medida y finalizada la vigencia de la intervención, se entregará a las partes copia de las grabaciones y de las transcripciones realizadas (art. 588 ter.i Lecrim). Este derecho, que forma parte del derecho de acceso de las partes al proceso penal y, con respecto al investigado o encausado, es expresión del derecho de defensa, nace una vez se ha acordado el cese de la medida de investigación. En cualquier caso, el acceso de las partes a los elementos de la causa es un derecho del que éstas disponen una vez alzado el secreto del sumario (art. 302 Lecrim).

134. Se trata en definitiva de garantizar la cadena de custodia mediante instrumentos que garanticen la autenticidad, inalterabilidad, integridad y fiabilidad de las conversaciones y la información interceptada. La STS de 19 de mayo de 2015, rec. 2387/2015, sin cuestionar *per se* la validez probatoria de comunicación bidireccional mediante cualquiera de los múltiples sistemas de mensajería instantánea, considera que *debe ser abordada con todas las cautelas* toda vez que *la posibilidad de una manipulación de los archivos digitales mediante los que se materializa ese intercambio de ideas, forma parte de la realidad de las cosas*.

135. *Vid.* Cap. II, 1, b.

En principio, es el derecho a acceder a las grabaciones originales que han sido aportadas a sede judicial al formar éstas del material probatorio obrante en la causa. Tradicionalmente, el Juzgado ponía a disposición de las partes los originales para que éstos pudieran interesar su audición (STS de 28 de febrero de 2013, rec. 10977/2012). La actual regulación prevé la entrega de copia íntegra de las grabaciones con exclusión de aquellas partes de las conversaciones u otros datos interceptados que hicieran referencia a aspectos relacionados con la vida íntima de las personas. Pese a que la Lecrim no lo establece, cabría plantearse si el sujeto afectado por dicha información personal tiene derecho a que dicha información se elimine de las grabaciones originales y si en su caso puede obtener copia por ser cuestiones que le afectan personalmente. Probablemente, la primera de las cuestiones aconseja una respuesta negativa toda vez que la integridad de la conversación interceptada garantiza la ausencia de manipulación y evita eventuales impugnaciones interesadas en relación a la relevancia del tramo de conversación eliminado. Aunque es cierto que el art. 587 Lecrim establece, para los supuestos en los que sea objeto una intervención de comunicaciones postales, la obligación de reintegrar al investigado la correspondencia intervenida que no tuviera relación con la causa criminal, no parece que sea una solución apta para la interceptación de las comunicaciones. En efecto, aunque podría plantearse *devolver* las conversaciones que no tuvieran relación con la causa, quedando únicamente en los originales aquellas que fueran relevantes, se trata de una solución que, más allá de problemas técnicos, podría desnaturalizar parte de las conversaciones intervenidas. Pero que su eliminación no sea recomendable no debe impedir que, cuanto menos, se dé traslado de estas conversaciones a la persona afectada, dando así cumplimiento al deber de notificar la práctica de la injerencia a las personas intervinientes en las conversaciones captadas.

En cualquier caso, la no inclusión de la totalidad de la grabación o de la transcripción –decisión que debe ser adoptada por el juez ins-

structor— se hará constar de modo expreso en la causa mediante resolución del Letrado de la Administración de justicia.

Efectuado el traslado a las partes, éstas, una vez examinadas las grabaciones y en el plazo fijado al efecto por el juez —que podrá variar en atención al volumen de información contenida en los soportes— podrán solicitar la inclusión en las copias de aquellas comunicaciones que entiendan relevantes y que hayan sido excluidas. Se trata de una previsión cuyo alcance resulta complicado de entender, máxime cuando, en principio, solamente podrán omitirse datos referidos a aspectos íntimos de las personas. Siendo esto así, la conclusión a la que se llega es que las partes, en definitiva, podrán tener siempre acceso al material original en su integridad, sin perjuicio de que en las copias o en las transcripciones se omitan informaciones íntimas. De ahí que la protección de la intimidad de las personas no sería absoluta y cedería ante los derechos de las partes y, en especial, el derecho de defensa del investigado. En efecto, la exclusión de algunos datos de las grabaciones no obedece a criterios de relevancia sino por su afectación a la intimidad de las personas. Por tanto, podría darse la circunstancia de que algunas informaciones, aun afectando a la intimidad de las personas, aporten aspectos relevantes para la investigación o, cuanto menos, de interés para las partes. Por otro lado, también podría entenderse que la posibilidad de petitionar la adición de comunicaciones a instancia de parte se refiere exclusivamente a las transcripciones cuando éstas se limitaran a dejar constancia tan solo a pasajes parciales de la comunicación que en opinión del juez instructor resulten relevantes¹³⁶, omitiendo no solo las informaciones íntimas sino también buena parte del contenido íntegro.

Con el objeto de evitar interpretaciones erróneas quizá hubiera sido recomendable optar por un redactado legal más preciso donde se hiciera expresa mención tanto a la posibilidad del juez instructor de

136. Es decir, que la transcripción no sería de la totalidad de la grabación original menos las partes que afectan a la intimidad sino que solo se consignarían las partes de relevancia para la causa.

discriminar la información que filtre a las partes –omitiendo no solo los datos personales sino también aquellas informaciones superfluas o irrelevantes– como al alcance de los datos cuya inclusión pueden las partes solicitar; para este último caso, una solución pasaría por permitir la solicitud de la adición de cualquiera de los pasajes omitidos a excepción de datos personales referentes a terceros.

En cualquier caso, el juez de instrucción, oídas o examinadas por sí esas comunicaciones, decidirá con respecto a su exclusión o a incorporación a la causa.

Resultando más que probable que la intervención de las comunicaciones afecte a terceros ajenos a la investigación, la Lecrim prevé que se les notificará la práctica de la injerencia. Asimismo se les informará de las concretas comunicaciones en las que hayan participado y que hubieran resultado afectadas por la investigación. Pero este derecho a ser informado no es absoluto. En primer lugar porque para hacerlo efectivo es preciso identificar aquellos sujetos que han intervenido en las comunicaciones. Esta función, que en principio compete a la unidad policial actuante, no resultará sencilla cuando el interlocutor no coincida con el titular de la línea de abonado o con el usuario habitual del dispositivo. Y en segundo lugar, porque la duración de la medida –de hasta dieciocho meses– es un indicativo de la existencia de numerosas comunicaciones y, por ende, de un considerable número de sujetos intervinientes. Con estas condiciones, identificar a todos y cada uno de los intervinientes puede resultar una tarea costosa, desproporcionada y no justificada que podría comprometer un ágil desarrollo del procedimiento.

De hecho el art. 588 ter.i Lecrim excluye este deber de comunicación cuando: a) resulte imposible; b) exija un esfuerzo desproporcionado; o c) puedan perjudicar futuras investigaciones.

Por otro lado, en aquellos casos en lo que se pueda informar a la persona afectada, ésta podrá solicitar copia de la grabación o transcripción de las comunicaciones en las que hubiera intervenido. Como límite a este derecho, en primer lugar, no se le entregará copia cuando

podiera afectarse el derecho a la intimidad de otras personas y, en segundo lugar, cuando resulte contrario a los fines del proceso en el que se acordó la medida. Este segundo motivo es lo suficientemente indeterminado y amplio como para denegar buena parte de las peticiones. En general, los fines del proceso —al menos en esta fase de instrucción— se deben limitar a la determinación del delito así como del autor del mismo, por lo que si estas son las finalidades esenciales —más allá de la función preparatoria y aseguradora de la instrucción— aparentemente poco las comprometerá que se dé información a terceros cuando ya las partes disponen de acceso a la causa. Por consiguiente, los *fines del proceso* estarían relacionados con su tramitación. De esta manera, las peticiones de los terceros no pueden implicar en ningún caso la interrupción o retraso de la tramitación de la causa por lo que si éstas entorpecen el normal desarrollo del proceso el juez podrá denegarlas. Formalmente, la petición de copia de la grabación o de la transcripción no exigirá la comparecencia del interesado ni mayores formalidades, bastando escrito o comparecencia en la Oficina judicial solicitando aquélla.

¿Qué sucederá si el tercero interviniente en las comunicaciones resultara ser la víctima del delito? Si la víctima ha comparecido en forma en la causa constituyéndose como acusación particular, desde luego, tendrá derecho a la copia ya que, como parte del proceso, se le debe dar traslado de las grabaciones y de las transcripciones por medio de copia. Si no ha comparecido, aunque su derecho a recibir información sobre la causa penal se ha visto reforzado por el contenido de los arts. 3, 7 y 13 EVD, no se observa la existencia de un derecho preferencial a recibir copia de las comunicaciones intervenidas, por lo que se le aplicaría el mismo régimen que al resto de sujetos afectados.

Es encomiable el esfuerzo del legislador en aras a procurar la máxima transparencia y respeto por los derechos de los sujetos no investigados que, al intervenir en el proceso de comunicación, ven afectados sus derechos fundamentales. Ahora bien, con independencia del derecho a ser conocedores de la injerencia y, en su caso, a recibir

copia de la conversación o pasaje en el que intervinieron, no se deriva ningún derecho más. La cuestión no es anecdótica. De hecho, en la STEDH de 3 de febrero de 2015, *As. Prutenau vs. Rumanía* se valora la posibilidad de que aquellos sujetos afectados por la medida puedan ejercitar acciones encaminadas a recibir una compensación económica por haber soportado la injerencia; asimismo se contempla la eventual impugnación de la medida de investigación al haberse provocado una injerencia de los derechos del tercero sin haber evaluado previamente el sacrificio. RODRIGUEZ LAINZ¹³⁷ considera que no se puede negar la existencia de un derecho al resarcimiento como consecuencia de la captación no legítima de las comunicaciones. Esta reclamación podría fundamentarse en el mal funcionamiento de la Administración de justicia o bien mediante el ejercicio de acciones penales y civiles frente a los responsables de la injerencia¹³⁸. Adicionalmente, también cabría peticionar la destrucción de las grabaciones originales donde interviniera el tercero cuando se hubieran obtenido de forma ilegítima.

En definitiva, una previsión respetuosa con los derechos de los terceros afectados por la investigación pero cuya efectividad se haya condicionada a rigurosas circunstancias que la convertirán, en la práctica, de escasa aplicabilidad.

2. INCORPORACIÓN AL PROCESO DE DATOS ELECTRÓNICOS DE TRÁFICO O ASOCIADOS

La Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 2002, define los datos de tráfico en su art. 2 como

137. *El secreto de las telecomunicaciones...*, ob. cit., pág. 219.

138. En concreto, por la conducta prevista en el art. 536 CP: *la autoridad, funcionario público o agente de éstos que, mediando causa por delito, interceptare las telecomunicaciones o utilizare artificios técnicos de escuchas, transmisión, grabación o reproducción del sonido, de la imagen o de cualquier otra señal de comunicación, con violación de las garantías constitucionales o legales, incurrirá en la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público de dos a seis años. Si divulgare o revelare la información obtenida, se impondrán las penas de inhabilitación especial, en su mitad superior y, además, la de multa de seis a dieciocho meses.*

Durante el año 2015 las reformas acometidas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal han ido encaminadas, esencialmente, al fortalecimiento de las garantías procesales, la agilización de la justicia penal y la regulación de las medidas de investigación tecnológica. Con respecto a esta última cuestión, aunque la ausencia de previsión legal no había sido obstáculo para que el juez instructor acordara la práctica de diligencias de instrucción de carácter tecnológico, eran numerosas las voces que exigían al legislador una regulación expresa. En este sentido, a través de la LO 13/2015 se da cobertura legal a las medidas de investigación tecnológica.

En la actualidad, la norma procesal establece mecanismos de investigación que, como la interceptación de las comunicaciones telemáticas, la utilización de dispositivos técnicos de seguimiento, o el registro remoto sobre equipos informáticos, hacen uso de medios tecnológicos en aras a investigar el delito. En la presente obra se realiza un examen descriptivo de la actual regulación que se complementa con una visión crítica. La finalidad, en última instancia, es ofrecer un análisis detallado de las medidas de investigación tecnológica así como sugerir elementos de reflexión que permitan valorar su alcance y eficacia.

ISBN: 978-84-9090-242-4



9

788490

902424



3652K28164



UNE-EN ISO 9001

ER-0280/2005



UNE-EN ISO 14001

GA-2006/0100