

COLEGIO UNIVERSITARIO DE ESTUDIOS FINANCIEROS

GRADO EN DERECHO

TRABAJO DE FIN DE GRADO



**LA PRUEBA ELECTRÓNICA EN EL PROCESO
PENAL ESPAÑOL**

Autor: García Ávila, Rodrigo

Tutor: Prof. Dr. D. Zarzalejos Nieto, Jesús María

Madrid, junio de 2019

ÍNDICE:

ABREVIATURAS:	4
1. INTRODUCCIÓN	5
2. LA PRUEBA EN LA ERA DIGITAL	6
2.1 Concepto y características	6
2.2 Clases de pruebas electrónicas	7
2.2.1 Documento electrónico.....	7
2.2.2 Correo electrónico.....	8
2.2.3 Mensaje de teléfono (SMS)	10
2.2.4 Mensajería instantánea (Whatsapp).....	11
2.2.5 Página Web.....	11
CASO PRÁCTICO	12
SUPUESTO DE HECHO	12
3. PRIMERA PREGUNTA	13
3.1. INTRODUCCIÓN	13
3.2 VALORACIÓN JUDICIAL DE LA PRUEBA	14
3.2.1 Elementos para la valoración de la prueba electrónica o digital.....	14
3.2.1.1 Postura procesal de las partes	14
3.2.1.2 Libre valoración de la prueba	16
3.2.1.3 Autenticidad e integridad de la prueba.....	19
3.2.1.4 La valoración conjunta de la prueba	20
3.3. CONCLUSIÓN	21
4. SEGUNDA PREGUNTA	22
4.1. INTRODUCCIÓN	22
4.2. INSTRUCCIÓN DEL PROCESO PENAL	22
4.2.1 La instrucción	22
4.2.1.1 Características de la instrucción.....	22
4.2.1.2 Reglas básicas de la instrucción.....	23
4.2.2 La investigación prejudicial.....	24
4.2.2.1 Ministerio Fiscal	24
4.2.2.2 Policía Judicial.....	25
4.3. CONCLUSIÓN	26
5. TERCERA PREGUNTA	30

5.1. INTRODUCCIÓN	30
5.2. PRUEBA PROHIBIDA Y PRUEBA ILÍCITA.....	30
5.2.1 Concepto.....	30
5.2.2 Prueba prohibida	30
5.2.3 Prueba ilícita.....	31
5.3. OBTENCIÓN Y APORTACIÓN DE LA PRUEBA.....	32
5.3.1 Introducción.....	32
5.3.2 Garantías en la obtención de la prueba	34
5.3.3 La cadena de custodia.....	34
5.3.4 Aportación de la prueba al juicio	35
5.4. ESTUDIO JURISPRUDENCIAL.....	35
5.4.1 Introducción.....	35
5.4.2 La sentencia del Tribunal Supremo 116/2017, Sala Segunda de 23 de febrero.....	40
5.5. DICTAMEN.....	43
6. CONCLUSIONES.....	44
7. BIBLIOGRAFÍA.....	46

ABREVIATURAS:

LECrím: Ley de Enjuiciamiento Criminal

LEC: Ley de Enjuiciamiento Civil

CP: Código Penal

CE: Constitución Española

LOPJ: Ley Orgánica del Poder Judicial

STS: Sentencia del Tribunal Supremo

STC: Sentencia del Tribunal Constitucional

1. INTRODUCCIÓN

El avance de la tecnología origina una gran variedad de cambios en un nuestras vidas que nos afectan en múltiples ámbitos. Estos también afectan a como entendemos el derecho y es por ello que este se tiene que ir adaptando a los cambios que dicho progreso supone.

Dichos avances han supuesto alteraciones en el proceso judicial, que para adaptarse a los nuevos tiempos ha tenido que añadir elementos innovadores, siendo uno de estos el tema que se tratará en este trabajo: La prueba electrónica.

Este tipo de prueba en el mundo actual es especialmente relevante, ya que en este momento la mayoría de relaciones personales y comerciales tienen algún elemento en soporte electrónico que puede servir como prueba, y que en muchos casos pueden resultar de extrema utilidad.

En el ámbito del derecho, los elementos tecnológicos han supuesto cambios en todas las esferas del mismo al estar la sociedad actual en un alto contacto con estos. Desde la existencia de los elementos tecnológicos se han dado dos cambios importantes en el Derecho, el primero es que debido a su utilidad estos han tenido que ser considerados como fuentes de prueba muy relevantes y utilizadas, y el segundo son los delitos cometidos a través de elementos tecnológicos.

Con este trabajo se tratará primero, como se ha incorporado la prueba electrónica como fuente de prueba en el proceso penal español y cuales son sus ventajas e inconvenientes principales a la hora de incorporarse al proceso; y segundo, como son valoradas estas pruebas y que eficacia tienen.

2. LA PRUEBA EN LA ERA DIGITAL

2.1 Concepto y características

La prueba electrónica o en soporte electrónico, se puede definir como, la información contenida en un dispositivo electrónico a través del cual se obtiene conocimiento de un hecho controvertido, ya sea por el convencimiento psicológico o fijando dicho hecho como no controvertido atendiendo a alguna norma legal.

También se puede considerar esta, como toda información de carácter probatorio que este contenida en un medio electrónico o que sea transmitida por dicho medio. Los elementos principales de dicha definición, cuando se utilicen en el proceso penal serían:

- 1) Puede ser cualquier tipo de información.
- 2) Debe ser producida o transmitida por medios electrónicos
- 3) Puede tener efectos para acreditar hechos en la investigación de todo tipo de infracciones penales no limitándose solo a los delitos informáticos.

Lo que supone esto es que, la fuente de la prueba se encuentra en la información que contiene o que se transmite por el medio electrónico, por otro lado el medio de prueba será la forma en que esta información es incluida en el proceso que por lo general será como prueba documental, pericial o testifical.

Algunas de las características que diferencian a la prueba electrónica de la prueba convencional sería que son:

- Intangibles: las evidencias electrónicas se encuentran en formato electrónico, lo que supone que se pueden crear tantas copias como se quiera pudiendo suponer un problema a la hora de hacer una distinción con el original, ya que las copias y el original pueden ser idénticos, pero siguiendo un criterio cronológico y con ayuda de los “datos de tráfico”, puede distinguirse el primer documento ya que estos suelen conservar datos relativos a su fecha de creación.
- Volátiles: como se menciona en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 300/2015 de 19 mayo 2015, 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. Es por ello que están sujetas a la posibilidad de que estas hayan sido modificadas.

- Delebles: las evidencias electrónicas pueden ser eliminadas y los soporte físicos en los que se almacenan destruidos.
- Parciales: las evidencias electrónicas se pueden encontrar en una gran variedad de soportes, pudiendo ser estos físicos o virtuales, y estos podrán estar en poder nuestro, de la parte contraria o de un tercero.
- Intrusivas: en ocasiones, la obtención de evidencias digitales puede afectar a derechos fundamentales del artículo 18 CE, como pueden ser el derecho a la intimidad, al secreto de las comunicaciones o a la autodeterminación informativa. (Pinto, 2017, pp. 26-29)

2.2 Clases de pruebas electrónicas

2.2.1 Documento electrónico

Para dar una definición, usare la dada por Illán Fernández, que dice que son documento electrónico “todos aquellos objetos materiales en los que puede percibirse una manifestación de voluntad o representativos de un hecho de interés para el proceso que pueda obtenerse a través de los modernos medios reproductivos como la fotografía, la fonografía, la cinematografía, el magnetófono, las cintas de video, los discos de ordenador y cualesquiera otros similares” (Pinto,2017)

El magistrado Abel Lluch propone tres concepciones referentes al documento electrónico.

La primera sería una concepción amplia del mismo que concibe como documento electrónico aquel en cuya elaboración haya intervenido cualquier forma informática, siendo estos por ejemplo las pruebas creadas a través de la informática como un email o cualquiera procedente de un medio de reproducción o almacenamiento. La segunda entiende como documento electrónico aquel en el que ha intervenido en cualquiera de sus fases un equipo informático. Por último la tercera que sería la concepción más estricta que considera documento electrónico los documentos contenidos en un equipo o soporte informático (Lluch, 2011). Siendo esta última postura la utilizada por la ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

Características básicas del documento electrónico:

- Soporte: sería el objeto que se puede llevar al juzgado en el que está contenido, para que pudiese ser examinado en un proceso.

- Contenido: la información real grabada es en realidad un código binario que requiere de una intermediación para que pueda ser inteligible. Esto supone que para su exteriorización son necesarios medios reproductivos que son un programa de software, que a su vez requieren un elemento auxiliar que sería el dispositivo físico que se este usando para que se pueda mostrar el contenido y que este pueda surtir efecto en el proceso correspondiente.
- Autor: conocer la autoría real de un documento electrónico puede ser una tarea complicada en muchas ocasiones, esto se debe al hecho de que en ciertas situaciones lo único que se puede conocer con certeza es que el archivo ha sido creado en un ordenador concreto, sin poder esclarecer la autoría de dicho archivo.

En el caso de los documentos electrónicos una de las maneras más efectivas de aportar certeza sobre su autoría es mediante la firma electrónica, mediante esta, se añade al documento una información específica que sirve como autenticación de que la persona que aparece como firmante, es efectivamente la persona que está suscribiendo el texto. Pero para que esto sea así y la firma electrónica adquiera el mismo valor que la manuscrita es necesario que cumpla una serie de requisitos establecidos en el artículo 3.3 de la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica¹.

- Fecha: por lo general la fecha en los documentos electrónicos, es añadida automáticamente por el programa utilizado para la creación de este, pero ha de tenerse en cuenta que esta no es directamente fiable, ya que esta puede ser modificada por el usuario. (Pinto, 2017, pp. 38-43y Lluch, 2009, pp. 37-40)

2.2.2 Correo electrónico

Concepto y funcionamiento

Se entenderá por correo electrónico, todo aquel mensaje de texto, voz, sonido o imagen enviado a través de una red de comunicaciones pública que pueda almacenarse

¹ “Se considera firma electrónica reconocida la firma electrónica avanzada basada en un certificado reconocido y generada mediante un dispositivo seguro de creación de firma.”

en la red o en el equipo terminal del receptor hasta que este acceda al mismo, siendo esta la definición dada por el artículo 2.h de la Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo.

Es un sistema en el que se remite un mensaje por parte de un usuario a otro mediante una red de telecomunicación. Funciona mediante una arquitectura cliente/servidor, el mensaje es creado por un programa de correo cliente, que envía el mensaje al servidor (MTA-Mail Transport Agent) siendo este el que lo redirige al servidor del correo del destinatario.

El correo electrónico está compuesto por dos partes:

- 1ª.) Contenido del mensaje con sus anexos: texto, imagen, audio, video, etc.
- 2ª.) Datos de tráfico: fecha, hora, duración, origen y destino.

Ambas partes son valiosas para la investigación y prueba del delito.

Cuando se envía un correo electrónico, este no va directamente a su destinatario como se ha mencionado anteriormente, en el proceso hasta llegar a su destinatario, pasa por diversas máquinas que lo dirigen y que ponen su “sello” o huellas en el mensaje, gracias a estas podemos saber desde que dirección IP se ha remitido un email concreto.

Los correos, pueden ser almacenados por su emisor y/o destinatario por el tiempo que deseen, pudiendo estar estos almacenados en su dispositivo o en el servidor. Pero estos también pueden ser borrados por cualquiera de las dos partes, pero pese a que alguna o ambas partes borren un mensaje, las operadoras pueden guardar copias de seguridad de los correos durante cierto tiempo.

Para evitar la volatilidad de esta prueba electrónica, se suele solicitar a un Notario que levante acta de protocolización o de presencia en la que refleje que correos constan en el buzón de entrada o enviados. En el caso de que dichos mensajes se impugnasen, ya sea por su remisión o su manipulación, deberá aportarse un dictamen pericial informático que esclarezca la situación para permitir que la prueba despliegue sus efectos en el proceso.

El acceso de estos al proceso, será normalmente mediante impresiones en papel. Por ello, estos tendrán la clasificación de documentos privados, aunque como se ha mencionado anteriormente también podrán incorporarse a un acta notarial para ver reforzada su eficacia probatoria. Nada impide que estos puedan entrar al proceso por otros

medios como podría ser un dispositivo de almacenamiento como indica el artículo 384 LEC. (Delgado, 2018)

La prueba de mail en el proceso

La acreditación de un correo se puede dar por cualquiera de los dispositivos usados para su remisión o recepción, o por cualquiera de los servidores involucrados. El grado de eficacia probatoria será independiente al caso concreto, así como la dificultad que se pueda dar para acceder a estos.

- Contenido:

Dependiendo del sistema de correo electrónico usado, los correos se almacenaran en el servidor hasta que el usuario decida eliminarlo, aunque como se mencionó anteriormente estos pueden seguir posteriormente por un tiempo en los servidores.

Hay dos protocolos de recuperación de mensajes en servidores, el Post Office Protocol (POP) y el Internet Message Access Protocol (IMAP). La diferencia entre estos es que los servidores de correo POP, suelen estar configurados para que automáticamente borren los correos de los servidores cuando el usuario los borra, mientras que en los que usan IMAP, los correos se conservan en el servidor para que el usuario pueda acceder posteriormente a ellos.

- Otros datos:

A la hora de aportar el correo al proceso, no solo es importante el contenido, sino también la incorporación de datos técnico-operativos, (direcciones IO, IP's temporales, dirección Mac,...), de metadatos (de cuentas o de actividad) o contenidos de comunicaciones (por ejemplo, cuerpo de un mail o de un mensaje transmitido telemáticamente).

2.2.3 Mensaje de teléfono (SMS)

El SMS se trata de una aplicación incluida en todos los teléfonos móviles, que permite enviar mensajes de texto de hasta 140 caracteres.

Es un sistema de almacenamiento y envío, al remitir un SMS, se envía el mensaje a un SMSC (centro de servicios de mensajes cortos-Short Message Service Center) del operador del usuario, y este es el encargado de remitírselo al destinatario.

La problemática que presenta el SMS, es que como ocurre con el correo electrónico, esta es una comunicación en canal cerrado en la que los datos se envían por servidores, encontrándose por ello amparados por la protección del secreto de las comunicaciones.

2.2.4 Mensajería instantánea (Whatsapp)

Estos permiten a sus usuarios compartir mediante el uso de una aplicación que ponen a su disposición toda clase de datos, en el caso de Whatsapp, la información no es guardada en servidores, sino que se guarda en los dispositivos usados para la comunicación.

En cuanto a que información de estos será útil en el proceso, serán relevantes los datos de tráfico generados durante la conversación, estos son los datos que circulan por la red de telecomunicaciones conjuntamente con las comunicaciones electrónicas y que no pueden sustituir el contenido real de la conversación, y el contenido real de las conversaciones.

Cuando la prueba electrónica provenga de un programa de mensajería instantánea, se tendrán que tener en cuenta la posibilidad de que estos puedan estar manipulados o que la autoría de los mismo no corresponda al titular que se supone transmitió dichos datos. (Delgado, 2018)

2.2.5 Página Web

Es un documento electrónico al que se accede a través de internet introduciendo un enlace o mediante un buscador (como Google o Yahoo!) y se necesita una herramienta de software de navegación (como Google Chrome o Mozilla Firefox). La información de una página web, puede ser de libre acceso o privada. Pueden presentar problemática a la hora de determinar quien es el autor de la página web en si, o quien es el autor de un contenido concreto en esta.

CASO PRÁCTICO

SUPUESTO DE HECHO

Julio es novio de Andrea, sobre la que ejerce un control obsesivo de sus hábitos, de su forma de vestir y de sus relaciones de amistad. La relación se deteriora con el tiempo y Julio, crispado por el distanciamiento de Andrea, comienza a enviarle mensajes amenazantes a través de “whatsapp”. Le advierte de que va a difundir fotografías íntimas suyas, de que va a hacer daño a sus familiares y de que tiene que volver con él o si no la matará. Andrea no soporta más las amenazas y acude a la Comisaría de Policía de su barrio, para denunciar los hechos, aportando “pantallazos” impresos de las conversaciones. Sin embargo, como quiera que los agentes se muestran escépticos sobre el futuro de la denuncia porque es difícil probar que los mensajes realmente han sido enviados por Julio, Andrea decide quedar con éste en un bar para coger su móvil y mostrárselo a la Policía. Durante un encuentro en el que Andrea simula ante Julio un deseo de volver con él, aprovecha que su ex novio va al cuarto de baño y coge su móvil, que estaba guardado en la cazadora. Julio no advierte la sustracción de su móvil y Andrea acude rápidamente a Comisaría para mostrar a los policías que la atendieron las conversaciones que aparecen en el móvil de Julio. Andrea dice a los agentes que Julio le ha dejado el móvil porque le ha dicho que el suyo está estropeado y les convence de que debe devolvérselo. Los policías, después de cotejar las conversaciones que aparecen en ambos móviles, planean detener a Julio en cuanto vuelva al bar a buscar su móvil, para lo cual uno de los agentes dejará el móvil en el cuarto de baño del bar y esperarán a que avisen a Julio de que lo han encontrado. Cuando así sucede, Julio es detenido por la Policía.

3. PRIMERA PREGUNTA

Exponga las directrices de la jurisprudencia sobre la eficacia probatoria en los procesos penales de los mensajes de “whatsapp” y de otros sistemas de mensajería instantánea (con referencia a los mecanismos de impugnación y de verificación pericial de la autenticidad de los mensajes)

3.1. INTRODUCCIÓN

En este caso concreto estaríamos frente a unos mensajes enviados a través del servicio de mensajería instantánea Whatsapp. Pero, antes de entrar en el fondo de la cuestión, ha de puntualizarse, que en lo relativo a este tema, tanto la ley como la jurisprudencia no hacen una separación concreta de los diferentes medios de mensajería instantánea; tampoco los califica específicamente como documental de mensajería instantánea, sino que la considera como prueba electrónica de forma genérica; su valoración será generalmente como la de cualquier otro soporte electrónico, teniendo en cuenta las especialidades que se den por el medio concreto que sería la aplicación Whatsapp.

Como definición de lo que es un documento electrónico, seguiremos la definición que le dan los artículos 3.5 y 3.6 de la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica, *“Se considera documento electrónico la información de cualquier naturaleza en forma electrónica, archivada en un soporte electrónico según un formato determinado y susceptible de identificación y tratamiento diferenciado.*

Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo anterior, para que un documento electrónico tenga la naturaleza de documento público o de documento administrativo deberá cumplirse, respectivamente, con lo dispuesto en las letras a) o b) del apartado siguiente y, en su caso, en la normativa específica aplicable.

El documento electrónico será soporte de:

- 1.) Documentos públicos, por estar firmados electrónicamente por funcionarios que tengan legalmente atribuida la facultad de dar fe pública, judicial, notarial o administrativa, siempre que actúen en el ámbito de sus competencias con los requisitos exigidos por la ley en cada caso.*

2.) *Documentos expedidos y firmados electrónicamente por funcionarios o empleados públicos en el ejercicio de sus funciones públicas, conforme a su legislación específica.*

3.) *Documentos privados.*”

Y como continúa explicando el art.3, estos documentos tendrán el valor y la eficacia jurídica que corresponda a su respectiva naturaleza, de conformidad con la legislación que les sea aplicable. Por ello cada prueba electrónica tendrá una eficacia probatoria distinta dependiendo de que tipo de documento sea.

3.2 VALORACIÓN JUDICIAL DE LA PRUEBA

En cuanto a la valoración por el Juez o Tribunal de enjuiciamiento de la información o datos presentados, supone otorgarle a una prueba la credibilidad que merece atendiendo al sistema de valoración, que puede estar tasado o ser libre, dependiendo de lo establecido por el legislador.

Si los requisitos de obtención e incorporación se han cumplido, dicha prueba digital podrá desplegar plena eficacia probatoria, siendo entonces valorada por el Juez o Tribunal atendiendo a la sana crítica, como dicta el sistema de libre valoración de la prueba.

La eficacia probatoria de la prueba, dependerá del medio utilizado para su aportación y de la valoración que conjuntamente hará el Juez de las pruebas practicadas en el proceso. La LECrim no hace una mención expresa de la valoración de la prueba mediante documento electrónico en el proceso penal. Por ello el único artículo de aplicación sería el genérico art. 741,1.º LECrim, que establece el principio de libre valoración de la prueba. Por ello se podrá aplicar de forma supletoria la LEC a la hora de valorar la prueba electrónica en el proceso penal.

3.2.1 Elementos para la valoración de la prueba electrónica o digital

3.2.1.1 Postura procesal de las partes

Impugnación

Si no se presenta impugnación de la autenticidad e integridad de la prueba electrónica por ninguna de las partes, el Juez considerará dicha prueba como auténtica e íntegra, y ésta entonces pasará a ser valorada junto con el resto de las pruebas que se hayan practicado de forma válida.

En el proceso penal, la falta de impugnación no llevará a que esta pase a ser considerada prueba tasada directamente como ocurre en el proceso civil. En este caso la prueba deberá ser valorada teniendo en cuenta la sana crítica como establece el artículo 741 LECrim. Claramente el hecho de que no sea impugnada aunque no suponga que pase a ser considerada prueba tasada, facilitará su eficacia probatoria en el proceso.

Si la prueba es impugnada por alguna de las partes, a la hora de valorar la autenticidad e integridad de la prueba el Juez lo hará de nuevo siguiendo la sana crítica, para ello serán relevantes:

1º.) Las alegaciones en las que este basada la impugnación tal y como se establece en el artículo 384.1 LEC, es decir, valorando la calidad de los argumentos que duden de las condiciones de autenticidad o integridad de la prueba. Como ejemplo la STS 300/2015, de 19 de mayo, valoro que se pusiese a disposición del juzgado la contraseña de la red social de la que provenían las conversaciones, para que en el caso de que estas fuesen cuestionadas, pudiesen ser comprobadas mediante informe pericial, no haciendo petición alguna la defensa.

2º.) Los medios de prueba y los dictámenes periciales instrumentales (atendiendo al artículo 382.2 LEC en relación con lo dicho en el 384.2 LEC) que las partes han propuesto, estos son los que intentan hacerla valer tanto como los que tratan de impugnar dicha prueba electrónica, siendo por lo tanto los medios por los que se intenta asegurar la autenticidad e integridad de la prueba electrónica.

Distribución de la carga de la prueba

Al establecerse por norma general un sistema de libre valoración de la prueba, en la que se deja a la sana crítica del juez la valoración de la misma, supone la eliminación de reglas que distribuyan de manera formal la carga de la prueba en caso de impugnación, siendo en estos casos el Juez o el Tribunal, los encargados de valorar los medios probatorios, la apreciación conjunta de la prueba y la postura procesal de las partes, para decidir si consideran cierta prueba eficaz o no.

Cabe añadir, que en el caso de impugnaciones con suficiente peso, se produciría un efecto muy similar al que se da con el desplazamiento de la carga, suponiendo ello a la parte que pretende la validez del medio impugnado la necesidad de aportar medios

probatorios que establezcan la autenticidad e integridad del documento que haya sido impugnado, en la mayoría de casos mediante una prueba pericial. Esto se suele dar en los casos en los que el medio probatorio usado, ha sido únicamente una transcripción o reproducción en papel, ya que en estos casos el riesgo de manipulación es mayor.

A la hora de determinar si la impugnación es relevante, se suele tener en cuenta:

- Que se den razones que fundamenten la impugnación, es decir que no sea una mera impugnación sin respaldo alegatorio
- La diligencia del impugnante a la hora de aportar medios probatorios que puedan contradecir la autenticidad e integridad de la prueba electrónica propuesta por el contrario.

Negación de la presunción de legitimidad de actuaciones policiales

A lo largo del proceso ya sea por la investigación de oficio que se lleve a cabo o por el manejo de las pruebas presentadas por las partes y que son gestionadas por los operativos policiales o sus expertos, ya sea en dependencias policiales o en los lugares de trabajo de los peritos expertos, no se puede presumir, salvo que se demuestre lo contrario que las actuaciones de estos han sido ilegítimas y por lo tanto la carga de la prueba en el caso de alegar que hay un supuesto de ilegitimidad producido por la actuación de la policía no recae sobre estos, para expresarlo con un ejemplo podemos observar lo dicho en la STS 202/2012, de 12 de marzo que precisa que, *"no es preciso acreditar la forma de obtención del número de teléfono de un sospechoso cuando no hay indicios de ilegitimidad en el proceso de obtención de la información, ya que es exigible a los poderes públicos que justifiquen que la restricción de un derecho fundamental se ha realizado con respeto a las reglas, pero no lo es que demuestren que no lo han hecho (SSTS 509/2009, de 13 de mayo ; 309/2010, de 31 de marzo ; 862/2010, de 4 de octubre). Y es que no puede admitirse una presunción de ilegitimidad en la actuación policial cuando no aparecen vestigios serios o rigurosos en tal sentido (85/2011, de 7 de febrero)"* y la STS 173/18 recuerda que hace falta *"algo más que lanzar una mera sospecha, carente de cualquier base, de que pudieron no ajustarse a la realidad"*. (Delgado, 2018)

3.2.1.2 Libre valoración de la prueba

En nuestras leyes procesales, se opta por la libre valoración de la prueba por parte del juez, en contra del sistema de prueba legal o tasada, aun así existen algunos supuestos

de prueba legal en nuestra ley, como los documentos en los que interviene fedatario público.

En las pruebas legales, la ley señala por anticipado al Juez el grado de eficacia que debe atribuir a determinado medio probatorio. Por otro lado en el sistema de prueba libre, el Juez es el que valora atendiendo a las reglas de criterio racional, no significando ello que la valoración sea según la total discrecionalidad o arbitrariedad del Juez, sino que los criterios que use para dicha valoración deberán ser motivados en la sentencia.

Atendiendo ahora mas concretamente a la prueba electrónica, el criterio que se usa en su valoración, es el sistema de libre valoración, ya que según el artículo 384.3 LEC, que es de aplicación a los elementos que puedan archivar, conocer o reproducir datos relevantes para el proceso, establece que *“el tribunal valorará los instrumentos a que se refiere el apartado primero de este artículo conforme a las reglas de sana crítica aplicables a aquéllos según su naturaleza”*. Recordando que como se mencionó anteriormente, este artículo es de aplicación subsidiaria a los procesos en todas las jurisdicciones (art. 4 LEC), dado que no existe un precepto específico sobre valoración de la prueba electrónica en la normativa procesal penal, laboral o contencioso-administrativa.

Consecuencias de la libre valoración de la prueba electrónica

1ª.) La Ley no obliga al Juez a que se den por probados los hechos que surjan de una prueba digital, salvo en el caso de un documento público electrónico.

2ª.) En la Ley no viene determinado que la prueba electrónica solo tenga eficacia probatoria en el caso de que se cumplan una serie de presupuestos legales, cualquier prueba digital puede, en un principio, acreditar hechos relevantes al proceso. Siendo otra cuestión la verosimilitud o eficacia probatoria que le de el Juez.

3ª.) La prueba electrónica será valorada por el Juez atendiendo a los criterios de sana crítica según la naturaleza del soporte en el que se haya aportado dicha prueba electrónica, atendiendo a la lógica, los principios de la experiencia y los conocimientos científicos.

4ª.) La prueba electrónica, al ser un elemento tecnológico, a la hora de su valoración tendrán mucha importancia los conocimientos científicos en la materia, teniendo por ello mucha importancia la prueba pericial en este ámbito.

5ª.) En la valoración de la prueba electrónica, el Juez atendiendo a su sana crítica deberá tener en cuenta la postura procesal de ambas partes respecto de la prueba, especialmente si esta ha sido impugnada por la parte no proponente.

Valoración según las modalidades de documentos electrónicos

Sin tener en cuenta el soporte en el que se encuentren reflejados dicho documentos electrónicos (papel o electrónico), estos pueden a su vez ser calificados como públicos, oficiales o privados. El régimen legal para la valoración del documento electrónico, se encuentra en la Ley de la Firma Electrónica y en la Ley de Enjuiciamiento Civil, siendo estas aplicables a todas las jurisdicciones.

Como se mencionó anteriormente, la valoración de cada tipo de documento electrónico, será distinta según la modalidad en la que quepa incluirlo atendiendo a los artículos 3.7 de la Ley 59/2003, de Firma Electrónica *“tendrá el valor y la eficacia jurídica que corresponda a su respectiva naturaleza, de conformidad con la legislación que les resulte aplicable”* y 384.3 LEC *“el tribunal valorará los instrumentos a que se refiere el apartado primero de este artículo conforme a las reglas de sana crítica aplicables a aquéllos según su naturaleza”*

Hay que resaltar que en el caso de los documentos públicos y de los oficiales, se da una cierta aproximación al sistema legal o de prueba tasada:

- Documentos públicos: siendo estos en los que ha intervenido un fedatario público. Estos harán prueba plena del hecho, acto o estado de las cosas que se vean documentados en ellos, además de su fecha de producción, identidad de sus fedatarios y del resto de personas que intervengan en ella, como se menciona en el artículo 319 LEC. Si estos fuesen impugnados, se procedería al cotejo de dicha copia digital con el original físico, que podrá hacerse directamente por el tribunal sin peritos ni expertos informáticos, salvo en el caso de copia autorizada electrónica prevista en la Ley 24/2001.
- Documentos oficiales: su fuerza probatoria, queda establecida en las leyes que les reconozcan tal carácter. Si no hubiese una disposición expresa en dichas leyes, los hechos, actos o estados de cosas, reflejados en dichos documentos, se consideraran ciertos, a menos que otros medios de prueba desvirtúen la certeza de lo documentado, atendiendo al literal del artículo 319.2 LEC.

- Documentos privados: en estos la valoración dependerá, de la postura procesal de las partes y de la valoración conjunta del acervo probatorio.

3.2.1.3 Autenticidad e integridad de la prueba

En el momento en el que el Juez realiza la valoración de la prueba electrónica, se tendrán especialmente en cuenta dos características: la autenticidad del origen y la integridad del contenido. Si hay dudas respecto a cualquiera de uno de estos dos aspectos, casi con total seguridad, el Juez denegará la fuerza o eficacia probatoria de dicha prueba.

La ley refleja estos conceptos en, el artículo 382.2 LEC cuando menciona “*la autenticidad y exactitud de lo reproducido*” aplicable por expresa remisión del artículo 384.2 LEC, y en el artículo 588 sexies c.1 LECRIM cuando establece que la autorización judicial “*fijará también 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*”; también la Ley Orgánica del Poder Judicial, en su artículo 230.2 dice que “*los documentos emitidos por los medios anteriores, cualquiera que sea su soporte, gozarán de la validez y eficacia de un documento original siempre que quede garantizada su autenticidad, integridad y el cumplimiento de los requisitos exigidos por las leyes procesales*”.

Autenticidad

Se considera que un documento es autentico, cuando el autor aparente del documento coincide con el autor real del mismo. Refiriéndonos a la prueba electrónica, esta se considerará como autentica cuando se garantice la autenticidad del origen de los datos, es decir, que se garantiza la fuente de la que proceden los datos.

Si tras la valoración conjunta de las pruebas, se pone en cuestión la autenticidad de la prueba electrónica practicada, ateniéndose a la sana crítica el Juez negaría la fuerza probatoria de esta.

Integridad

La prueba electrónica se considera que es integra cuando la prueba objeto de valoración, no ha sido modificada ni alterada de manera no autorizada, esto es la aplicación de la cadena de custodia en este ámbito.

Si tras la práctica de la prueba surgieran elementos que indicasen la manipulación de dicha prueba electrónica, como en el caso de la autenticidad, la sana crítica supondría que el Juez niegue la eficacia probatoria de dicha prueba.

Garantías

Cuando se realiza un análisis de los datos que se encuentran en un dispositivo electrónico, es necesario llevarlo a cabo mediante un proceso de “copia forense”, esta es una captura de todos los datos de la fuente de la que proviene la prueba, con ello lo que se consigue es que esta quede inalterada, para que así posteriormente se pueda practicar el informe pericial correspondiente por unidades policiales especializadas o por peritos informáticos no públicos.

Hay varias normas internacionales que tocan el tema, RFC 3227 (2002) Directrices para la recopilación de evidencias y su almacenamiento; ISO/IEC 27037 (2012) Guía para la Identificación, recolección, adquisición y preservación de evidencia digital.

El elemento más usado a la hora de establecer que los datos que se encuentran en un dispositivo no han sido alterados posteriormente es el código hash, que se calcula a partir de un algoritmo de cifrado estándar (MD5, SHA-1, SHA-256, SHA-512, etc.). Es un algoritmo matemático que se realiza sobre el conjunto de los datos contenidos en un concreto dispositivo o soporte digital: su resultado genera un valor de 32 o más dígitos, en el caso de que se modificase aunque fuese un solo bit de información, el valor del código hash cambiaría.

3.2.1.4 La valoración conjunta de la prueba

Concepto

En el momento en el que se proceda por el Juez o Tribunal a la valoración de la prueba, esta no será apreciada de forma individual, sino que lo harán relacionándola con el valor probatorio del conjunto de pruebas restantes practicadas durante el proceso. Para que no se lleguen a dar situaciones como que una decisión injustificada pase desapercibida, se siguen una serie de procedimientos, que son los siguientes:

1º.) Juicio de admisibilidad: serán valoradas las pruebas que hayan cumplido los siguientes requisitos para su incorporación al proceso: a.) Pertinencia y necesidad; b.) Licitud; c.) Cumplimiento de los requisitos procesales (admisibilidad procedimental).

2º.) Delimitación del acervo probatorio: se han de identificar con claridad el conjunto total de las pruebas que el tribunal debe valorar, categorizándolas por pruebas de cargo o de descargo.

3º.) Ponderación individualizada de cada prueba: siguiendo el sistema de libre valoración, mediante la sana crítica del Juez, este determinará el grado de eficacia individualizado de cada prueba.

4º.) Decisión: esta se verá reflejada en la sentencia, en la que justificará mediante las pruebas y su grado de eficacia, que hechos considera que han sido probados y cuales no.

Motivación de la valoración de la prueba

En la sentencia dictada, se tienen que dar las razones que han llevado al Tribunal para acreditar o no unos hechos, exponiendo las pruebas que se han practicado y justificando las razones que le han llevado a dar la eficacia probatoria a las pruebas en las que se fundamente la sentencia. Así se puede tener un mejor control de la prueba en la segunda instancia y por ende un control también en el caso de que haya casación.

La necesidad de la motivación, viene dada por la Constitución Española, como podemos ver en sus artículos 24.1 en el que se dice que *“Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión”* y en el 120.3 *“Las sentencias serán siempre motivadas y se pronunciarán en audiencia pública”*

3.3. CONCLUSIÓN

Teniendo en cuenta todo lo mencionado en este apartado, en cuanto al valor probatorio de los mensajes de Whatsapp aportados por Andrea, sin tener en cuenta si la prueba es lícita o ilícita en lo que se refiere a como se obtuvieron, podríamos concluir que esta prueba electrónica, se puede calificar como auténtica e íntegra. Para justificar esta opinión nos remitimos a la STS 300/2015 de 19 May. 2015, Rec. 2387/2014 mencionada ya anteriormente, en la que se dice lo siguiente *“Pues bien, en el presente caso, dos razones son las que excluyen cualquier duda. La primera, el hecho de que fuera la propia víctima la que pusiera a disposición del Juez de instrucción su contraseña de Tuenti con el fin de que, si esa conversación llegara a ser cuestionada, pudiera asegurarse su autenticidad mediante el correspondiente informe pericial debido a que la parte no solo*

entrego su propio terminal para que accediese, sino que además entrego el móvil de la otra parte involucrada”.

Siendo este un caso muy similar al que se estudia en la Sentencia de referencia, en el que se entregan los dos terminales, se puede considerar que se da una apariencia clara de veracidad a la prueba aportada, ya que al tener ambos dispositivos si fuese impugnada por la otra parte, los expertos y los peritos que se involucrasen tendrían acceso a los terminales para certificar si dicha prueba es autentica y es íntegra.

4. SEGUNDA PREGUNTA

En el caso de Julio y Andrea, valore si las reservas de los policías estaban justificadas o, por el contrario, debieron actuar sin esperar a que Andrea se presentara con el móvil de Julio.

4.1. INTRODUCCIÓN

La estructura básica del proceso penal se puede dividir en dos fases, siendo la primera la instrucción, que recibirá el nombre de sumario en el proceso ordinario o diligencias previas en el abreviado; la segunda, es la fase de plenario o juicio oral. El fin de esta separación es garantizar la imparcialidad del órgano que va a juzgar. El objeto de la fase de instrucción es el de investigar los hechos, identificar e imputar a los posibles responsables, localizar y conservar pruebas del delito, imposición de medidas cautelares personales y reales, y decidir si se archiva la causa o se continua con la fase intermedia hasta el juicio oral, todo ello viene reflejado en el artículo 299 LECrim. (Zarzalejos, 2018, pp. 143-144)

4.2. INSTRUCCIÓN DEL PROCESO PENAL

4.2.1 La instrucción

4.2.1.1 Características de la instrucción

1ª.) Jurisdiccionalidad: la naturaleza de la instrucción es principalmente jurisdiccional, supone la valoración de unos hechos, su inserción en el supuesto de una norma y la determinación de la consecuencia jurídica de estos. Instruir no supone solo la labor de investigación, sino que también incluye adoptar medidas cautelares e imputar responsabilidades civiles y penales a los investigados cuando sea oportuno.

2ª.) Inquisitorialidad: el principio que rige la instrucción es el de oficialidad, debido al carácter público del interés que hay en el proceso penal, es por ello que el Juez instructor puede iniciar el proceso, investigar e imputar de oficio. Hay limitaciones de carácter acusatorio a esta capacidad del Juez instructor, ya que hay delitos que solo podrán investigarse o juzgarse si hay una denuncia o una querrela por parte de la víctima, no podrá imponer medidas cautelares si no es a instancia de parte acusadora o de Ministerio Público y tampoco podrá abrir juicio oral, si no hay acusador que lo solicite.

La incoación de una instrucción deberá fundarse en el conocimiento de un hecho delictivo o noticia criminis, o que se de información de un hecho que tenga apariencia delictiva.

3ª.) Sumariedad: no debe ser exhaustiva, sino que debe ser suficiente como para poder decidir si hay o no motivos para abrir juicio oral, a ello se refiere el artículo 324 LECrim al mencionar “*la más pronta terminación del sumario*”.

4ª.) Secreto: las diligencias de la instrucción son secretas, por norma general, para los que no estén personados en la causa, hasta que comience el juicio oral, lo que supondrá que nadie a excepción de las partes personadas pueden conocer su contenido. Ahora bien, podrán ser secretas también para las partes, si así lo deciden el Juez de instrucción, a propuesta del Ministerio Fiscal o de alguna de las partes, cuando así lo acuerde expresamente motivándolo en auto, y por plazo que no podrá superar el mes, pudiendo declararlo total o parcialmente secreto para todas las partes personadas, excepto para el Ministerio Fiscal. En el caso de que se practiquen diligencias de investigación tecnológicas del artículo 588 bis a y ss. LECrim, podrá formarse con ellas una pieza separada y secreta “*sin necesidad de que se acuerde expresamente el secreto de la causa*” tal y como dice el artículo 588 bis d LECrim. (Zarzalejos, 2018, pp.143-146)

4.2.1.2 Reglas básicas de la instrucción

El artículo 299 LECrim, podría darnos a entender que la instrucción tiene una finalidad incriminatoria, pero en el artículo 2 LECrim se establece el principio de neutralidad, que impone a las autoridades que intervengan a “*consignar y apreciar las circunstancias así adversas como favorables al presunto reo*”. Los órganos del Estado deben velar por las garantías de los encausados, estableciendo un equilibrio entre sus derechos fundamentales y el cumplimiento del fin de la instrucción.

La competencia para la instrucción de los procesos por delito corresponderá al Juez de instrucción del partido judicial del lugar donde se haya cometido el delito (art. 303 LECrim). El sumario se forma bajo la inspección del Fiscal, al cual el Juez de instrucción le dará cuenta inmediata de la incoación de la instrucción y ante el Letrado de la Administración de Justicia.

Con la reforma de la LECrim con la Ley 14/2015, se instauró el régimen temporal para la instrucción de las causas penales. El nuevo artículo 324 LECrim estipula que la instrucción no podrá durar más de 6 meses desde la incoación del sumario o desde el inicio de las diligencias previas. Solo en el caso de que por solicitud del Ministerio Fiscal y previa audiencia de las partes, el Juez de instrucción considerara la instrucción como compleja y podría aumentar el plazo a 18 meses.

Transcurrido el plazo de instrucción el Juez dictara de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal, el auto de conclusión del sumario, artículo 622 LECrim, o el auto previsto por el artículo 779 LECrim, para las diligencias previas. (Zarzalejos, 2018, pp. 146-148)

4.2.2 La investigación prejudicial

4.2.2.1 Ministerio Fiscal

El Ministerio Fiscal podrá recibir denuncias y atestados policiales, ante estos tendrá tres opciones: archivar la denuncia, remitirla al Juzgado o iniciar una investigación propia.

El que nos interesa en este apartado es la investigación propia, esta será prejudicial, es decir, que en el caso de que un Juez de instrucción empezase a investigar los hechos que están siendo investigados por la fiscalía, estos tendrían que cesar. La Fiscalía, podrá realizar las diligencias que considere oportunas siempre que estas no sean las consideradas como limitativas de derechos fundamentales, para las que es necesaria una autorización judicial. Las diligencias practicadas por la Fiscalía tendrán presunción de autenticidad.

A la hora de realizar la investigación, la Fiscalía deberá regirse por los principios reflejados en su estatuto orgánico que dicta que se sigan los principios de contradicción, proporcionalidad y defensa.

La STS 980/2016, de 11 de enero, establece basándose en principios constitucionales de la función jurisdiccional y del derecho de la defensa, que el sujeto investigado por el Ministerio Fiscal, no tendrá menos derechos que el investigado por órgano judicial y que las diligencias practicadas por el Ministerio Fiscal no tendrán el carácter de preconstituidas.

4.2.2.2 Policía Judicial

La policía judicial, puede actuar también en la investigación, ya sea de forma preventiva, siendo esta la situación en la que actúan de oficio para la averiguación de hechos delictivos que se hayan cometido en su demarcación o actuando bajo las instrucciones del Ministerio Fiscal o del órgano judicial. La ley le permite realizar las primeras diligencias de investigación de un delito, a través de sus funcionarios que se trasladen al lugar donde se han cometido los hechos delictivos. Cuando estos funcionarios comiencen este tipo de actuaciones, pasaran a ser considerados policía judicial y se encontrarán sometidos a la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección ciudadana. En el caso de que actuase bajo las ordenes del Juez instructor, estaríamos ante verdaderas diligencias, pero si es bajo las órdenes del Ministerio Fiscal, su investigación sería al igual que cuando la hacen por su cuenta de carácter preliminar.

La Ley regula en varios textos la regulación y el funcionamiento de esta:

- La Constitución, en su artículo 126 en la que establece que *“La policía judicial depende de los Jueces, de los Tribunales y del Ministerio Fiscal en sus funciones de averiguación del delito y descubrimiento y aseguramiento del delincuente, en los términos que la ley establezca.”*
- La LECrim, en sus artículos 282 a 298 y 769 a 772, en los que se recogen sus obligaciones, limitaciones, jerarquía interna a la hora de investigar, la toma de testimonios, pautas para la recogida y custodia de los efectos, objetos y pruebas del delito, como se documentaran las actuaciones, el atestado y que información se les deberá dar a los investigados y a las víctimas.

Cuando la investigación pase al control del Juzgado de instrucción o del Ministerio Fiscal, terminarán las diligencias de prevención policiales y la policía recogerá los resultados de la investigación en un atestado policial y lo remitirá o al Ministerio Fiscal o al Juez de instrucción.

4.3. CONCLUSIÓN

Si relacionamos todo lo que se ha explicado sobre como se inicia el proceso penal y que se debe hacer por parte de las instituciones que reciben el conocimiento de la existencia de un hecho delictivo al caso de Andrea, podremos establecer las siguientes conclusiones.

En ningún caso las reservas de los policías están fundadas por las siguientes razones:

1ª.) Atendiendo al artículo 269 LECrim, a la hora de presentar una denuncia no es necesario presentar ninguna prueba, ya que como se ha resaltado en varias ocasiones en la explicación anterior, la denuncia es un mero instrumento de transporte del conocimiento del hecho delictivo a los que legalmente estén autorizados para iniciar el proceso penal. Además el hecho de que no sea necesario presentar prueba alguna se debe a que se considera que la policía, el Juzgado o el Ministerio Fiscal deben de ser también los encargados de investigar el delito y recopilar las pruebas para determinar si se ha cometido un delito o no, aunque la parte también pueda participar en el proceso ya sea aportando pruebas con la denuncia (o atestado policial) o con la querrela.

2ª.) Los policías no tienen la capacidad para juzgar el valor de una prueba presentada por el denunciante, ya que eso será trabajo del Juez en el momento de valorar las pruebas, y menos aún deberían expresar sus reservas a la denunciante cuando son estos los que deberían de realizar las diligencias oportunas para recopilar pruebas que determinen si existe delito o no.

3ª.) Atendiendo al Código Penal en su artículo 169 que dice que *“El que amenazare a otro con causarle a él, a su familia o a otras personas con las que esté íntimamente vinculado un mal que constituya delitos de homicidio, lesiones, aborto, contra la libertad, torturas y contra la integridad moral, la libertad sexual, la intimidad, el honor, el patrimonio y el orden socioeconómico, será castigado:*

1.º Con la pena de prisión de uno a cinco años, si se hubiere hecho la amenaza exigiendo una cantidad o imponiendo cualquier otra condición, aunque no sea ilícita, y el culpable hubiere conseguido su propósito. De no conseguirlo, se impondrá la pena de prisión de seis meses a tres años.

Las penas señaladas en el párrafo anterior se impondrán en su mitad superior si las amenazas se hicieren por escrito, por teléfono o por cualquier medio de comunicación o de reproducción, o en nombre de entidades o grupos reales o supuestos.”

Se puede establecer que hay un delito de amenazas condicional con agravante por realizarse mediante mensajería instantánea y además estaríamos ante una modalidad específica de supuesto de violencia de género, al tratarse de amenazas dirigidas a quien sea o haya sido su esposa o pareja, aunque no convivan juntos.

Ante esta situación es aplicable lo establecido en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, esta en su artículo 31 se refiere a las Fuerzas y Cuerpos de seguridad del estado y en su punto tercero se establece que *“La actuación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad habrá de tener en cuenta el Protocolo de Actuación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y de Coordinación con los Órganos Judiciales para la protección de la violencia doméstica y de género.”*

En este se establece la forma de actuación para la protección de la víctimas de violencia de género y doméstica, que comienza diciendo que desde el momento en el que tengan conocimiento de hechos que pudieran ser constitutivos de infracción penal en materia de violencia de género y doméstica se adoptarán las siguientes medidas:

- a) Se realizarán acciones de averiguación para determinar la existencia y la intensidad de la situación de riesgo para las víctimas y concreta que:
 - Se le informará de su derecho a la asistencia jurídica.
 - Se procederá a la inmediata y exhaustiva toma de declaración de la víctima y los testigos, si los hubiera.
 - Se recabará urgentemente, si se observan indicios de la existencia de infracción penal, información de los vecinos y personas del entorno familiar, laboral, escolar, Servicios Sociales, Oficinas de asistencia a la víctima, etc.
 - Se verificará la existencia de intervenciones policiales y/o denuncias anteriores en relación con la víctima o el presunto agresor, así como los antecedentes de este último y posibles partes de lesiones de la víctima remitidos por los servicios médicos.
 - Se establecerán mecanismos que permitan una comunicación fluida y permanente entre la/s víctima/s y el Cuerpo o Fuerza de Seguridad correspondiente, con objeto

de disponer inmediatamente de los datos necesarios para valorar la situación de riesgo en cada momento

- b) Se determinará la conveniencia de adoptar medidas específicas dirigidas a proteger la vida, la integridad física y los derechos e intereses legítimos de la víctima y sus familiares. Como pueden ser la protección personal de la víctima, información sobre adopción de medidas de autoprotección y asegurarse de dar información clara y accesible sobre el contenido, tramitación y efectos de la orden de protección, y las demás medidas de protección y seguridad.
- c) Incautación de armas y/o instrumentos peligrosos en el domicilio familiar o en poder del presunto agresor.
- d) Si por los hechos o la situación es considerada de riesgo y sea aconsejable, se procederá a la detención y puesta a disposición judicial del presunto agresor.

También se establecen en este protocolo como deberá ser la recogida de la denuncia y la elaboración del atestado, y este dice lo siguiente:

“Todas las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad deberán recoger en el atestado las diligencias y contenidos mínimos que se acompañan como Anexo al presente Protocolo, que será remitido para su aprobación al Comité Técnico de Coordinación de Policía Judicial; y, una vez aprobado, se facilitará a los órganos judiciales, al Ministerio Fiscal y al resto de Organismos e Instituciones representadas en la Comisión Nacional de implantación de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer.

En el atestado se hará constar cuantos datos existan como antecedentes y hagan referencia a malos tratos cualesquiera por parte del presunto agresor, obtenidos como resultado de las averiguaciones practicadas según lo expuesto en el epígrafe I.A de este Protocolo.

Las diligencias de inspección ocular y declaración de la víctima se documentaran, siempre que sea posible, mediante fotografías u otros medios técnicos (video, etc.) que permitan a la Autoridad Judicial una mayor inmediatez en la apreciación de los hechos y las circunstancias concurrentes.

La Unidad de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad instructora del atestado derivado de infracción penal en materia de violencia doméstica o solicitud de la Orden de Protección, adoptará las medidas necesarias, de acuerdo con la Autoridad Judicial, a fin de asegurar la presencia de la víctima o su representante legal, del solicitante, del

denunciado o presunto agresor y de los posibles testigos, ante la Autoridad Judicial competente (Juzgado de Violencia sobre la Mujer, Juzgado de Instrucción de Guardia), que vaya a conocer del asunto.

A estos efectos, durante la tramitación del atestado se recabará la mayor cantidad de datos que puedan llevar a la identificación, localización y control del presunto agresor (filiación, teléfonos, domicilios, trabajos, lugares frecuentados, vehículos, fotografías, cintas de video, etc.), de tal forma que su declaración se incluya entre las diligencias practicadas y se garantice su posterior citación ante el órgano judicial.

La Unidad Policial dispondrá lo necesario para evitar la concurrencia en el mismo espacio físico del agresor y la víctima, sus hijos y restantes miembros de la familia.”

Y por último destacar otro inciso del anexo en el que se estipulan las diligencias y contenidos mínimos del atestado que dice que *“Se le preguntará, en primer lugar, acerca de los datos que permitan realizar gestiones inmediatas tendentes a garantizar su propia seguridad y la de sus hijos y a la detención del agresor, en su caso.”*

Teniendo en cuenta lo mostrado en este apartado, no apreciamos que se tomaran las medidas establecidas en los protocolos de actuación; no se practicaron las diligencias necesarias para el esclarecimiento de los hechos, no se recabaron urgentemente los datos que corroboraran si se observaban indicios de la existencia de infracción penal, (información de los vecinos y personas del entorno familiar, laboral, escolar, Servicios Sociales, Oficinas de asistencia a la víctima, etc); no se tomaron medidas específicas dirigidas a proteger la vida, la integridad física y los derechos e intereses legítimos de la víctima y sus familiares.

Estos son algunos entre los muchos defectos que podemos deducir de la actuación policial, que empujó a la víctima a su posterior actuación, ya que se vio en la necesidad de obtener el móvil del acusado para dar “mayor valor probatorio” a su primer testimonio, lo que debería haber resultado innecesario de haberse observado escrupulosamente los protocolos de obligado cumplimiento en la actuación policial.

Por estas razones considero que las reservas de los policías no estaban justificadas, y que estos debieron actuar claramente antes de que Andrea les entregase el móvil de Julio, como indica la ley, comenzando con las diligencias de investigación prejudicial del delito.

5. TERCERA PREGUNTA

Emita un dictamen sobre si la utilización del móvil de Julio para verificar la autenticidad de los mensajes enviados a Andrea es lícita o ilícita, utilizando la doctrina más reciente del Tribunal Supremo (Sentencia Caso Falciani).

5.1. INTRODUCCIÓN

Para poder analizar la licitud o ilicitud de la utilización del móvil de Julio para verificar la autenticidad de los mensajes enviados a Andrea, procederemos primero a explicar la regulación de la licitud o ilicitud de la prueba en el proceso penal español y después realizaremos un análisis de la jurisprudencia al respecto.

5.2. PRUEBA PROHIBIDA Y PRUEBA ILÍCITA

5.2.1 Concepto

En el procedimiento penal, cuando el juzgador tenga que hacer una valoración de las pruebas aportadas, deberá apartar del conjunto probatorio aquellas pruebas que hayan sido obtenidas ilegalmente o ilícitamente atendiendo a las reglas de exclusión probatoria, ya que no se pueden utilizar pruebas obtenidas en contra de lo que dice nuestra legislación.

Las infracciones legales que se hayan cometido a la hora de obtener la prueba serán de alcance e identidad diferentes, por ello se darán diferentes grados de ilicitud, por los que se determinarán las consecuencias que tendrán respecto del medio de prueba afectado.

5.2.2 Prueba prohibida

Para definir lo que es la prueba prohibida podemos acudir a nuestra legislación y jurisprudencia, en la LOPJ en su artículo 11.1 establece con relación a las pruebas ilícitas que “*No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales.*” Y la STC 114/1984, de 29 de noviembre, dio una concepción restrictiva de la prueba ilícita, en esta se estableció la inadmisibilidad de una grabación a una conversación, por considerar que en su obtención se infringieron derechos fundamentales, estableciendo el Tribunal Constitucional que ello supondría una vulneración del artículo 24.2 CE que trata el derecho a la tutela efectiva.

Con ello quedaría establecido, que si la infracción cometida en la obtención de la prueba vulnera un derecho fundamental, esta carecerá de validez y eficacia. Cuando una

prueba es considerada como ilícita por vulnerar un derecho fundamental, su invalidez y pérdida de eficacia no solo afecta a la prueba que concretamente se obtuvo de forma ilícita, sino que afectará al conjunto de la prueba penal, es decir, que derivará en el resto de pruebas que de esta se hubieran obtenido, quedando estas afectadas o contaminadas por la ilicitud en la obtención de la prueba de la que provienen.

Esto es la doctrina de los frutos del árbol envenenado de la Corte Suprema de los Estados Unidos, que el Tribunal Constitucional en varias ocasiones ha acogido señalando, que la prueba de una prueba prohibida, es nula.

5.2.3 Prueba ilícita

Si la prueba se ha obtenido omitiendo lo establecido en la LECrim o la LEC en el caso de que sea aplicable, sin llegar a vulnerar un derecho fundamental, no sería de aplicación lo mencionado en el artículo 11 LOPJ, estas aun así serian pruebas ilícitamente obtenidas, pero a diferencia del supuesto en el que se vulneran derechos fundamentales, estas no tendrían que ser de forma inamovible excluidas del proceso.

Esto supone que cuando se infringe la legalidad ordinaria al obtener una prueba irregularmente, esta torna ineficaz, pero en este caso no se impide la utilización de otros medios indirectos o la subsanación del defecto si es posible con otras diligencias. Por ejemplo, una prueba obtenida irregularmente por no haber seguido las garantías del proceso o por que ha generado indefensión, podrá ser nula radical e insubsanablemente como dice el artículo 238 LOPJ, o podrá tener una nulidad relativa.

A la hora de determinar la ilicitud de la prueba hay que tener muy en cuenta que, la ilicitud en la obtención no supone la vulneración de los derechos fundamentales de forma automática, conviene citar la STS de 12 de julio de 1996 que dice que *“quizás sean parecidos o análogos los efectos, mas desde luego, en el caso de la infracción constitucional, las consecuencias son más amplias, más rígidas, más insolubles.”* (Catena, 2017, pp. 432-433)

Aun sin llegar a tener esta nulidad el alcance de la establecida en el artículo 11 LOPJ, el efecto de esta afectará a los actos posteriores relacionados con la diligencia nula, pero en el caso de las pruebas ilícitas, el artículo 243 LOPJ da más margen de aceptación a las pruebas relacionadas con la considerada ilícita, ya que establece que porque un acto fuese nulo, esto no supondría de forma automática la nulidad del resto de pruebas relacionadas. Las que fueran independientes de esta y las que hubieran permanecido

invariables independientemente de la infracción que supuso la nulidad, no se verán afectadas.

5.3. OBTENCIÓN Y APORTACIÓN DE LA PRUEBA

5.3.1 Introducción

Las pruebas adquiridas en la investigación realizada durante la instrucción, tienen el potencial de convertirse en el futuro en pruebas en el juicio oral. Esto es la llamada prueba preconstituida, con la que se trata de confirmar la existencia y el como existió un acto, hecho, relación jurídica o negocio, para poder usarlo posteriormente. El tener carácter de preconstituida, no se debe a como es la prueba en sí, sino que se debe a que la persona que la obtiene pretende conservar la información en esta.

Con esta, se puede transmitir algo que sucedió en el pasado, pero la valoración que se le de y los efectos que luego tenga ésta en el proceso, dependerán del soporte de esta, de si las garantías se han respetado y de la fidelidad que dé el propio soporte en el que se aporta en sí mismo.

La fuente de prueba podrá estar disponible o indisponible en el momento en el que tenga que ser aportada. En caso de estar disponible, será aportada como medio de prueba, pudiendo entonces ésta cumplir con el principio de contradicción, inmediación, publicidad y concentración. En el caso de que no este disponible, ya sea porque esta es una actividad propia de la instrucción o porque previsible o imprevisiblemente la fuente de prueba no pueda ser aportada, esto supondría el problema de introducir en el juicio una prueba que no habría cumplido con los requisitos de concentración e inmediación.

Si la indisponibilidad fuera previsible, se tendrán que reforzar los requisitos para la preconstitucionalidad de la prueba, para ello se exigirá un cumplimiento estricto de la contradicción e inmediación judicial y además se le dará al investigado la posibilidad de intervenir en la diligencia, pudiendo este contradecir la prueba durante la instrucción. Así se podrá conseguir si se respetan las garantías de obtención y conservación de la prueba, que esta pueda utilizarse posteriormente en el procedimiento sin plantear dudas.

Por el otro lado, cuando la indisponibilidad fuese imprevisible o es un descubrimiento inesperado, no se estarán siguiendo los requisitos de contradicción e inmediación judicial, esto supondrá que para que esta prueba pueda ser usada en juicio, se deberá informar de cómo se obtuvo, si se cumplieron las garantías en su adquisición y conservación y de la necesidad de esta. Al igual que cuando es previsible la

indisponibilidad, las garantías necesarias serán más elevadas, ya que los requisitos de contradicción e intermediación judicial no se han seguido, por ello se habilitará un trámite de depuración de las pruebas que se vayan a practicar en el juicio, en el que se harán constar los medios de prueba que se pretenden usar, dando aquí una posibilidad de denunciar la inutilidad de dicha prueba en el juicio.

Al introducir diligencias de instrucción al juicio oral sin que estas hayan cumplido o que no hayan podido cumplir los requisitos de intermediación, publicidad y concentración, se deberán tener en cuenta la necesidad de estas, su disponibilidad y las garantías con las que se obtuvieron. La mayor problemática, se da cuando se hace como prueba de cargo, afectando así al derecho de presunción de inocencia. La conclusión de esto es que se deberán respetar los derechos del acusado pero teniendo en cuenta la defensa de los bienes jurídicos que se están considerando, por ello la respuesta no es tan fácil como no permitir de forma total el uso de estas diligencias, sino valorar la situación individualmente y permitirlo en algunos supuestos, respetando en todo caso las garantías en la adquisición, conservación y aportación.

Sabiendo esto, se podrán dar una serie de situaciones (Catena, 2017, pp. 421-424):

1ª.) Cuando la prueba se ha obtenido en la instrucción, respetándose las garantías de contradicción e intermediación, si está no estuviera disponible en futuro para ser practicada en el juicio oral, se podría tomar directamente de la instrucción y tendría valor probatorio.

2ª.) Cuando era previsible que la prueba no pudiese estar disponible para el juicio oral, pero se pudo producir la fuente de prueba siguiendo la contradicción y la intermediación, se tendrá que hacer de esta manera, si no se hiciese así aun teniendo la posibilidad para ello, supondría que no se podría utilizar en el juicio oral.

3ª.) La prueba tampoco será utilizable en el caso de que se incumplan normas legales en su obtención, incorporación, custodia, aseguramiento o conservación.

4ª.) Si la fuente de prueba se puede introducir al juicio oral, esta deberá aportarse mediante el medio de prueba oportuno y se practicara con contradicción, intermediación, oralidad y publicidad.

5.3.2 Garantías en la obtención de la prueba

Durante el proceso de instrucción, una de las garantías necesarias, será la intervención judicial, aun en el caso de una instrucción prejudicial llevada a cabo por la policía judicial o por el Ministerio Fiscal, para que estas diligencias queden sometidas a un control por parte del juez y pueda haber contradicción, aunque habrá casos en los que por la naturaleza de la prueba esto solo se pueda dar a posteriori. Desde el momento en el que el Juez sea conocedor de la causa, deberá intervenir y el investigado deberá tener la opción de contradecir las pruebas.

También se deberán respetar durante el proceso los requisitos que se establecen legalmente para cada uno de los actos de instrucción para que se puedan incorporar correctamente y adquieran el carácter de preconstitucionalidad probatoria, ya que es justamente el hecho de que las diligencias de una instrucción suelen preconstituir las fuentes de prueba, se deberán seguir los requisitos en su obtención, para que puedan ser usados sin complicaciones en el juicio oral.

5.3.3 La cadena de custodia

Regulada en los artículos 326 y ss. y en el 334 LECrim, en estos se estipula como se deberán asegurar y conservar las pruebas, como pueden ser, el cuerpo del delito, los instrumentos, efectos y piezas de convicción, o lo que se obtenga de un registro o intervención telemática. El objetivo será que la prueba permanezca inalterada y disponible para el juicio oral.

La prueba no estará bajo la custodia judicial en todo momento, ya que esta podrá estar pasando de unas manos a otras, como en el caso de que se le estén realizando pruebas periciales, se este cambiando su lugar de almacenamiento o cualquier otra razón.

Aquí es donde entra en juego la cadena de custodia, que tendrá como objetivo confirmar que la prueba no se haya visto contaminada en ninguno de estos procesos, para evitar que la prueba sea alterada y que la prueba que se presenta en el juicio sea la misma que la original encontrada durante la instrucción.

La cadena de custodia se compone de:

- Descripción del objeto.
- Lugar del procedimiento de la prueba.
- Identificación de las personas que han tenido dicha prueba.

- Operaciones realizadas sobre la prueba.
- Lugares en los que ha estado depositada.
- Persona bajo cuya responsabilidad se obtuvo.

5.3.4 Aportación de la prueba al juicio

Cuando en el acto del juicio no se pueda aportar la fuente de la prueba por cualquiera de las situaciones que se han mencionado en los anteriores apartados, el Juez no podrá analizar de forma directa la prueba, así que la percepción que este pueda tener de la prueba no será completa, ya que solo podrá analizarla desde reflejo de esta en el acta, no pudiendo constituir ello una intermediación plena. Pero en muchas ocasiones aun sin el contacto directo, se podrá transmitir la esencia de que lo que la prueba trataba de transmitir. Pero habrá casos insalvables como en el caso de testigos, ya que en estos el Juez podrá valorar la veracidad de lo declarado en parte gracias al contacto directo con el testigo, en el caso de que se aportase una grabación podría corregirse de forma parcial este defecto.

Hay tres vías para aportar una fuente de prueba que no se encuentra disponible, la lectura de su documentación de la instrucción, pudiendo estar reflejada en un acta o documento, si es un objeto mediante la apreciación por parte del Juez del mismo y por último, el visionado o audición del soporte en el que se encuentre la fuente de prueba recabada en la instrucción.

5.4. ESTUDIO JURISPRUDENCIAL

En este apartado, se va a analizar la jurisprudencia que trata la prueba ilícita y más concretamente la que sea relevante al caso que se está tratando analizar.

5.4.1 Introducción

El primer caso en el que se habló de la expulsión de una prueba del conjunto probatorio, por considerar que en la obtención de las pruebas se vulneró un derecho fundamental, fue en la STC 114/1984 de 29 de noviembre, concretamente por vulnerar el artículo 24.2 CE por el que se establece el derecho a un proceso con todas las garantías, creando así una desigualdad entre las partes contraria al 14 CE.

Con el tiempo los preceptos fijados por la STC 114/1984, han ido evolucionando con los años, admitiéndose otros supuestos en los que la exclusión probatoria no se aplicaría aún cuando pueda darse una efectiva vulneración de los derechos fundamentales.

Estos cambios que establece la jurisprudencia se pueden ver reflejados en las siguientes sentencias:

- STC 85/1994, de 14 de marzo: aquí es donde se matiza por primera vez las consecuencias de la teoría del árbol envenenado, que es la que establece que las pruebas obtenidas como consecuencia de la obtención de una prueba de forma ilegal, supondrá que la prueba de la que deriva la ilegal se ve “contaminada” y por lo tanto perderá también su validez. Posteriormente en futuras sentencias, se regulará en más detalle, ya que no es algo que se dará con carácter general. Esto se estableció en el fundamento de derecho cuarto que dice que :

“Una vez establecido que la intervención del teléfono de los recurrentes durante el período de tiempo comprendido entre el 5 Ago. y el 17 Nov. 1987 vulneró su derecho al secreto de las comunicaciones, reconocido en el art. 18.3 C.E. (LA LEY 2500/1978), hemos de concluir que todo elemento probatorio que pretendiera deducirse del contenido de las conversaciones intervenidas no debió ser objeto de valoración probatoria, ya que la imposibilidad de admitir en el proceso una prueba obtenida violentando un derecho fundamental no solo deriva directamente de la nulidad de todo acto violatorio de los derechos reconocidos en el Capítulo Segundo del Título I de la Constitución, y de la necesidad de no confirmar, reconociéndolas efectivas, las contravenciones de los mismos (STC 114/1984 (LA LEY 9401-JF/0000)), sino ahora también en el plano de la legalidad en virtud de lo dispuesto en el art. 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LA LEY 1694/1985) (L.O.P.J. (LA LEY 1694/1985)).”

- STC 49/1996, de 26 de marzo: en ella se hace establece una excepción para la teoría de los frutos del árbol envenenado, con el concepto de la fuente independiente, en la que se dice que, si las pruebas derivadas de fuente de prueba obtenida ilícitamente podrían considerarse como autónomas de esta, no tendrán porque ser excluidas. Se habla de ello en el fundamento de derecho sexto que dice, *“Nos queda examinar si, además de los elementos de prueba contenida en dichas conversaciones telefónicas, hubo en el proceso otras pruebas válidas de las que se pudiera deducir la culpabilidad del quejoso.”* Abriendo la posibilidad de separar las pruebas derivadas de la ilícita en relacionadas o autónomas.

- STS 974/1997 del 4 de julio: introdujo el concepto del hallazgo inevitable, en el que se dice que una prueba podrá ser admitida aun proviniendo su obtención de una prueba ilícita en el caso de que independientemente de ello, dicha prueba habría sido obtenida en cualquier caso. En la que se dice que *“Sin embargo, en el caso actual el efecto expansivo de la prueba ilícita aparece limitado conforme a la doctrina del "descubrimiento inevitable". 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 Autónoma Vasca, 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 en la cafetería Amaya de Bilbao 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, realizada, como se ha dicho, en un lugar público y sujeto a la vigilancia de los grupos de agentes que procedían al seguimiento de la acusada.”* Y que *“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.”*

- STC 81/1998 de 2 de abril: en esta se avanza determinando mejor el alcance que tiene la transmisión de la ilicitud de una prueba ilícita a la que deriva de esta, estableciendo que para que se de la licitud de la prueba derivada, no solo deberá darse una causalidad fáctica, además deberá existir una conexión de antijuridicidad. Tal y como se expresa en la sentencia *“para concluir que la prohibición de valoración se extiende también a ellas, habrá de precisarse que se hallan vinculadas a las que vulneraron el derecho fundamental sustantivo de modo directo, esto es, habrá que establecer un nexo entre unas y otras que permita afirmar que la ilegitimidad constitucional de las primeras se extiende también a las segundas (conexión de antijuridicidad).”* Y *“determinar si esa conexión de antijuridicidad existe o no, hemos de analizar, en primer término la*

índole y características de la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones materializadas en la prueba originaria, así como su resultado, con el fin de determinar si, desde un punto de vista interno, su inconstitucionalidad se transmite o no a la prueba obtenida por derivación de aquélla”. La STS 9/2004, de 19 de enero, hace un análisis de los elementos que considera reflejados en esta sentencia para determinar la conexión de antijuridicidad “*De tal sentencia 81/1998 entresacamos los siguientes elementos que pueden tenerse en cuenta para elaborar ese juicio de conexión de antijuridicidad:*

1º. La índole o importancia de la vulneración constitucional que aparece como el fundamento de la ilicitud de esa prueba primera.

2º. El resultado conseguido con esa prueba inconstitucional, es decir, la relevancia del dato o datos conocidos a través de esta prueba ilícita en la práctica de la posterior lícita.

3º. Si existían otros elementos, fuera de esa prueba ilícita, a través de los cuales pudiera razonablemente pensarse que habría llegado a conocerse aquello mismo que pudo saberse por la práctica de tal prueba inconstitucional.

4º. Si el derecho fundamental vulnerado necesitaba de una especial tutela, particularmente por la mayor facilidad de tal vulneración de modo que esta pudiera quedar en la clandestinidad.

5º. Por último, la actitud anímica de quien o quienes fueran causantes de esa vulneración, concretamente si hubo intención o solo un mero error en sus autores, habida cuenta de que el efecto disuasorio, uno de los fundamentos de la prohibición de valoración de la prueba inconstitucional, tiene menor significación en estos casos de error.”

- STC 22/2003 de 10 de febrero y STS 9/2004, de 19 de enero: en ellas se introduce el concepto de la buena fe en la actuación. Según este se podrían aceptar pruebas de cargo obtenidas vulnerando derechos fundamentales, cuando quede demostrado que la persona que estaba tratando de obtener dicha prueba creía estar actuando correctamente y de buena fe. Aplicándolo de forma negativa la STS 9/2004, de 19 de enero “*El último de esos cinco elementos es claro que no concurre en el caso presente: ciertamente no hubo intención en la actuación del juez que autorizó la intervención telefónica con la inconstitucionalidad que*

venimos explicando.” Y en la STC 22/2003, de 10 de febrero, se da una situación en la que unos policías entran en un domicilio amparados por la flagrancia del delito, entrando de nuevo después otro operativo que acompañado de la mujer del acusado, les dio permiso para entrar de nuevo, pero sin permiso del titular que sería el dueño y no dándose ya el supuesto de flagrancia del delito, siendo así ilícito el registro de la casa. La sentencia lo resuelve diciendo lo siguiente “No es eso, sin embargo, lo que aquí sucede, ya que desde un plano puramente objetivo, el consentimiento de la esposa aparecía, según el estado de la interpretación del Ordenamiento en el momento de practicar la entrada y registro, como habilitación suficiente para llevarla a cabo conforme a la Constitución. A partir de ese dato, cabe afirmar, en primer término, la inexistencia 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; y, en segundo lugar, que la necesidad de tutela por medio de la exclusión de la prueba en este caso no solo no es mayor que en el de las pruebas reflejas, sino que podría decirse que no existe en absoluto.

La inconstitucionalidad de la entrada y registro obedece, en este caso, pura y exclusivamente, a un déficit en el estado de la interpretación del Ordenamiento que no cabe proyectar sobre la actuación de los órganos encargados de la investigación imponiendo, a modo de sanción, la invalidez de una prueba, como el hallazgo de una pistola que, por sí misma, no materializa en este caso, lesión alguna del derecho fundamental (vid. STC 49/1999, de 5 de abril, FJ 5) y que, obviamente, dada la situación existente en el caso concreto, se hubiera podido obtener de modo lícito si se hubiera tenido conciencia de la necesidad del mandamiento judicial. En casos como el presente, en que el origen de la vulneración se halla en la insuficiente definición de la interpretación del Ordenamiento, en que se actúa por los órganos investigadores en la creencia sólidamente fundada de estar respetando la Constitución y en que, además, la actuación respetuosa del derecho fundamental hubiera conducido sin lugar a dudas al mismo resultado, la exclusión de la prueba se revela como un remedio impertinente y excesivo que, por lo tanto, es preciso rechazar.

11. *Ese rechazo determina que hayan de desestimarse las vulneraciones relativas al derecho a un proceso con todas las garantías y a la presunción de inocencia. En efecto, no cabe hablar de que se haya vulnerado el derecho a un proceso con todas las garantías pues, en este caso, la vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio es, por decirlo de algún modo, un mero accidente.”*

- STS 228/2017 de 3 de abril: de ella podemos destacar un resumen que hace de los criterios que se suelen seguir para excluir la conexión de antijuridicidad, “*En la jurisprudencia de esta Sala se acostumbra a citar como criterios idóneos para excluir la conexión de antijuridicidad y validar por tanto las pruebas reflejas o derivadas los siguientes: el descubrimiento inevitable, el vínculo atenuado entre la prueba ilícita y la refleja, el hallazgo casual, la fuente independiente, la ponderación de intereses, la autoincriminación del imputado en el plenario, y alguna otra (SSTS 320/2011, de 22-4; 811/2012, de 30-10; 69/2013, de 31-1; 912/2013, de 4-12; 963/2013, de 18-12; 73/2014, de 12-3; y 511/2015, de 17-7).*”

5.4.2 La sentencia del Tribunal Supremo 116/2017, Sala Segunda de 23 de febrero

Esta sentencia es especialmente relevante para este caso al darse una situación muy similar en la que un tercero no autorizado para obtener pruebas, se hace con una prueba ilícitamente. En el caso práctico a resolver, Andrea le sustrae a su exnovio Julio su teléfono móvil para presentarlo como prueba y dar mejor valor probatorio a las conversaciones telefónicas que mantuvieron en las que Julio la amenazó. Y en el caso de la sentencia que procedemos a analizar, Hervé Falciani antes de terminar de trabajar en el banco HSBC de Suiza, este se llevó un fichero electrónico con los datos de cuentas y activos ocultos a las agencias tributarias de estados europeos, el problema que supone esto es en que el estado suizo la sustracción de esa información es un delito y además supone el quebrantamiento de el derecho fundamental a la intimidad de los afectados.

En España sacar los datos de un banco que está incumpliendo la ley no es un delito, pero aun así la forma de obtenerlos de forma estrictamente legal sería considerada ilícita, pero aquí es donde esta sentencia da un nuevo planteamiento al establecer que al no ser el Estado el que activamente está obteniendo esa prueba ni promoviendo su obtención por ese tercero, dicha prueba puede ser usada aun habiéndose obtenido de forma ilícita. Aun

así esta puntualiza que esto no se deberá seguir de forma general y que habrá que atender a los casos en particular.

Lo más relevante de la sentencia a nuestro caso serían los siguientes comentarios en los que explica el Tribunal Supremo el porque y como se puede utilizar la prueba obtenida ilícitamente por un tercero:

- *“En definitiva, está fuera de discusión la necesidad de excluir el valor probatorio de aquellas diligencias que vulneren el mandato prohibitivo del art. 11 de la LOPJ . Pero más allá del fecundo debate dogmático acerca de lo que se ha llamado la eficacia horizontal de los derechos fundamentales, es evidente que la acción vulneradora del agente de la autoridad que personifica el interés del Estado en el castigo de las infracciones criminales nunca puede ser artificialmente equiparada a la acción del particular que, sin vinculación alguna con el ejercicio del ius puniendi, se hace con documentos que más tarde se convierten en fuentes de prueba que llegan a resultar, por una u otra circunstancia, determinantes para la formulación del juicio de autoría. El particular que por propia iniciativa desborda el marco jurídico que define la legitimidad del acceso a datos bancarios, ya actúe con el propósito de lograr un provecho económico, ya con el de fomentar el debate sobre los límites del secreto bancario, no lo hace en nombre del Estado. No rebasa el cuadro de garantías que define los límites constitucionales al acopio estatal de fuentes de pruebas incriminatorias. Nada tiene que ver esa actuación con la de un agente al servicio del Estado. Lo que proscribe el art. 11 de la LOPJ no es otra cosa que la obtención de pruebas (" no surtirán efecto las pruebas obtenidas..."). Es el desarrollo de la actividad probatoria en el marco de un proceso penal - entendido este en su acepción más flexible- lo que queda afectado por la regla de exclusión cuando se erosiona el contenido material de derechos o libertades fundamentales.”*

- *“De manera expresa el proyecto de Código Procesal Penal de 2013 matizaba el alcance de la regla de exclusión cuando la violación del derecho fundamental tuviese su origen en la actuación exclusiva de un particular que hubiese actuado sin voluntad de obtener pruebas (art. 13 CPP). Y el anteproyecto de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2011 admitía la validez de las pruebas*

derivadas o reflejas "... si no guardan una conexión jurídica relevante con la infracción originaria" (art. 129)."

- *"La Sala entiende que la posibilidad de valoración de una fuente de prueba obtenida por un particular con absoluta desconexión de toda actividad estatal y ajena en su origen a la voluntad de prefabricar pruebas, no necesita ser objeto de un enunciado legal que así lo proclame. Su valoración es perfectamente posible a la vista de la propia literalidad del vigente enunciado del art. 11 de la LOPJ y, sobre todo, en atención a la idea de que, en su origen histórico y en su sistematización jurisprudencial, la regla de exclusión solo adquiere sentido como elemento de prevención frente a los excesos del Estado en la investigación del delito."*
- *"La prohibición de valorar pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales cobra su genuino sentido como mecanismo de contención de los excesos policiales en la búsqueda de la verdad oculta en la comisión de cualquier delito. No persigue sobreproteger al delincuente que se ve encausado con el respaldo de pruebas que le han sido arrebatadas por un particular que cuando actuaba no pensaba directamente en prefabricar elementos de cargo utilizables en un proceso penal ulterior."*
- *"Fuera de ese espacio valorativo, la decisión sobre la exclusión probatoria adquiere una dimensión especial si quien ha hecho posible que las pruebas controvertidas afloren, nunca actuó en el marco de una actividad de respaldo a los órganos del Estado llamados a la persecución del delito. Este dato resulta decisivo."*
- *"Lo determinante es que nunca, de forma directa o indirecta, haya actuado como una pieza camuflada del Estado al servicio de la investigación penal."*

Como se mencionó anteriormente con ello no busca la sentencia que se de pretensión de validez general, como dice literalmente en la sentencia *"El razonamiento que da vida al fundamento jurídico precedente no busca formular una regla con pretensión de validez general"* y *"lo que allí se apunta solo adquiere sentido si se*

interpreta como una llamada a la necesidad de ponderar las circunstancias de cada caso concreto.”

5.5. DICTAMEN

Atendiendo a lo expuesto sobre la prueba ilícita y a lo mencionado por la jurisprudencia, se puede emitir el siguiente dictamen.

En cuanto a la forma de obtención de la prueba, sin tener en cuenta quien la obtuvo, la prueba sería considerada prohibida al haber sido sustraída del acusado sin permiso y sin percatarse este siquiera. Puesto que se estaría vulnerando el derecho a la intimidad y al secreto de las comunicaciones del artículo 18 CE, y por ello se estaría actuando en contra de los artículos 24.2 CE y 11.1 LOPJ. Debiendo entonces de forma clara excluirse la prueba del proceso.

Pero en el caso concreto, se da la circunstancia de que la persona que sustrae el teléfono móvil no forma parte de las fuerzas del Estado y, tal y como acabamos de analizar, las reglas aplicables a éstos, en materia de exclusión de la prueba ilícitamente adquirida, son distintas a las aplicables a terceros ajenos a la actividad estatal. Es por ello que si seguimos la doctrina establecida en la STS 116/2017 de 23 de febrero, al ser Andrea un tercero que *“nunca actuó en el marco de una actividad de respaldo a los órganos del Estado llamados a la persecución del delito”*, podría darse el caso de que la prueba fuese aceptada ya que como se menciona en esta sentencia las normas para la obtención de las pruebas sin vulnerar derechos fundamentales, cobra sentido para contener los excesos policiales, perdiendo su justificación si la persona, en nuestro caso Andrea, *“nunca actuó en el marco de una actividad de respaldo a los órganos del Estado llamados a la persecución del delito”*.

En conclusión, consideramos que la prueba debería ser admitida.

No obstante, ateniéndonos a la Sentencia anteriormente mencionada cuando supedita el alcance de la regla de exclusión a que *“la violación del derecho fundamental tuviese su origen en la actuación exclusiva de un particular que hubiese actuado sin voluntad de obtener pruebas (art. 13 CPP).”*, nos podemos plantear cierta duda en el aspecto de si Andrea actuó, cuando procedió a la sustracción del móvil, con la finalidad de obtener una prueba que reforzase la que ya tenía y presentó a la policía, lo que podría conducir a su no admisión.

6. CONCLUSIONES

Del trabajo expuesto, se pueden sacar las siguientes conclusiones sobre la prueba electrónica en el proceso penal español:

1ª.) La prueba electrónica es una de las pruebas más fiables que se pueden aportar al proceso al formar parte de lo que se considera como prueba documental, siendo esta mucho mas segura que otras pruebas, como podría ser la testifical, al ser objetiva y no estar a expensas de la subjetividad de otras pruebas. Debido a la complejidad intrínseca al medio puede resultar más compleja la valoración de la misma pudiendo ser necesario un informe de un perito o experto para poder ser analizada. Su mayor desventaja proviene de su susceptibilidad de manipulación, ya que, aunque por lo general son bastante fiables, por su complejidad y medio en el que se desarrollan, también es cierto que personas con alta preparación pueden manipularlas y afectar así al desarrollo del proceso.

2ª.) En los procesos penales a la hora de incorporar y valorar la prueba electrónica se piden unos requisitos y garantías muchos mayores que los que se dan en el proceso civil. Desarrollando el trabajo, hemos podido observar el tratamiento de las pruebas electrónicas en el proceso civil, tomando constancia de que actualmente no se tienen en cuenta las especialidades del medio y son tratadas a menudo como una prueba documental tradicional.

3ª.) Necesidad de una mejor formación de los operadores jurídicos, tanto Jueces, Magistrados, Ministerio Fiscal y Cuerpos de Seguridad del Estado. Ante la complejidad de la materia objeto de nuestro estudio, sería imprescindible que recibieran formación específica relativa a los elementos electrónicos, ya que por el rápido avance tecnológico, la incidencia de este tipo de pruebas en los procedimientos será cada día mayor, lo que hará imprescindible que dominen todo lo necesario tanto en lo relativo a su obtención, para que no se vea afectada la licitud, como para la conservación inalterada de los documentos respetando las garantías necesarias, y para una correcta valoración que se realice con conocimiento de los datos técnicos que caracterizan a esta prueba.

En este sentido es de reseñar la especialización de la Fiscalía con la creación de una Fiscalía Especialista en criminalidad informática en la que se abordan los problemas suscitados por la prueba electrónica.

4ª.) En el marco legal de regulación de la prueba electrónica consideramos que se necesita de mayor especialización. Actualmente no se cuenta con una regulación adaptada

a su importancia y especialidades, y en previsión del desarrollo exponencial que va a seguir teniendo en las próximas décadas, es necesario que se regule de forma más específica, adaptada y con mayor fluidez. En relación al tratamiento procesal, no podemos negar el esfuerzo hecho por el legislador con la modificación introducida en la Ley de Enjuiciamiento Criminal mediante Ley Orgánica 13/2015 de 5 de octubre, para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica, en la que se puso fin a un largo vacío en cuanto a la utilización de los avances tecnológicos para la persecución de los delitos, sin embargo, en este mundo cambiante y de vertiginosa evolución, consideramos que sería imprescindible una regulación especial sobre la materia, que abarcara también la incorporación al proceso, que fuera lo suficientemente amplia como para poder ir admitiendo los avances que día a día se nos ofrecen.

Nos parecen muy interesantes en la materia la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2019 sobre disposiciones comunes y medidas de aseguramiento de las diligencias de investigación tecnológica en la Ley de Enjuiciamiento Criminal y la Circular de la FGE 5/2019 sobre registro de dispositivos y equipos informáticos.

Por último, también consideramos interesante el estudio de nuevos tipos penales relacionados con el avance de la tecnología y la informática, para que puedan cubrir algunas áreas que actualmente pueden resultar impunes, y que puedan adaptarse más ágilmente a los que puedan surgir en el futuro.

7. BIBLIOGRAFÍA

1. Doctrina

Abel Lluch, X. y Picó i Junoy, J. (2011) *La prueba electrónica*. 1.^a Edición. Barcelona: Librería Bosch.

Delgado Martín, J. (2018) *Investigación tecnológica y prueba digital en todas las jurisdicciones*. 2.^a Edición. Madrid: Wolters Kluwer.

Moreno Catena, V. y Cortés Domínguez, V. (2017) *Derecho Procesal Penal*. 8.^a Edición. Valencia: Tirant lo Blanch.

Pinto Palacios, F. Y Pujol Capilla, P. (2017) *La prueba en la era digital*. 1.^a Edición. Madrid: Wolters Kluwer.

Zarzalejos Nieto, J. M. Y Banacloche Palao, J. (2018) *Aspectos fundamentales del Derecho Procesal Penal*. 4.^a Edición. Madrid: Wolters Kluwer.

2. Recursos electrónicos

Revista electrónica:

Borges Blázquez, R. (2017) “*La prueba electrónica en el proceso penal y el valor probatorio de conversaciones mantenidas utilizando programas de mensajería instantánea.*”. *Revista bolivariana de derecho* (Nº 25). Páginas: 536-549. Disponible en: <http://roderic.uv.es/handle/10550/65300> (Consultado: 10 de mayo 2019)

Libro electrónico:

Oliva León, R. Y Valero Barceló, S. (2016) “*La prueba electrónica validez y eficacia procesal*” Disponible en: <https://ecija.com/wp-content/uploads/2016/09/EBOOK-Sept16PruebaElectronicagran-final.pdf> (Consultado: 10 de mayo 2019)

3. Páginas Web

Delgado Martín, J. (2017) *La prueba digital. Concepto, clases, aportación al proceso y valoración*. Disponible en: <https://diariolaley.laley.es/home/DT0000245602/20170411/La-prueba-digital-Concepto-clases-y-aportacion-al-proceso> (Consultado: 5 de mayo 2019)

Muro Molina, A. (2016) *La prueba electrónica*. Disponible en: <http://www.abogadoscarranza.com/content/la-prueba-electr%C3%B3nica> (Consultado 10 de mayo 2019)

Picón, E. (N.d) *Fases de la pericial informática forense*. Disponible en: <https://peritoinformatico.es/blog/fases-pericial-informatica-forense/> (Consultado: 14 de mayo 2019)

4. Jurisprudencia

Tribunal Supremo:

- STS 974/1997 del 4 de julio
- STS 9/2004, de 19 de enero
- STS 202/2012, de 12 de marzo
- STS 300/2015, de 19 de mayo
- STS 980/2016, de 11 de enero
- STS 228/2017 de 3 de abril
- STS 116/2017 de 23 de febrero

Tribunal Constitucional:

- STC 114/1984 de 29 de noviembre
- STC 85/1994, de 14 de marzo
- STC 49/1996, de 26 de marzo
- STC 81/1998 de 2 de abril
- STC 22/2003 de 10 de febrero

5. Legislación

Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

Constitución Española.

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

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.

6. Otros

Circular 1/2019, de 6 de marzo, de la Fiscalía General del Estado, sobre disposiciones comunes y medidas de aseguramiento de las diligencias de investigación tecnológicas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Circular 5/2019, de 6 de marzo, de la Fiscalía General del Estado, sobre sobre registro de dispositivos y equipos informáticos.

Protocolo de Actuación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y de Coordinación con los Órganos Judiciales para la protección de la violencia doméstica y de género