



Trabajo de Fin de Máster

LA AVERIGUACIÓN DEL DELITO A TRAVÉS DE LAS MEDIDAS DE INVESTIGACIÓN TECNOLÓGICA

Presentado por:

María José Segovia Román

Tutor/a:

M^a Ángeles Pérez Cebadera

Máster Universitario en Abogacía

Curso académico 2021/22
Fecha de defensa: Enero 2022

Resumen

El presente trabajo tiene por objeto la averiguación del delito a través de los medios de investigación tecnológica, realizando un análisis de las medidas de investigación de esta naturaleza contenidas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, así como de los últimos pronunciamientos jurisprudenciales al respecto.

Palabras clave

Nuevas tecnologías, investigación penal, comunicaciones telefónicas, dispositivos electrónicos, drones, investigación tecnológica, limitación derechos fundamentales.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN.....	1
2. LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS EN LA INVESTIGACIÓN PENAL.....	1
3. LIMITACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES CON LA INVESTIGACIÓN TECNOLÓGICA.....	6
3.1 La investigación penal y la limitación de derechos.....	7
3.2 Los derechos reconocidos en el art. 18 CE.....	10
4. LA AVERIGUACIÓN DEL DELITO A TRAVÉS DE LAS MEDIDAS DE INVESTIGACIÓN TECNOLÓGICA.....	18
5. LA UTILIZACIÓN DE DRONES COMO DILIGENCIA DE INVESTIGACIÓN TECNOLÓGICA: CONSECUENCIAS PROBATORIAS.....	28
6. PRUEBA PRECONSTITUIDA Y PRUEBA PROHIBIDA.....	31
7. CONCLUSIONES.....	34
8. FUENTES CONSULTADAS.....	36
8.1 Bibliografía.....	36
8.2 Jurisprudencia.....	38
8.3 Legislación.....	40

ABREVIATURAS

AAP	Auto de la Audiencia Provincial
AP	Audiencia Provincial
Art.	Artículo
Arts.	Artículos
ATS	Auto del Tribunal Supremo
CE	Constitución Española
Cit.	Citado
Coord.	Coordinador
CP	Código Penal
Dir.	Director
LAJ	Letrado de la Administración de Justicia
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LECRIM	Ley de Enjuiciamiento Criminal
LO	Ley Orgánica
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
Núm.	Número
P.	Página
Pp.	Páginas
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STEDH	Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TC	Tribunal Constitucional
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TS	Tribunal Supremo

1. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene por objeto realizar un análisis de la averiguación del delito a través de los medios de investigación tecnológica, especialmente, a la vista de la reforma operada en el año 2015, que ha dado lugar a una regulación específica de estas medidas, así como, en consecuencia, ha sido origen de nuevos y numerosos pronunciamientos jurisprudenciales en esta materia.

Especial consideración se ha de hacer asimismo de la limitación de derechos fundamentales en el curso de la investigación mediante el uso de nuevas tecnologías, puesto que, el enfrentamiento que se da entre el Estado, que tiene entre sus funciones la persecución de los delitos y el castigo del delincuente, y la persona a la que se ha imputado la comisión de algún hecho delictivo, debe ser justo, limpio y ecuánime, de tal forma que no se establezcan más limitaciones a los derechos del investigado que las que vengan exigidas por la propia naturaleza del Derecho penal y procesal y, siempre y en todo caso, con la autorización de un juez.

Los actos de investigación tecnológica contenidos en la Ley de Enjuiciamiento Criminal suponen una agresión en la esfera personal y privada del sospechoso de haber cometido un delito, pero a la vista de los nuevos avances tecnológicos, al Estado no le queda más remedio que utilizar los mismos medios para luchar contra esta delincuencia tecnológicamente avanzada, si bien, respetando el garantismo procesal existente en nuestro país.¹

2. LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS EN LA INVESTIGACIÓN PENAL

A la hora de hablar de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación hemos de tener presente que el desarrollo de las mismas en los últimos

¹ GÓMEZ COLOMER, J.L., «Los actos de investigación garantizados», en J.L. Gómez Colomer (coord.), *Proceso penal: Derecho procesal III*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 241 y 264-265.

años ha supuesto que su uso haya acabado implantándose como la principal herramienta del ser humano, no solo en nuestro ámbito laboral, de ocio y tiempo libre, sino, sobre todo, como el instrumento fundamental y prácticamente imprescindible a la hora de comunicarnos y de obtener información. Ahora bien, de la misma forma que dicho desarrollo presenta grandes ventajas, se ha de tener en cuenta que este desarrollo también ha traído consigo determinados inconvenientes. Por ejemplo, ha afectado a las formas de comisión de delitos, así como al número de víctimas que pueden verse perjudicadas por éstos y, por ende, ha entrado de lleno en el Derecho probatorio.²

Por lo que respecta a su origen y, de una forma muy breve, podemos indicar que la tecnología ha venido abriéndose paso desde la remota edad de piedra hasta la época moderna, dando lugar a una nueva sociedad del conocimiento, especialmente, con la aparición de Internet, momento en el que se acuñan conceptos tales como nuevas tecnologías.

En nuestro país, la situación relativa a las nuevas tecnologías en el ámbito del Derecho Procesal Penal, sufrió un importante cambio como consecuencia de la promulgación de la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica, que dio pie a una regulación mucho más minuciosa de la prueba tecnológica.

No obstante, antes de entrar en el examen de la situación actual se han de hacer unas breves consideraciones sobre la regulación anterior a la mencionada reforma operada en el año 2015.

² ARRABAL PLATERO, P., *La prueba tecnológica: aportación, práctica y valoración*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 32.

Con anterioridad a la reforma, los únicos textos legales en nuestra legislación que hacían referencia a este tipo de prueba y a su regulación eran la Ley de Enjuiciamiento Civil, la Ley Orgánica del Poder Judicial y la LECRIM, si bien esta última establecía una regulación muy genérica.

De esta regulación y, por lo que se refiere al ámbito procesal penal, se han de destacar los artículos 579.2 de la LECRIM, en relación a la intervención de las comunicaciones telefónicas; el 707, relativo a la posibilidad de que los menores e incapacitados prestasen declaración a través de medios técnicos; el 731 bis, en relación con la intervención y actuación de determinadas personas a través de videoconferencia u otro sistema similar; el 743, que hacía referencia a la grabación de las sesiones del juicio oral así como a su soporte en documento electrónico y, por último, el 788.6, referido igualmente a la grabación de las sesiones del juicio oral y a su documentación en relación con la práctica de la prueba. No obstante, como ya se ha indicado anteriormente, estos preceptos apenas contenían una vaga regulación de los medios electrónicos, sin establecer una regulación específica e individualizada.

Tal y como se ha avanzado, la situación cambió completamente tras la entrada en vigor de la LO 13/2015, de 5 de octubre de modificación de la LECRIM para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica.

En la sociedad actual, tan cambiante y en constante avance, las nuevas tecnologías han irrumpido con fuerza, si bien hay que remarcar que en esta nueva realidad social, en la que encontramos dispositivos electrónicos de muy diverso tipo y que ofrecen multitud de ventajas, como por ejemplo, tener a nuestro alcance posibilidades de almacenamiento cada vez más simples, ordenadores más rápidos y potentes, instrumentos de telefonía cada vez más avanzados e incluso el acceso a repositorios telemáticos de datos e información con simplemente apretar un botón, todos estos efectos positivos han fomentado o propiciado a su vez la aparición de

nuevos tipos delictivos, así como también han supuesto en muchos casos un cambio en el modus operandi de los delincuentes.³

Las nuevas necesidades de investigación criminal en el ámbito de las nuevas tecnologías evidenciaban que la legislación era insuficiente y anticuada, exigiendo de jueces y magistrados una gran labor interpretativa y jurisprudencial para llenar el vacío normativo. La propia LO 13/2015 señaló en su Preámbulo que las nuevas formas de delincuencia surgidas a raíz del uso y desarrollo de las nuevas tecnologías ponían de manifiesto las carencias de nuestros textos legales, a la vez que proporcionaban nuevos medios de comisión de delitos, ofreciendo igualmente a los poderes públicos nuevas herramientas de investigación.

Como principales novedades y aspectos a destacar de esta importante reforma se ha de tener en cuenta, en primer lugar, que esta ley ha incidido directamente en los artículos 18 y 24 de la Constitución Española, por cuanto, como la misma expresa en su Preámbulo, se introducen cambios que afectan a los derechos fundamentales y libertades públicas recogidos en sendos preceptos. Asimismo, es de destacar que “en la nueva regulación se confiere sustantividad propia a otras formas de comunicación telemática que han carecido de tratamiento normativo en la ley procesal (...)”.⁴

Como novedades, se introdujo en el Título VIII del Libro II un Capítulo IV, dedicado a las Disposiciones comunes a la interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas, la captación y grabación de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos, la utilización de dispositivos técnicos de seguimiento, localización y captación de la imagen, el registro de dispositivos de

³ RAYÓN BALLESTEROS, M.C., «Medidas de investigación tecnológica en el proceso penal: la nueva redacción de la Ley de Enjuiciamiento Criminal operada por la Ley Orgánica 13/2015», AJEE, 2019, pp.179-204, en p. 181.

⁴ Apartado IV Preámbulo 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.

almacenamiento masivo de información y los registros remotos sobre equipos informáticos.

Después de estas disposiciones comunes, se incorporaron asimismo al Título VIII del Libro II los Capítulos V a X, dedicados respectivamente a “La interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas”; “La captación y grabación de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos”; “La utilización de dispositivos técnicos de captación de la imagen, de seguimiento y de localización”; “El registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información”; “Los registros remotos sobre equipos informáticos” y, por último, “Las medidas de aseguramiento”.

Por otra parte, en 2011 se elaboró un Anteproyecto de LECRIM que, finalmente, no llegó a salir adelante, pero que supuso, cuanto menos, un salto cualitativo en la senda de actualización de la justicia penal en nuestro país. No obstante, no sería hasta el 24 de noviembre del año 2020 cuando el Consejo de Ministros aprobaría un nuevo Anteproyecto de LECRIM, en el que se prevén importantes novedades procesales.

De conformidad con el anteproyecto, los actos de investigación tecnológica se regulan en el Libro III de la LECRIM, partiendo de la avanzadilla que ya supuso la promulgación de la LO 13/2015.⁵

Concretamente, por lo que se refiere a la interceptación de las telecomunicaciones y conversaciones privadas se introduce como gran novedad que será el Juez de Garantías el que deberá autorizar la interceptación. Asimismo, pese a que se respetan las novedades que se introdujeron con la reforma de 2015, se

⁵ Puede consultarse el texto del referido anteproyecto de LECRIM en <https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaTematica/ActividadLegislativa/Documents/210126%20ANTEPROYE CTO%20LECRIM%202020%20INFORMACION%20PUBLICA%20%281%29.pdf>

introducen algunas mejoras de orden técnico, así como ciertas alteraciones sistemáticas para dotar de mayor coherencia a la regulación.

Conforme al texto del anteproyecto, la regulación va encabezada por unas disposiciones comunes que contienen las normas generalmente aplicables a las distintas diligencias y medidas que posteriormente se regulan. Entre las cautelas que se prevén se incluye la sujeción a autorización judicial, la posible afectación de los terceros, el régimen de secreto, la tramitación en pieza separada, el control judicial y los límites temporales, los hallazgos casuales, los supuestos en los que procede el cese de la medida, las normas sobre destrucción de las grabaciones y la colaboración de la Agencia de Protección de Datos.

Por otra parte, las normas sobre la incorporación al proceso penal de datos electrónicos de tráfico o asociados se ajustan también, en su mayor parte, a la regulación del año 2015, no obstante, no se sigue sustancialmente la regulación vigente en relación con las llamadas “vigilancias acústicas”, es decir, la captación, mediante la utilización de dispositivos técnicos de conversaciones privadas directas que pueden tener lugar tanto en lugares públicos como en domicilios y en otros lugares privados. En este sentido, se dispone que tal diligencia solo pueda ser utilizada para captar conversaciones que se produzcan en un encuentro concreto y determinado, sin que pueda ser prolongada más allá del mismo.

3. LIMITACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES CON LA INVESTIGACIÓN TECNOLÓGICA

Todo lo indicado hasta el momento viene a poner de relieve las ventajas que las nuevas tecnologías han supuesto en el desarrollo de la vida cotidiana, si bien, también se manifiesta que dichas ventajas llegan de la mano de una serie de inconvenientes, como pueden ser la facilidad a la hora de cometer determinados delitos o, quizá y más importante aún, la posibilidad de vulneración de derechos fundamentales de la persona

a través de la utilización de los dispositivos tecnológicos y las nuevas tecnologías puestas a nuestro alcance.

En este sentido, siguiendo a MARCHENA GÓMEZ “Los avances científicos ligados a las nuevas formas de comunicación telemática ponen al alcance del delincuente una metodología hasta ahora inimaginable para obtener ventajas en la ansiada impunidad del delito. Ante esa realidad, el Estado no tiene otra alternativa que luchar contra los nuevos fenómenos delictivos sin descartar la utilización de armas de intenso poder de injerencia en la vida privada de los ciudadanos”.⁶

En especial, los derechos fundamentales que se ven más amenazados en este aspecto son, sin lugar a dudas, los consagrados en el artículo 18 de la CE. Este precepto reconoce el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen; a la inviolabilidad del domicilio; al secreto de las comunicaciones; así como también la limitación del uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad de las personas.

3.1 La investigación penal y la limitación de derechos

Antes de entrar en el estudio específico de cada uno de estos derechos es preciso hacer algunas consideraciones previas en torno a la investigación penal y la limitación de derechos, en especial, dado el tema que nos ocupa, la limitación del derecho a la intimidad de la persona así como la limitación del secreto de las comunicaciones y de la inviolabilidad del domicilio.

La investigación penal comprende una serie de actos destinados a descubrir o averiguar algo que se desconoce, en tanto el acto de prueba se dirige a verificar las afirmaciones formuladas por las partes respecto a un hecho.

⁶ MARCHENA GÓMEZ, M., en MARCHENA GÓMEZ, M / GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERANO, N., *La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en 2015*, ed. Castillo de Luna, Madrid, 2015, p. 175.

Dentro de estos actos de investigación penal, tal y como destaca GÓMEZ COLOMER, puede distinguirse entre unos actos dirigidos a buscar y adquirir las fuentes de la investigación (como, por ejemplo, la interceptación de las comunicaciones telefónicas o la captación de imágenes) y unos actos que por sí mismos proporcionan las fuentes de la investigación (la inspección ocular, por ejemplo). Lo interesante respecto de la investigación penal es que no encontramos en nuestro Derecho una tasación legal de los actos de investigación, siendo sus únicos límites el respeto a los derechos fundamentales, su adecuación a los fines del proceso penal y, en especial, su pertinencia y utilidad.⁷

Específicamente, por lo que respecta a los actos de investigación penal que suponen una limitación de derechos fundamentales, lo importante es que la ley regule todas aquellas actuaciones que implican riesgo de afcción a los derechos fundamentales del investigado. Por tanto, en los tiempos actuales en los que el desarrollo tecnológico lleva la investigación a cotas de complejidad nunca vistas, puede decirse que el núcleo esencial de la investigación viene determinado por las siguientes consideraciones: los actos a practicar deben ser aquellos necesarios para probar los hechos o negarlos; los actos de investigación no se pueden limitar, puesto que dependen del hecho concreto; y, lo más importante y tal y como ya se ha avanzado, la ley únicamente deberá regular aquellos actos que dan lugar a una limitación o vulneración de los derechos fundamentales.⁸

Tratándose de actuaciones ligadas a las nuevas tecnologías, es más evidente la posible vulneración o afectación de derechos fundamentales de la persona, en especial, la intimidad, derecho que tal y como ha declarado el Tribunal Constitucional, garantiza al individuo un ámbito reservado de su vida vedando que terceros, sean particulares o poderes públicos, decidan cuáles sean los lindes de nuestra vida privada, pudiendo

⁷ GÓMEZ COLOMER, J.L., «Los actos de investigación», en J.L. Gómez Colomer (coord.), *Proceso penal: Derecho procesal III*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 197-199.

⁸ GÓMEZ COLOMER, J.L., «Los actos de investigación», en J.L. Gómez Colomer (coord.), *Proceso penal: Derecho procesal III*, cit., pp. 200-202.

cada persona reservarse un espacio resguardado de la curiosidad ajena, sea cual sea lo contenido en ese espacio.⁹

En el mismo sentido, el propio TC señala que la protección de ese ámbito reservado confiere a la persona el poder jurídico de imponer a terceros el deber de abstenerse de toda intromisión en su esfera íntima y la prohibición de hacer uso de lo así conocido.¹⁰

No obstante, el derecho a la intimidad reconocido por nuestra Constitución no es absoluto, pudiendo ceder ante intereses constitucionalmente relevantes, siempre que el límite que aquél haya de experimentar se revele como necesario para lograr un fin constitucionalmente legítimo, proporcionado para alcanzarlo y, en todo caso, sea respetuoso con el contenido esencial del derecho.¹¹

Dada la importancia de este derecho y los términos en los que el mismo se configura, el TC ha establecido los requisitos que proporcionan una justificación a la injerencia en el mismo, y así la STC 207/1996, de 16 de diciembre, se refiere a la existencia de un fin constitucionalmente legítimo, considerando como tal el interés público propio de la investigación de un delito; la habilitación legal, esto es, que la medida limitativa del derecho esté prevista en la ley, la cual debe definir las modalidades y extensión del ejercicio del poder otorgado con la suficiente claridad para aportar al individuo una protección adecuada contra la arbitrariedad; que como regla general se acuerde mediante resolución judicial motivada y, por último, la estricta observancia del principio de proporcionalidad, concretado en tres requisitos o condiciones, que ya conocemos: idoneidad de la medida, necesidad de la misma y proporcionalidad en sentido estricto.¹²

⁹ STC (Sala Segunda) núm. 127/2003, de 30 de junio [ECLI:ES:TC:2003:127].

¹⁰ STC (Sala Segunda) núm. 196/2004, de 15 de noviembre [ECLI:ES:TC:2004:196].

¹¹ STC (Sala Segunda) núm. 57/1994 de 28 de febrero [ECLI:ES:TC:1994:57].

¹² Véase STC (Sala Primera) núm. 207/1996, de 16 de diciembre [ECLI: ES:TC:1996:207].

3.2 Los derechos reconocidos en el art. 18 CE

Por lo que respecta a los derechos recogidos en el ya citado artículo 18 CE y a su consideración constitucional, se ha de destacar en primer lugar que todos los derechos comprendidos en el mismo mantienen una estrecha relación, en tanto que se inscriben en el ámbito de la personalidad, si bien cada uno de ellos tiene un contenido propio y específico.

El apartado 1 del artículo 18 garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, si bien estos derechos no suelen verse directamente afectados por la investigación tecnológica, a excepción de la intimidad, respecto de la cual el TC tiene señalado “que el derecho a la intimidad personal, consagrado en el art. 18.1 CE, se configura como un derecho fundamental estrictamente vinculado a la propia personalidad y que deriva, sin ningún género de dudas, de la dignidad de la persona que el art. 10.1 CE reconoce”.¹³

Respecto al derecho a la intimidad y su posible vulneración durante la investigación penal, muy interesante resulta la STS 694/2020, de 15 de diciembre¹⁴, que resuelve el recurso interpuesto por un sujeto que había sido condenado como autor responsable de diversos delitos de corrupción de menores de trece años y de abuso sexual de menores. En este caso, el sujeto había contactado con multitud de menores a través de la red social Tuenti, concretamente, se tenía conocimiento de más de treinta y dos niñas menores de edad, a quienes ofrecía dinero a cambio de mantener relaciones sexuales con él o incluso con terceras personas, llegando a concretar diversos encuentros con algunas niñas a través de la aplicación de mensajería WhatsApp, y realizando actos de carácter sexual con las mismas. Así, fue la referida red social,

¹³ Entre otras, STC (Sala Primera) núm. 202/1999, de 8 de noviembre [ECLI:ES:TC:1999:202] y STC (Sala Primera) núm. 186/2000, de 10 de julio [ECLI:ES:TC:2000:186].

¹⁴ Véase la STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 694/2020, de 15 de diciembre [ECLI:ES:TS:2020:4510]. En esta Sentencia el TS declara no haber lugar al recurso interpuesto precisamente contra la SAP Castellón (Sección Primera) núm. 301/2018, de 29 de octubre de 2018 [ECLI: ES:APCS:2018:58].

Tuenti, la que a la vista del contenido de determinadas conversaciones mantenidas por el recurrente procedió a denunciar los hechos, iniciándose la correspondiente investigación.

El recurrente alegaba en su recurso que Tuenti había vulnerado su secreto a las comunicaciones y a la intimidad personal sin control judicial alguno, pues carecía de habilitación legal para entrar a revisar sus chats privados. Tales chats o conversaciones privadas son los que, según él, habían servido como prueba esencial de cargo, considerando que habían sido ilícitamente obtenidos, debiendo declararse, por tanto, su nulidad.

En este caso, el Tribunal Supremo desestimó el recurso interpuesto por el condenado, considerando que no existía vulneración alguna por existir consentimiento del recurrente, ya que en las condiciones de uso de la plataforma se hacían constar expresamente los usos no permitidos, entre los que se encontraba usar el servicio para injuriar, difamar, intimidar, violar la propia imagen o acosar a otros usuarios. Igualmente, se informaba por la red social de las eventuales consecuencias, entre las que se preveía que Tuenti haría todo lo posible para controlar la legalidad de los contenidos y si detectase o incluso sospechase que estos eran delictivos, no solo podría colaborar, sino también que la red social lo pondría en conocimiento de las autoridades policiales y judiciales. Así pues, en este caso, el TS considera que la red social había establecido de forma clara las condiciones de uso del servicio, informando incluso de su actividad de vigilancia, de tal forma que en este caso, no se produce una injerencia en la intimidad del recurrente con base en una investigación por parte de las autoridades policiales o judiciales, sino en una investigación derivada y sustentada en el propio consentimiento del usuario. El condenado había prestado su consentimiento de una forma libre, específica e informada, era consciente de que los contenidos podían vigilarse y en el caso de sospecha de ilicitud ponerse en conocimiento de las autoridades y, con todo ello, aceptó las condiciones de uso establecidas por parte de la plataforma. En el mismo sentido, las destinatarias de los mensajes y víctimas del sujeto,

habían aceptado las mismas condiciones de uso, debiendo tenerse en cuenta también que se personaron en el procedimiento y narraron el contenido de esos mensajes propios sin estar constreñidas por el secreto de comunicación.

Siguiendo con la afectación de derechos fundamentales, es de destacar que los derechos que se ven más afectados por la investigación tecnológica son, sin duda alguna, el derecho al secreto de las comunicaciones y, aunque en menor medida, el derecho a la inviolabilidad del domicilio.

Respecto a la limitación del secreto de las comunicaciones y la posible vulneración de este derecho debe destacarse que el TC declara que “El secreto de las comunicaciones se vulnera cuando un tercero no autorizado interfiere y llega a conocer el contenido de las que mantienen otras personas, no cuando uno de los comunicantes se limita a perpetuar, mediante grabación mecánica, el mensaje emitido por otro. Aunque esta perpetuación se haya hecho de forma subrepticia y no autorizada por el emisor del mensaje y aunque éste haya sido producido en la creencia de que el receptor oculta su verdadera finalidad, no puede ser considerado el mensaje secreto e inconstitucionalmente interferido; no es secreto porque ha sido publicado por quien lo emite y no ha sido interferido, en contra de la garantía establecida en el art. 18.3 CE, porque lo ha recibido la persona a la que materialmente ha sido dirigido y no por un tercero que se haya interpuesto. Cosa completamente distinta es que el mensaje sea luego utilizado por el receptor de una forma no prevista ni querida por el emisor, pero esto no convierte en secreto lo que en su origen no fue”.¹⁵

Asimismo, puede concluirse, y así lo tiene declarado el TS, que quien graba y almacena una conversación que mantiene con otro ni conculca el derecho al secreto de las comunicaciones ni el derecho a la intimidad.¹⁶

¹⁵ STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 2081/2001, de 9 de noviembre [ECLI: ES:TS:2001:8721].

¹⁶ Véase STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 421/2014, de 16 de mayo [ECLI:ES:TS:2014:2017] y STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 652/2016, de 15 de julio [ECLI:ES:TS:2016:3585]. Concretamente, en la STS 652/2016 el TS resuelve el recurso interpuesto por

Respecto al secreto de las comunicaciones, muy interesante es la reciente STS 625/2021, de 14 de julio¹⁷, en la que el Tribunal se pronuncia sobre un recurso de casación interpuesto contra una Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, con origen en un proceso seguido ante la Audiencia Provincial de Castellón.

El recurrente, que había sido condenado por un delito de abuso sexual a un menor del artículo 183.ter 1 CP, alegaba, entre otros motivos, la proscripción de validez probatoria de toda prueba obtenida violentando, directa o indirectamente, los derechos fundamentales al secreto de las comunicaciones así como al derecho a la inviolabilidad del domicilio.

En dicho caso, había sido la madre de la víctima, un menor de trece años, quien había descubierto en el ordenador de éste una serie de correos electrónicos que contenían conversaciones en las que el menor se ofrecía a mantener relaciones sexuales con adultos, llegando a realizar diversos encuentros con hombres mayores de edad.

En relación con el correo electrónico ha de señalarse, por una parte, que la definición más adecuada del correo electrónico es la que ofrece la Directiva 58/2002/CE, de 12 de julio, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas, como «Todo mensaje de texto, voz, sonido o imagen enviado a través de una red de comunicaciones

un sujeto que había sido condenado por un delito continuado de estafa en concurso medial con un delito de falsedad en documento mercantil. Entre otros motivos, el recurrente cuestionaba la validez de la prueba consistente en una grabación de una reunión que el mismo había mantenido con cuatro personas de la empresa denunciante, grabación que se reprodujo en la vista oral y cuya transcripción se aportó a los autos. En este sentido, dice el TS que “la aportación al proceso de grabaciones de conversaciones particulares realizadas por uno de sus protagonistas no vulnera el derecho al secreto de las comunicaciones, pues este derecho no puede esgrimirse frente a los propios intervinientes en la conversación”.

¹⁷ STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 625/2021, de 14 de julio [ECLI:ES:TS:2021:3104].

pública que pueda almacenarse en la red o en el equipo terminal del receptor hasta que éste acceda al mismo».¹⁸

Por otra parte y por lo que respecta a la posibilidad de aportar correos electrónicos como prueba en el proceso, ha de tenerse en cuenta que éstos podrán aportarse y admitirse como prueba, si bien en la mayoría de casos se hará necesario un respaldo pericial técnico-informático que patentice de forma indubitada que los mismos fueron remitidos por la persona a quien se imputan, si bien podrán admitirse como prueba a pesar de la no existencia del informe pericial si, por ejemplo, dichos correos han sido reconocidos por el propio acusado o existen testigos que sostengan que los mensajes los cruzó el acusado con cada uno de ellos.¹⁹

Siguiendo con el caso analizado, a raíz del descubrimiento de los mencionados correos electrónicos, la madre procedió a interponer una denuncia, lo que dio lugar a unas diligencias previas que, a su vez, a la vista de la existencia de varios sospechosos, dieron lugar a la incoación de diversas diligencias previas más, encaminadas a investigar los hechos y la identidad de las personas con quien el menor había intercambiado los correos, entre ellos, el recurrente.

Como consecuencia de la investigación policial se descubrió que tres de las direcciones de correo pertenecían al recurrente, si bien éste cuestiona en su recurso la validez de un medio probatorio que dependa de la legitimidad de fuentes de prueba obtenidas en otro proceso, así como también alega la vulneración de su derecho al secreto de las comunicaciones y a la inviolabilidad del domicilio.

¹⁸ ARMENTA DEU, T., «Regulación legal y valoración probatoria de fuentes de prueba digital (correos electrónicos, WhatsApps, redes sociales): entre la insuficiencia y la incertidumbre», IDP N° 27, 2018, p. 71.

¹⁹ Entre otras, STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 326/2019, de 20 de junio de 2019 [ECLI:ES:TS:2019:2109].

En este caso se produjo la unión al inicio del juicio oral del oficio policial y de la resolución judicial que permitió la identificación del acusado como la persona que, desde unas determinadas direcciones IP y a través de distintos correos electrónicos, había contactado con el menor, las que por error no habían sido unidas en su momento al proceso, no tratándose de un auto de intervención dictado en otro procedimiento del que se obtiene información para otro distinto, sino de un auto motivado por encontrarse en el ordenador portátil del menor contactos con hombres con los que había mantenido relaciones sexuales, lo que justificaba la identificación de los titulares de las IPs y de sus direcciones.

Rechaza, por tanto, el TS el motivo referido, señalando respecto a la vulneración del secreto de las comunicaciones telefónicas que el auto habilitante se dictó de forma justificada y con una motivación suficiente.

El mismo artículo 18 CE declara la inviolabilidad del domicilio, de tal forma que ninguna entrada o registro puede hacerse en el mismo sin cumplir con las condiciones que el propio precepto señala.

El concepto de domicilio que maneja nuestro TC implica que se proteja no solo el espacio físico en sí mismo considerado, sino lo que en él hay de emanación de la persona y de su esfera privada, habiéndose definido el domicilio inviolable como “un espacio en el cual el individuo vive sin estar sujeto necesariamente a los usos y convenciones sociales y ejerce su libertad más íntima”.²⁰

A este respecto, la referida STS 625/2021 declara que no existe vulneración a pesar de que el atestado con toda la investigación policial fuera llevado al Juez de Instrucción en un momento posterior a dicho auto de entrada y registro, pues tal y como señala expresamente el Alto Tribunal “no es preciso que los datos que el Juez tiene en cuenta para acordar la restricción del derecho consten previamente en la causa,

²⁰ STC (Sala Segunda) núm. 22/1984, de 17 de febrero [ECLI:ES:TC:1984:22].

resultando bastante que se incorporen a la misma a través del mismo oficio policial que solicita la adopción de la medida”. Asimismo, argumenta no existir vulneración del derecho ya que se valoran como indicios los iniciales mensajes del ordenador del menor, las cuentas de correo y las direcciones IP, teniendo en cuenta que todos conducen hacia el acusado, por tanto “si todos esos datos disponibles, aludidos en la solicitud policial, apuntaban en dirección al acusado recurrente, ha de concluirse que se tuvieron en cuenta indicios objetivos suficientes para justificar la restricción de sus derechos, por lo que no se aprecia que se haya vulnerado su derecho a la inviolabilidad del domicilio”.

Por lo tanto, en dicha sentencia, el TS declara no haber lugar a la estimación del recurso, confirmando la sentencia dictada en su día por la AP de Castellón.

Asimismo, por lo que respecta a la inviolabilidad del domicilio, el TS mantiene la protección constitucional de tal derecho cuando se utilizan instrumentos ópticos que convierten la lejanía en proximidad. Esta inviolabilidad no desaparece por el hecho de que el sujeto afectado no haya colocado obstáculos con el fin de impedir la visibilidad desde el exterior. Dentro de este supuesto encontramos, por ejemplo, casos en los que la Policía lleva a cabo la observación de lo ocurrido dentro de un domicilio mediante prismáticos²¹ o, de un tiempo a esta parte, cada vez más, mediante el uso de aeronaves no tripuladas.

A este respecto, huelga decir que el Estado no puede penetrar sin la debida autorización judicial en el espacio privado que cada sujeto ostenta frente a los terceros, pues así lo proscribía el art. 18.2 CE. Así, se vulnera dicho precepto cuando sin autorización judicial y con el fin de eludir los obstáculos que lo dificulten se utilicen dispositivos ópticos que permitan la ampliación de imágenes salvando la distancia

²¹ Véase STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 329/2016, de 20 de abril [ECLI:ES:TS:2016:1709]. En dicha Sentencia el Alto Tribunal anula la condena de los acusados, considerando que la única prueba de cargo se había obtenido vulnerando el derecho a la inviolabilidad del domicilio, puesto que los agentes de Policía habían observado el interior del domicilio mediante el uso de prismáticos, haciendo asimismo referencia expresa por primera vez al dron.

física. El TS considera que la protección constitucional frente a estas intromisiones abarca no solo las inmersiones físicas, sino también las virtuales, de tal modo que no será necesaria la entrada física en un domicilio para quebrantar esta protección, puesto que las nuevas tecnologías permiten actualmente la denominada “intrusión virtual”.²²

Así, en la citada STS 329/2016, se refiere nuestro Alto Tribunal por primera vez de una forma expresa y directa al dron, señalando también que su tripulación a distancia permite una intromisión de forma ilimitada en los domicilios con espacios abiertos, siendo el ejemplo del dron únicamente uno de los muchos que pueden imaginarse actualmente.

4. LA AVERIGUACIÓN DEL DELITO A TRAVÉS DE LAS MEDIDAS DE INVESTIGACIÓN TECNOLÓGICA

Entrando en un estudio más exhaustivo de las medidas de investigación tecnológicas reguladas en nuestra LECRIM, hay que destacar en primer lugar que dentro de las Disposiciones Generales del Capítulo IV del Libro II, el artículo 588 bis establece los principios rectores y regula la necesidad de autorización judicial, así como la resolución judicial que debe autorizar estas medidas. Dispone también la sustanciación de pieza separada y secreta y establece detalladamente la duración de dichas medidas así como su prórroga. Igualmente, se prevé la obligación de la Policía Judicial de informar al Juez de Instrucción del desarrollo y de los resultados, se prevé la posible afectación de terceros así como la utilización de la información que se obtenga en procedimientos distintos, incluyendo aquí los descubrimientos casuales y, por último, se contempla también el cese de la medida y la destrucción de los registros.

²² RICHARD GONZÁLEZ define la intromisión virtual como aquella injerencia que se produce a distancia y sin contacto directo que, además, es imperceptible para los investigados y que se contrapone a una entrada material en el mismo, en RICHARD GONZÁLEZ, M., «Nulidad de la prueba por la intromisión virtual en domicilio. Una breve reflexión sobre la observación policial ilícita de la intimidad personal y familiar», Diario La Ley, nº 8788, Sección Reseña de Jurisprudencia, ed. La Ley, 22 de junio de 2016, p. 1.

Por lo que respecta a la intervención de las comunicaciones telefónicas, a la que antes únicamente se dedicaba, y de una forma muy vaga, el artículo 579, esta medida se desarrolla ahora dentro del Capítulo V de Libro II, concretamente en el artículo 588 ter letras a-i, regulando conjuntamente la intervención de las comunicaciones telefónicas y telemáticas.

Los requisitos legales para la adopción de esta medida vienen referidos por una parte a los delitos respecto de los que puede acordarse, a saber, primero, delitos dolosos castigados con pena con límite máximo de, al menos, tres años de prisión, segundo, delitos cometidos en el seno de un grupo u organización criminal, tercero, delitos de terrorismo y, cuarto, delitos cometidos a través de instrumentos informáticos o de cualquier otra tecnología de la información o la comunicación o servicio de comunicación. Por otra parte, los requisitos hacen referencia asimismo a los instrumentos que pueden verse afectados por la interceptación, de tal forma que los terminales o medios de comunicación objeto de intervención han de ser aquellos habitual u ocasionalmente utilizados por el investigado, además, la intervención judicialmente acordada podrá autorizar el acceso al contenido de las comunicaciones y a los datos electrónicos de tráfico o asociados al proceso de comunicación y también podrán intervenir los terminales o medios de comunicación de la víctima cuando sea previsible un grave riesgo para su vida o integridad.²³

Respecto a la cuestión de si es posible acordar la intervención de terminales de terceros que no tengan la condición de investigado, la respuesta a esta pregunta ha de ser afirmativa, en virtud de lo dispuesto en el art. 588 ter c en cuanto a la afectación de terceros.

²³ Véase STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 385/2021, de 5 de mayo [ECLI:ES:TS:2021:1906], en la que el TS se pronuncia sobre el recurso interpuesto por un sujeto condenado por un delito de blanqueo de capitales, procedentes de narcotráfico. Alega el recurrente vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones, si bien el TS desestima el motivo, considerando que el recurrente no ha podido identificar respecto de los autos autorizantes de la medida qué presupuestos no se habían cumplido. Considera el Alto Tribunal que los autos habilitantes se adoptaron de forma motivada y cumpliendo todos los requisitos. Además, dichas intervenciones estuvieron controladas en todo momento por el juez, no apreciándose ninguna deficiencia que pueda dar lugar a su nulidad.

Por otra parte, una cuestión muy interesante que se plantea en el marco de la intervención de las comunicaciones telefónicas y telemáticas es también la relativa a la captación y grabación de conversaciones por parte de los agentes encubiertos. Así, surge la cuestión de hasta qué punto nuestro legislador da cobertura a todos los posibles escenarios de captación y grabación de las comunicaciones con que un agente infiltrado puede encontrarse.

La LECRIM no regula esta materia junto con las medidas de investigación tecnológica, sino que hay que estar a lo dispuesto en el art. 282 bis 7.

Respecto de las comunicaciones telefónicas y telemáticas entre un agente encubierto y un miembro de la organización criminal investigada es claro que resulta necesaria la previa autorización judicial, por cuanto se ven afectados no solo los derechos del sujeto investigado sino también los del propio agente infiltrado. Ahora bien, no se resuelve por la LECRIM la cuestión de si un agente encubierto puede grabar comunicaciones ajenas de forma oculta, por ejemplo, colocando al investigado un micrófono o instalando dicho dispositivo en un lugar específico con la intención de grabar las conversaciones que la persona investigada pueda mantener con terceros.

En este sentido, parece evidente que el agente va a necesitar siempre autorización judicial, si bien en este punto se plantea un nuevo problema, como es el relativo a si esa autorización judicial es suficiente o puede decaer por no existir previsión legal expresa de dicho supuesto. A la vista del artículo 282 bis 7 de la LECRIM parece que nuestro legislador solo contempla el supuesto de la grabación de las conversaciones que pueda mantener el agente infiltrado con el investigado en encuentros previstos, de tal forma que hubiera sido conveniente aprovechar la reforma

operada en el año 2015 para llevar a cabo una regulación más detallada y exhaustiva del uso de aparatos técnicos por parte de los agentes encubiertos.²⁴

Por otra parte, también recoge ahora la LECRIM la figura del agente encubierto informático o virtual, concretamente en el apartado 6 del mismo art. 282 bis. De conformidad con dicho precepto, se permite que el Juez de Instrucción autorice a agentes de la Policía Judicial para que actúen bajo una identidad supuesta y mantengan comunicaciones en canales cerrados de comunicación²⁵, a efectos de investigar los delitos mencionados en el apartado 4 del mismo, o bien cualquiera otro de los previstos en el art. 588 ter a de la LECRIM.²⁶

Este agente encubierto informático o virtual, con autorización judicial, que deberá en todo caso ser previa y expresa, podrá “hacerse pasar” por un delincuente más para intercambiar archivos ilícitos y proceder a la identificación de dichos archivos así como de los criminales. Así, esta figura cobra especial importancia, por ejemplo, en la investigación de delitos cometidos a través de instrumentos informáticos en relación con menores, como es el caso del agente encubierto informático que simula ser un menor de edad para mantener conversaciones con pedófilos o, incluso, respecto de delitos relacionados con organizaciones y grupos terroristas, especialmente cuando se lleva a cabo a través de Internet la captación y adoctrinamiento a terceros.²⁷

²⁴ GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO, M., «El uso de dispositivos electrónicos de captación de comunicaciones en operaciones de infiltración policial», en *La nueva reforma procesal penal: derechos fundamentales e innovaciones tecnológicas*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 218-220.

²⁵ RIZO GÓMEZ define el canal cerrado de comunicación como aquél que permite la comunicación entre las personas haciendo posible la exclusión de terceros por deseo propio. RIZO GÓMEZ, B., «La infiltración policial en Internet. A propósito de la regulación del agente encubierto informático en la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica», en *Justicia penal y nuevas formas de delincuencia*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 103.

²⁶ CALAZA LÓPEZ, S., «Los actos de investigación (I)» en *Derecho Procesal Penal*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 269-270.

²⁷ Véase por ejemplo la STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 525/2020, de 20 de octubre [ECLI:ES:TS:2020:3448] en la que el TS resuelve un recurso interpuesto frente a una Sentencia de la Audiencia Nacional que condenaba a varios sujetos por llevar a cabo la captación de personas para la organización terrorista DAESH. En este caso se habían compartido con el agente encubierto informático una serie de mensajes y vídeos de corte radical y violento, e incluso operaban los condenados a través

Prosiguiendo con las medidas de investigación tecnológica, novedad importante de la reforma fue también la previsión del artículo 588 ter j, relativa a la cesión de datos obrantes en archivos automatizados de prestadores de servicios, estableciéndose la necesidad de autorización judicial, si bien al hacer dicho precepto referencia a datos vinculados a un proceso de comunicación, puede concluirse que no van a requerir autorización judicial aquellos datos referidos a la identidad nominal de los titulares y a la identificación técnica de terminales o dispositivos de conectividad, siempre que no se obtengan a partir de un proceso de comunicación ni exijan para su descubrimiento otras medidas de interferencia.²⁸

Por su parte, el art. 588 ter k, prevé la posibilidad de identificación mediante número IP en el ejercicio de las funciones de prevención y descubrimiento de delitos cometidos en internet, de tal forma que se requiere autorización judicial para determinar la identidad del titular de una concreta IP.

A continuación, la letra l) del mismo precepto regula la identificación de los terminales mediante captación de códigos de identificación del aparato o de sus componentes, lo que permite que en aquellos supuestos en los que se desea que el investigado no sospeche de que sus comunicaciones han sido intervenidas, puedan emplearse artificios técnicos que, sin levantar las sospechas del sujeto, emitan señales que permitan la identificación, por ejemplo, del número IMEI, que permite saber desde qué terminal concreto se realizan las llamadas.²⁹

Respecto a la identificación de titulares o terminales o dispositivos de conectividad, la letra m) del art. 588 ter permite dicha identificación sin necesidad de

de Facebook, mediante una red de acceso privado restringida únicamente a aquellos usuarios que eran aceptados como amigos en la red social.

²⁸ PÉREZ CEBADERA, M.A., «Nuevos retos de la ciberseguridad en un contexto cambiante», en C. Mallada Fernández (dir.), *Nuevos retos de la ciberseguridad en un contexto cambiante*, ed. Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2019, pp. 206-207.

²⁹ MARCHENA GÓMEZ, M., *La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en 2015*, cit., p. 311.

autorización judicial cuando lo que se persiga, dentro de una investigación penal, sea descubrir el número de teléfono o de cualquier otro medio de comunicación partiendo de los datos de un titular que ya consta identificado, o bien averiguar quién es el titular, pero tal y como ya se ha adelantado al tratar la cesión de datos obrantes en archivos automatizados de prestadores de servicios, resulta indispensable que se trate de datos que no se hayan obtenido a través de un proceso de comunicación ni mediante otra forma de interferencia.³⁰

El Capítulo VI del Libro II se dedica a la captación y grabación de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos. Dentro del mismo, el artículo 588 quater se refiere a la grabación de las comunicaciones orales directas, estableciendo los presupuestos, el contenido que ha de tener la resolución judicial que decreta la medida, el control y el cese de ésta. Este precepto implica la posibilidad de grabar las comunicaciones orales directas del investigado, así como también imágenes, si bien en todo caso mediante resolución judicial y siempre dentro de un proceso penal ya incoado.

En estos supuestos, podrá autorizarse la colocación y utilización de dispositivos electrónicos que permitan la captación y grabación de las comunicaciones orales directas que se mantengan por el investigado, tanto en la vía pública como en otro espacio abierto, en su domicilio o en cualesquiera otros lugares cerrados. Asimismo, estos dispositivos de escucha y grabación podrán ser colocados tanto en el exterior como en el interior del domicilio o lugar cerrado, si bien para el caso de que fuera necesaria la entrada en el domicilio o en alguno de los espacios destinados al ejercicio de la privacidad, la resolución habilitante habrá de extender su motivación a la procedencia del acceso a dichos lugares. Además, puede señalarse que la escucha y la grabación de las conversaciones privadas se podrán complementar, en su caso, con la

³⁰ MARCHENA GÓMEZ, M., *La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en 2015*, cit., pp. 325-326.

obtención de imágenes cuando expresamente lo autorice la resolución judicial que la acuerde.³¹

A continuación, se dedica el Capítulo VII del Libro II a la utilización de dispositivos técnicos de captación de la imagen, de seguimiento y de localización. Distingue aquí el artículo 588 quinquies entre la captación de imágenes en lugares o espacios públicos y la utilización de dispositivos o medios técnicos de seguimiento y localización. De conformidad con la letra a) de dicho precepto, la Policía Judicial podrá captar imágenes del investigado, sin autorización judicial, cuando el mismo se halle en un espacio público³² y, respecto de los dispositivos de seguimiento y localización, la letra b) permite la utilización de artificios que permitan el seguimiento y la localización de cualquier investigado, si bien en el auto habilitante debe especificarse el medio concreto que va a utilizarse, aunque en determinados supuestos de urgencia se permita que el control judicial se posponga.³³

³¹ Véase STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 718/2020, de 28 de diciembre [ECLI:ES:TS:2020:4436]. El TS resuelve un recurso interpuesto por varios condenados por delito contra la salud pública (tráfico de cocaína y marihuana), en el que junto a otros motivos alegaban la vulneración de los arts. 18.1, 2 y 3 CE. Respecto a la captación y grabación de las comunicaciones orales, durante la instrucción se había acordado la instalación de dispositivos de escucha y grabación en el domicilio de uno de los investigados, señalando el TS que si bien se habían cumplido los presupuestos previstos por el art. 588 quater, la Sala Segunda aprecia una vulneración en el régimen jurídico de la medida de investigación tecnológica, por cuanto en el auto habilitante de la medida se concedía un plazo abierto, sin conexión con un encuentro concreto o previsible. En este sentido, establece el TS que no se avalan las resoluciones habilitantes que fijen periodos abiertos de duración de la injerencia y sin específica mención de los encuentros que van a ser grabados. Considera el TS, por tanto, que el auto habilitante dictado por el Juzgado de Instrucción vulneró el derecho a la inviolabilidad del domicilio y a la intimidad en las comunicaciones abiertas que se desarrollaban en el interior del mismo.

³² Véase STS (Sala de lo Penal) núm. 200/217, de 27 de marzo [ECLI:ES:TS:2017:1069], que considera legítima y no vulneradora de derechos fundamentales la grabación de escenas presuntamente delictivas en la vía pública, siempre que se limite a espacios públicos fuera de la inviolabilidad del domicilio. Se pronuncia en dicha resolución el TS respecto del valor de las grabaciones realizadas por la Policía y de los fotogramas aportados por las actas de vigilancia en la investigación de un delito de tráfico de drogas, en el sentido de afirmar que cuando el emplazamiento de aparatos de filmación o escucha invade el espacio restringido de la intimidad de las personas (el domicilio), solo podrá acordarse en virtud de mandamiento judicial, de tal forma que no estarían autorizados sin la previa resolución judicial habilitante aquellos medios que capten escenas en el interior de un domicilio. Respecto de los espacios públicos, considera el TS que el material fotográfico y video gráfico obtenido en la vía pública y sin ninguna intromisión en la intimidad de la persona tiene un valor probatorio innegable.

³³ PÉREZ CEBADERA, M.A., «Nuevos retos de la ciberseguridad...», cit., pp. 211-212.

El Capítulo VIII del Libro lleva por rúbrica “Registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información”, e introduce la ley en el art. 588 sexies la posibilidad de acceso a la información contenida en estos dispositivos, cuando los mismos sean aprehendidos con ocasión de un registro domiciliario. En estos supuestos, será siempre necesario que la resolución del juez se extienda a dicho acceso, no legitimándose el acceso a la información por la simple incautación durante el registro. Asimismo, se regula el acceso a la información de dispositivos electrónicos incautados fuera del domicilio del investigado.³⁴

El Capítulo IX viene dedicado a los registros remotos sobre equipos informáticos, regulando en el art. 588 septies no solo los presupuestos, en especial, en la letra a) aquellos delitos en relación con los cuales puede adoptarse la medida, sino también el deber de colaboración y la duración de esta medida.

Por último, el Capítulo X, hace referencia a las medidas de aseguramiento, previendo en el art. 588 octies la posibilidad de requerir a cualquier persona la conservación y protección de datos o informaciones concretas contenidas en un sistema de almacenamiento hasta la obtención de la autorización judicial.

En cuanto a los principios que deben presidir la investigación tecnológica, la propia Exposición de Motivos de la LO 13/2015 señala que toda medida deberá responder al principio de especialidad, de tal forma que la medida que se adopte tenga

³⁴ Véase STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 311/2020, de 15 de junio [ECLI:ES:TS:2020:2160], en la que el TS se pronuncia respecto del registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información del art. 588 sexies LECRIM. El recurrente, condenado por varios delitos de agresión sexual en grado de tentativa y uno en grado consumado, alegaba en su recurso que había sido objeto de un interrogatorio sin la presencia de su abogado en el que había facilitado las claves de acceso a su ordenador. Considera el TS que en este caso no puede hablarse de interrogatorio, sino de colaboración voluntaria del investigado durante el registro dándoles a conocer las claves. Desestima el TS el motivo por cuanto señala que el investigado había comunicado a la policía las claves de acceso sin resultar lesionado su derecho de defensa, pues la colaboración se produjo en presencia del LAJ, fuera de un contexto coactivo y no tenía como finalidad permitir el acceso al contenido sino solo comprobar si los instrumentos tenían relación con la investigación. Por otra parte, tal y como apunta el TS, el posterior acceso y análisis de la información contenida en el ordenador no dependió de esa colaboración del investigado sino de la correspondiente autorización judicial ulterior.

por objeto el esclarecimiento de un hecho punible concreto. Asimismo, estas medidas de investigación tecnológica deberán cumplir los principios de idoneidad, excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad. Por lo tanto, se exige que en el auto en que se acuerde la medida, el Juez de Instrucción determine que en el caso concreto de que se trate concurren los mencionados principios.

Por lo que respecta al principio de especialidad, aparece expresamente previsto en el art. 588 bis a.2 y, como ya se ha adelantado, exige que la medida que se acuerde vaya dirigida a investigar un delito concreto. En relación con este principio, el TS señala que el principio de especialidad impide las investigaciones prospectivas³⁵ y, por su parte, el mismo criterio siguen nuestro TC y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que señalan que el derecho al secreto de las comunicaciones no puede ser limitado para satisfacer una necesidad genérica de prevenir o descubrir delitos o para despejar sospechas sin una base objetiva, de ahí que toda intervención deba apoyarse en datos fácticos o indicios que hagan suponer que alguien intenta cometer, está cometiendo o ha llevado a cabo un hecho tipificado como delito.³⁶

Por su parte, el principio de idoneidad se recoge en el art. 588 bis a.3, si bien no establece qué debe entenderse por “idoneidad de la medida”, mas de los pronunciamientos del TC puede deducirse que una medida es idónea cuando sea

³⁵ Véase STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 262/2018, de 31 de mayo [ECLI:ES:TS:2018:1934]. Resuelve el TS el recurso interpuesto por un funcionario de vigilancia aduanera que había sido condenado por delito de cohecho. Afirmaba el recurrente que la intervención de las comunicaciones realizadas durante la investigación carecía de motivación y de indicios suficientes para llevarla a cabo, pues se había basado únicamente en una denuncia telefónica anónima realizada tres años antes de la incoación de las diligencias previas. Desestima el TS el motivo al considerar que no cabe tildar la investigación como general o prospectiva, ni basada en informaciones confidenciales no contrastadas; sino que tanto la solicitud como la autorización judicial se apoyan en este caso en indicios y hasta en evidencias de la existencia de un delito, pues son resultado de actuaciones policiales mantenidas en el tiempo, que tras la inicial llamada anónima, permitieron el acopio de datos y elementos objetivos altamente significativos de la realidad de las conductas.

³⁶ Entre otras, STC (Pleno) núm. 167/2002, de 18 de diciembre [ECLI ES:TC:2002:167] y SSTEDH de 6 de septiembre de 1978 (Caso Klass) y de 15 de junio de 1992 (Caso Lüdi).

susceptible de conseguir el objetivo propuesto³⁷ y, por su parte, el TS considera que una medida resultará idónea cuando aparezca adecuada a los fines de la instrucción.³⁸

Siguiendo con los principios citados, a los principios de excepcionalidad y necesidad se refiere el art. 588 bis a.4 y, de conformidad con dicho precepto, las medidas de investigación tecnológica solo podrán adoptarse cuando no exista otro acto de investigación que resulte menos gravoso o perjudicial a los derechos fundamentales de la persona. Concretamente, respecto a la necesidad de la medida, en palabras del TS “una medida cumplirá el requisito de la necesidad cuando no quede más remedio que acudir a ella para seguir investigando”.³⁹

Por último, respecto al principio de proporcionalidad, el mismo se recoge en el art. 588 bis a.5 y de conformidad con dicho artículo habrá que examinar si la medida es ponderada o equilibrada, es decir, se ha de examinar que el sacrificio de derechos no sea superior al beneficio que mediante dicha medida se va a obtener.⁴⁰

³⁷ Véase STC (Sala Primera) núm. 207/1996, cit.

³⁸ Véase STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 85/2017, de 15 de febrero [ECLI:ES:TS:2017:476]. El TS estima en dicha resolución el recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal contra la sentencia dictada por la AP de Tarragona que absolvía a tres acusados de un delito contra la salud pública. La absolución fue debida a la estimación de la nulidad que se apreció por el Tribunal sentenciador respecto de las intervenciones telefónicas practicadas durante la instrucción, instando el MF en su recurso la validez del auto que autorizó la medida. Considera el TS al resolver el recurso que no puede hacerse tacha alguna respecto a la idoneidad de la medida como apta para seguir avanzando en la investigación policial, por resultar adecuada a los fines de la instrucción. En dicho caso, no se aceptan las razones esgrimidas en la sentencia y que concluyeron en la declaración de nulidad del auto inicial de intervención telefónica, ni las consecuencias derivadas de tal nulidad que determinaron la absolución de todos los acusados.

³⁹ STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 490/2014, de 17 de junio de 2014 [ECLI:ES:TS:2014:2459]. Señala literalmente el TS que “La necesidad exige comprobar en un juicio *ex ante* no solo si existían otras posibilidades, sino también y especialmente si esas líneas alternativas de investigación se revelaban con un nivel de eficacia o potencialidad esclarecedora similar o al menos razonablemente adecuada o equiparable a la intervención de las comunicaciones”. En este caso, los recurrentes, que habían sido condenados por un delito contra la salud pública, en su modalidad de tráfico de estupefacientes, alegaban “debilidad de los indicios aducidos para provocar la injerencia en el derecho al secreto de las comunicaciones”, siendo que el propio Tribunal reconoce que es obvio que nunca una intervención telefónica es el único medio posible, pero que en este caso era necesaria, puesto que siguiendo la argumentación del Ministerio Fiscal, si realmente se pretendía descubrir el entramado de viajes que los investigados planificaban utilizando a terceras personas para transportar la droga (muleros), no se adivinan otros medios de similar eficacia.

⁴⁰ PÉREZ CEBADERA, M.A., «Nuevos retos de la ciberseguridad...», cit., pp. 183-188.

No puede concluirse este apartado sin hacer mención a diversas Circulares de la Fiscalía General del Estado que más recientemente han abordado este tema. Concretamente, han de citarse la 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, la Circular 2/2019, de 6 de marzo, de la Fiscalía General del Estado, sobre interceptación de comunicaciones telefónicas y telemáticas, la Circular 3/2019, de 6 de marzo, de la Fiscalía General del Estado, sobre captación y grabación de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos, la Circular 4/2019, de 6 de marzo, de la Fiscalía General del Estado, sobre utilización de dispositivos técnicos de captación de la imagen, de seguimiento y de localización y la Circular 5/2019, de 6 de marzo, de la Fiscalía General del Estado, sobre registro de dispositivos y equipos informáticos, que ofrecen unas pautas de interpretación de las nuevas disposiciones a la luz de las soluciones esbozadas por la jurisprudencia.⁴¹

5. LA UTILIZACIÓN DE DRONES COMO DILIGENCIA DE INVESTIGACIÓN TECNOLÓGICA: CONSECUENCIAS PROBATORIAS

Puede definirse la palabra dron como “conjunto de elementos configurables que constituyen una aeronave pilotada de forma remota, sus estaciones de pilotaje asociadas, los enlaces de control y mando requeridos y cualquier otro elemento del sistema que pueda ser necesario, en cualquier momento durante la operación del vuelo”.⁴²

⁴¹ Se pueden consultar tales Circulares en:

https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2019-4240,
https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2019-4241,
<https://www.boe.es/boe/dias/2019/03/22/pdfs/BOE-A-2019-4242.pdf>
https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2019-4243
https://boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2019-4244

⁴² Definición ofrecida por la Organización Internacional de la Aviación, <https://icao.int> (Fecha de consulta 30/10/2021).

En nuestro ordenamiento, encontramos una tímida regulación de estos artefactos, si bien ya el Real Decreto-ley 8/2014, de 4 de julio, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia introdujo un marco regulatorio, de una forma muy genérica.

El uso de drones o aeronaves no pilotadas ha estado en auge en los últimos años, consecuencia del gran avance tecnológico, lo que ha supuesto que se haya producido una adquisición muy elevada de los mismos por parte de la población civil. En este marco, se hacía necesaria una regulación y, en este sentido, España ha optado por una regulación inicialmente muy prudente, que posteriormente ha dado lugar al Real Decreto 1036/2017, de 15 de diciembre, por el que se regula la utilización civil de aeronaves pilotadas por control remoto, en vigor desde el 30 de diciembre del año 2017.⁴³

Por lo que respecta a las distintas posibilidades de uso de drones, tanto por parte de civiles como de los operadores jurídicos, puede decirse que el dron puede utilizarse como un dispositivo recreativo, así como también puede servir como diligencia de investigación policial o incluso judicial.

Por otra parte, por lo que respecta al uso del dron como diligencia de investigación policial, no encontramos en la LECRIM una mención específica a los drones, si bien ello es consecuencia del carácter abierto con que la ley efectúa la regulación. No obstante, si atendemos a lo dispuesto en el apartado relativo a la “utilización de dispositivos técnicos de seguimiento, localización y captación de imágenes”, resulta que el artículo 588 quinquies letra a) permite a la Policía Judicial la captación de imágenes en lugares o espacios públicos a través de la grabación “por cualquier medio técnico de imágenes de la persona investigada cuando se encuentre en un lugar o espacio público, si ello fuera necesario para facilitar su identificación, para

⁴³ BUENO DE MATA, F., «Peculiaridades probatorias del dron como diligencia de investigación tecnológica», en *La nueva reforma procesal penal*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 170-171.

localizar los instrumentos o efectos del delito u obtener datos relevantes para el esclarecimiento de los hechos”.

Como diligencia judicial, nos encontramos ante la posibilidad de llevar a cabo reconocimientos judiciales mediante el uso de estos dispositivos, si bien en este caso surge la problemática la posible afectación del principio de inmediación, en cuyo análisis no vamos a adentrarnos.

Lo que sí puede destacarse es que todavía no tenemos una normativa específica que regule el dron de manera propia como medio de prueba, si bien, pueden hacerse algunas consideraciones respecto al dron como prueba y su tratamiento procesal.

El fin buscado mediante la utilización del dron como diligencia de investigación tecnológica viene a ser la captación de imágenes o vídeos de una determinada zona, con la finalidad de esclarecer quién y cómo llevó a cabo la acción delictiva o ilícita que constituye el objeto de la investigación. Así, puede decirse que en estos casos, la finalidad que cumplen estos artefactos es la de servir de herramienta para la obtención de pruebas electrónicas, a través de las cuales pueda imputarse la autoría del hecho a un determinado autor o a una causa natural concreta.⁴⁴

Con relación a estas diligencias de investigación se plantea la cuestión de si mediante el uso de tales dispositivos puede vulnerarse alguno de los derechos reconocidos en el art. 18 CE. Ya anteriormente se ha hecho mención a la STS 329/2016, de 20 de abril, que se pronuncia sobre la vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio al haberse utilizado prismáticos por parte de los agentes de policía para observar el interior de un domicilio, procediendo a anular la condena de cárcel impuesta por tráfico de drogas al considerar la ilicitud de tal prueba. Pues bien, en este marco se podría encuadrar el uso de drones o aeronaves no tripuladas, y así,

⁴⁴ BUENO DE MATA, F. «La utilización de drones como diligencia de investigación tecnológica: consecuencias probatorias», Diario La Ley, Nº 16, Sección Ciberderecho, 20 de marzo de 2018.

son numerosos los casos en los que se utilizan tales dispositivos para captar imágenes aéreas de casas o fincas en supuestos de posibles delitos contra la salud pública, concretamente, para captar imágenes de plantaciones de marihuana.⁴⁵

Huelga en todo caso decir, que no se van a admitir en ningún caso pruebas obtenidas con violación de derechos fundamentales de la persona y que en todo caso deberán cumplirse los presupuestos y los principios enumerados anteriormente.

Por otra parte, por lo que respecta a la introducción de las imágenes o vídeos captados mediante el uso de drones, dado que la LECRIM no contiene una específica regulación, habrá que atender a lo que dispone la LEC, de tal forma que tales imágenes o grabaciones podrían ser introducidos en el proceso como un medio de reproducción de la palabra, el sonido o la imagen. En concreto, “las partes podrán proponer como medio de prueba la reproducción ante el tribunal de palabras, imágenes y sonidos captados mediante instrumentos de filmación, grabación y otros semejantes”.⁴⁶

En cuanto a la posibilidad de incorporar el propio dispositivo en sí mismo, en este caso, el dron, se permite asimismo por la ley procesal civil que estos sean examinados por el tribunal.⁴⁷

Por último, puede concluirse que tanto las imágenes como las grabaciones audiovisuales captadas mediante el uso de drones como el propio hardware de dicho

⁴⁵ Véase Auto de la AP Barcelona 593/2020, de 23 de noviembre [ECLI: ES: APB: 2020:11161A], en la que los recurrentes alegan la vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio y del derecho a la intimidad al haberse captado imágenes del interior de la casa objeto de investigación mediante instrumentos técnicos (concretamente, drones para captar imágenes aéreas de la casa). El recurrente considera que al no haberse solicitado autorización para el uso de tales medios de injerencia y al haberse utilizado las imágenes obtenidas de aquella forma en la posterior solicitud de entrada y registro en el domicilio el auto del Juzgado de Instrucción habilitante de tal diligencia sería nulo. La sentencia considera que el auto es válido por cuanto existen una gran variedad de datos indiciarios más allá de las imágenes captadas con el aparato volador, por lo que de no existir tales imágenes quedaría material incriminatorio suficiente como para autorizar la medida de entrada y registro.

⁴⁶ Véase art. 382 LEC.

⁴⁷ Véase art. 384 LEC.

dispositivo son fuentes de prueba válidas, que deberán ser incluidas en el proceso a través de distintos medios de prueba de entre los previstos por nuestro ordenamiento jurídico y, en este sentido, las propias características físicas del aparato pueden influir en su régimen de aportación y práctica tanto dentro de la sede judicial como fuera de ella, pero no impedirán que en todo caso se haga necesario cumplir con los requisitos de admisibilidad que se aplican a cualesquiera otras fuentes de prueba.⁴⁸

6. PRUEBA PRECONSTITUIDA Y PRUEBA PROHIBIDA

Los actos de investigación tecnológica deben ponerse en relación, por una parte, con la prueba preconstituida y, por otra, con la prueba prohibida.

Por prueba preconstituida ha de entenderse aquella prueba material excepcionalmente celebrada en la fase de instrucción, con las debidas garantías, ante el riesgo de pérdida de la misma en atención a su irrepetibilidad, por diversas causas, en el momento de enjuiciamiento.

La primera nota a destacar de la prueba preconstituida es que es una prueba material, técnica u objetiva, de tal forma que versa sobre elementos objetivos y no declaraciones personales. En segundo lugar, se caracteriza por su imposibilidad de reiteración en el plenario, es decir, viene referida a actos que se consideran irrepetibles. En tercer lugar, puede señalarse como nota característica de la prueba preconstituida el no ser una prueba que “se celebra”, sino el ser un acto de investigación que, a causa de la ya mencionada irrepetibilidad, adquiere valor de prueba.

De todo lo dicho resulta que al tratarse de actos de investigación, se atribuye su dirección al Juez de instrucción, al Ministerio Fiscal o a la Policía Judicial y, si se cumplen con todas las reglas procedimentales previstas para los actos de investigación,

⁴⁸ BUENO DE MATA, F., «Peculiaridades probatorias del dron como diligencia de investigación tecnológica», en *La nueva reforma procesal penal*, cit., pp. 201-203.

estos actos adquirirán valor probatorio y podrán ser introducidos posteriormente en la fase de enjuiciamiento.⁴⁹

La posibilidad de introducir estos actos de investigación en el proceso como prueba preconstituida exige, por un lado, que los mismos se hayan celebrado cumpliendo el procedimiento establecido por la ley y, por otro, que se introduzcan en la fase del plenario respetando los principios de inmediación, contradicción y publicidad.

Así pues, en relación con la exigencia de que los actos de investigación se hayan llevado a cabo cumpliendo con el procedimiento legalmente previsto debe hacerse referencia también a la denominada prueba prohibida.

Se entiende por prueba prohibida aquella que pudiera obtenerse mediante vulneración de garantías constitucionales, tales como la inviolabilidad del domicilio o el secreto de las comunicaciones (arts. 18.2 y 3 CE), con violación de derechos fundamentales, o a través de medios que la Constitución prohíbe (piénsese por ejemplo en una confesión arrancada mediante torturas) o expresamente no autoriza.⁵⁰

Por lo que respecta al TC, el mismo entiende por prueba prohibida aquella obtenida o practicada con violación de derechos fundamentales⁵¹ y, en el mismo sentido, el TS identifica la prueba ilícita o prohibida con aquella en cuya obtención o práctica se han lesionado derechos fundamentales. Así, el Auto de la Sala Segunda del TS de 18 de junio 1992⁵² declara en su fundamento jurídico 4º, que “nadie niega en España la imposibilidad constitucional y legal de la valoración de las pruebas obtenidas

⁴⁹ CALAZA LÓPEZ, S., «La prueba anticipada y preconstituida», en *Derecho Procesal Penal*, cit., pp. 335-337.

⁵⁰ GIMENO SENDRA, V., «Los derechos fundamentales procesales», en *Derecho Procesal Penal*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2021, p. 52.

⁵¹ STC (Sala Segunda) núm. 114/1984, de 29 de noviembre [ECLI:ES:TC:1984:114].

⁵² ATS (Sala Segunda, Sección 1ª) núm. 3773/1992, de 18 de junio [ECLI:ES:TS:1992:3773A].

con infracción de derechos fundamentales por la colisión que ello entrañaría con el derecho a un proceso con todas las garantías y a la igualdad de las partes”.⁵³

Teniendo en cuenta la posición de ambos tribunales, puede advertirse que aquellos actos de investigación practicados vulnerando garantías constitucionales, violando algunos de los derechos fundamentales que nuestra Constitución reconoce o, incluso a través de medios prohibidos o expresamente no autorizados por la norma fundamental van a convertirse en prueba prohibida, lo que conlleva la inadmisibilidad procesal de las mismas de una forma absoluta.

De todo lo expuesto resulta que la prueba ilícita o prohibida opera en el momento de la obtención de las fuentes de prueba, pero su ineficacia se manifiesta en la imposibilidad de que se incorporen al proceso, de tal forma que la prueba ilícita o prohibida no es solo una simple prohibición de valoración de la prueba.⁵⁴

Concretamente, en relación con la averiguación del delito a través de las medidas de investigación tecnológica, suele plantearse la posible prohibición de valoración de aquellas pruebas obtenidas con vulneración del artículo 18.3 CE. En tales casos, la regla general, según el TC, es que “todo elemento probatorio que pretenda deducirse a partir de un hecho vulnerador del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones telefónicas se halla incurso en la prohibición de valoración”.⁵⁵

Siguiendo con los criterios marcados por el TC, la Sala Segunda del TS parte del artículo 11.1 de la LOPJ, conforme al cual “no surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales”. Así, el sentido de dicho precepto supone que no solo no es posible valorar las pruebas

⁵³ GINER ALEGRÍA, C.A., «Prueba prohibida y prueba ilícita», *Anales de Derecho*, Universidad de Murcia, Número 26, 2008, p. 583.

⁵⁴ ARRABAL PLATERO, P., *La prueba tecnológica: aportación, práctica y valoración*, cit., p. 75.

⁵⁵ En tal sentido se pronuncia el TC en diversas ocasiones, entre otras, en la STC (Pleno) núm. 81/1998, de 2 de abril [ECLI:ES:TC:1998:81].

obtenidas con vulneración de derechos fundamentales, sino que tampoco pueden ser utilizados legítimamente como medios de investigación o como datos para iniciar u orientar una investigación penal, aquellos que hayan sido obtenidos violentando los derechos fundamentales o libertades públicas de la persona.⁵⁶

7. CONCLUSIONES

A la vista de todo lo expuesto a lo largo del presente trabajo deben hacerse unas consideraciones finales que sintetizen los aspectos más destacables.

En primer lugar, puede decirse que la regulación introducida en el año 2015 fue la respuesta a una muy esperada modificación que venía demandándose desde hacía tiempo y, además, haciendo una especial referencia a la necesidad de autorización judicial habilitante cumpliendo en todo caso con los principios de especialidad, necesidad, idoneidad, excepcionalidad y proporcionalidad examinados.

Esta necesidad de autorización motivada responde, sin lugar a dudas y, tal y como manifiesta el TC, a la posible vulneración de los derechos fundamentales recogidos en el artículo 18 de la CE. Es por ello por lo que todas las medidas tecnológicas reguladas deben revestirse del adecuado control y de las máximas garantías.

⁵⁶ Véase STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 151/2021, de 18 de febrero [ECLI:ES:TS:2021:588]. Nuestro Alto Tribunal reconoce en dicha resolución haber lugar al recurso de casación interpuesto contra una sentencia de la AP de Málaga que condenaba a dos sujetos como autores de un delito contra la salud pública, en su modalidad de tráfico de drogas gravemente dañosas para la salud. Alegan los recurrentes, entre otros motivos, haberse dictado la sentencia condenatoria pese a haberse declarado la nulidad de las intervenciones telefónicas realizadas durante la fase de instrucción, por vulneración del art. 18.3 CE. Considera el TS que en dicho caso la condena se basa en unas conversaciones telefónicas cuya nulidad ha sido declarada, por lo que el valor del interrogatorio de los acusados en cuanto a su contenido ha de ser muy limitado, siendo que, la confesión del acusado, que aquí no se da, no sana la ilicitud de las conversaciones. Dicha nulidad rompe la conexión de antijuridicidad de las pruebas derivadas. En concreto, considera el TS que si el conocimiento de la entrega de la droga a un tercero y el dispositivo de vigilancia que da lugar a la ocupación de la sustancia fue consecuencia de unas conversaciones telefónicas declaradas nulas, no existe prueba de cargo lícitamente obtenida.

En segundo lugar, puede destacarse que, pese a la novedad inicial, no debemos olvidar que la realidad va por delante del Derecho, por lo que incluso las novedades introducidas en su momento pueden dejar en la actualidad fuera muchos supuestos e incluso dar lugar a vacíos legales que, sin duda, deben ser cubiertos por la jurisprudencia. De la misma forma, dado que las nuevas tecnologías están en constante evolución, se hace conveniente y muy necesario continuar adaptando el Derecho a la realidad y, en este caso, una posibilidad de adaptación y cambio vendría dada por el Anteproyecto de LECRIM.

En tercer lugar, puede destacarse que, pese a la detallada regulación contenida en la LECRIM, siguen quedando aspectos carentes de una específica regulación, como por ejemplo, los relativos a la utilización de los drones como medio de investigación.

Por último y, para finalizar, debe señalarse que aspecto esencial en torno a las medidas de investigación tecnológica es la necesidad de cumplir con todos los presupuestos y requisitos legales, a efectos de que la misma pueda ser debidamente introducida en el proceso y valorada por el juzgador. Cuestión especialmente significativa cuando está en juego la limitación de derechos fundamentales, a causa de la irrepetibilidad de estos actos y ante el riesgo de que las pruebas obtenidas a través de las medidas de investigación tecnológica se consideren prueba prohibida y no puedan, por tanto, ser admitidas ni valoradas por el juzgador.

8. FUENTES CONSULTADAS

8.1 Bibliografía

ARMENTA DEU, T., «Regulación legal y valoración probatoria de fuentes de prueba digital (correos electrónicos, WhatsApps, redes sociales): entre la insuficiencia y la incertidumbre», IDP Nº 27, 2018.

ARRABAL PLATERO, P., *La prueba tecnológica: aportación, práctica y valoración*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.

BUENO DE MATA, F., «La utilización de drones como diligencia de investigación tecnológica: consecuencias probatorias», Diario La Ley, Nº 16, Sección Ciberderecho, 20 de marzo de 2018.

BUENO DE MATA, F., «Peculiaridades probatorias del dron como diligencia de investigación tecnológica», en *La nueva reforma procesal penal*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

CALAZA LÓPEZ, S., «La prueba anticipada y preconstituida» en *Derecho Procesal Penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.

CALAZA LÓPEZ, S., «Los actos de investigación (I)» en *Derecho Procesal Penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.

DELGADO MARTÍN, J., «Investigación del entorno virtual: el registro de dispositivos digitales tras la reforma por LO 13/2015», Diario La Ley, Nº 8693, 2016.

GIMENO SENDRA, V., «Los derechos fundamentales procesales», en *Derecho Procesal Penal*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2021.

GINER ALEGRÍA, C.A., «Prueba prohibida y prueba ilícita», *Anales de Derecho*, Universidad de Murcia, Número 26, 2008.

GÓMEZ COLOMER, J.L., «Los actos de investigación», en J.L Gómez Colomer (coord.), *Proceso penal: Derecho procesal III*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.

GÓMEZ COLOMER, J.L., «Los actos de investigación garantizados», en J.L Gómez Colomer (coord.), *Proceso penal: Derecho procesal III*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.

GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO, M., «El uso de dispositivos electrónicos de captación de comunicaciones en operaciones de infiltración policial», en *La nueva reforma procesal penal: derechos fundamentales e innovaciones tecnológicas*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.

MARCHENA GÓMEZ, M., en MARCHENA GÓMEZ, M / GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERANO, N., *La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en 2015*, ed. Castillo de Luna, Madrid, 2015.

PÉREZ CEBADERA, M.A., «Nuevos retos de la ciberseguridad en un contexto cambiante», en C. Mallada Fernández (dir.), *Nuevos retos de la ciberseguridad en un contexto cambiante*, ed. Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2019.

RAYÓN BALLESTEROS, M.C., «Medidas de investigación tecnológica en el proceso penal: la nueva redacción de la Ley de Enjuiciamiento Criminal operada por la Ley Orgánica 13/2015», *AJEE*, 2019.

RICHARD GONZÁLEZ, M., «Nulidad de la prueba por la intromisión virtual en domicilio. Una breve reflexión sobre la observación policial ilícita de la intimidad personal y familiar», Diario La Ley, nº 8788, Sección Reseña de Jurisprudencia, Editorial LA LEY, 22 de junio de 2016.

RIZO GÓMEZ, B., «La infiltración policial en Internet. A propósito de la regulación del agente encubierto informático en la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica», en *Justicia penal y nuevas formas de delincuencia*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

8.2 Jurisprudencia

Audiencia Provincial

- AAP Barcelona (Sección Sexta) núm. 593/2020, de 23 de noviembre [ECLI: ES: APB: 2020:11161A].
- SAP Castellón (Sección Primera) núm. 301/2018, de 29 de octubre [ECLI: ES:APCS:2018:58].

Tribunal Constitucional

- STC (Sala Segunda) núm. 22/1984, de 17 de febrero [ECLI:ES:TC:1984:22].
- STC (Sala Segunda) núm. 114/1984, de 29 de noviembre [ECLI:ES:TC:1984:114].
- STC (Sala Segunda) núm. 57/1994 de 28 de febrero [ECLI:ES:TC:1994:57].
- STC (Sala Primera) núm. 207/1996, de 16 de diciembre [ECLI: ES:TC:1996:207].
- STC (Pleno) núm. 81/1998, de 2 de abril [ECLI:ES:TC:1998:81].

- STC (Sala Primera) núm. 202/1999, de 8 de noviembre [ECLI:ES:TC:1999:202].
- STC (Sala Primera) núm. 186/2000, de 10 de julio [ECLI:ES:TC:2000:186].
- STC (Pleno) núm. 167/2002, de 18 de diciembre [ECLI:ES:TC:2002:167].
- STC (Sala Segunda) núm. 127/2003, de 30 de junio [ECLI:ES:TC:2003:127].
- STC (Sala Segunda) núm. 196/2004, de 15 de noviembre [ECLI:ES:TC:2004:196].

Tribunal Europeo de Derechos Humanos

- STEDH de 6 de septiembre de 1978 (Caso Klass).
- STEDH de 15 de junio de 1992 (Caso Lüdi).

Tribunal Supremo

- ATS (Sala Segunda, Sección 1ª) núm. 3773/1992, de 18 de junio [ECLI:ES:TS:1992:3773A].
- STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 2081/2001, de 9 de noviembre [ECLI:ES:TS:2001:8721].
- STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 421/2014, de 16 de mayo [ECLI:ES:TS:2014:2017].
- STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 490/2014, de 17 de junio [ECLI:ES:TS:2014:2459].
- STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 329/2016, de 20 de abril [ECLI:ES:TS:2016:1709].
- STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 652/2016, de 15 de julio [ECLI:ES:TS:2016:3585].
- STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 85/2017, de 15 de febrero [ECLI:ES:TS:2017:476].

- STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 200/2017, de 27 de marzo [ECLI:ES:TS:2017:1069].
- STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 262/2018, de 31 de mayo [ECLI:ES:TS:2018:1934].
- STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 326/2019, de 20 de junio [ECLI:ES:TS:2019:2109].
- STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 311/2020, de 15 de junio [ECLI:ES:TS:2020:2160].
- STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 525/2020, de 20 de octubre [ECLI:ES:TS:2020:3448].
- STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 694/2020, de 15 de diciembre [ECLI:ES:TS:2020:4510].
- STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 718/2020, de 28 de diciembre [ECLI:ES:TS:2020:4436].
- STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 151/2021, de 18 de febrero [ECLI:ES:TS:2021:588].
- STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 385/2021, de 5 de mayo [ECLI:ES:TS:2021:1906].
- STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 625/2021, de 14 de julio [ECLI:ES:TS:2021:3104].

8.3 Legislación

- Constitución Española (BOE de 29 de diciembre de 1978).
- Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (BOE de 8 de enero de 2000).
- Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (BOE de 2 de julio de 1985).

- Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE de 24 de noviembre de 1995).
- 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 (BOE de 6 de octubre de 2015).
- Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, aprobatorio de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (BOE de 17 de septiembre de 1882).
- Real Decreto 1036/2017, de 15 de diciembre, por el que se regula la utilización civil de aeronaves pilotadas por control remoto, y se modifican el Real Decreto 552/2014, de 27 de junio, por el que se desarrolla el Reglamento del aire y disposiciones operativas comunes para los servicios y procedimientos de navegación aérea y el Real Decreto 57/2002, de 18 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Circulación Aérea (BOE de 29 de diciembre de 2017).
- Real Decreto-ley 8/2014, de 4 de julio, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia (BOE de 5 de julio de 2014).