

monografías

ALTA CALIDAD EN
INVESTIGACIÓN
JURÍDICA



tirant
lo blanch

PALOMA ARRABAL PLATERO

**LA PRUEBA TECNOLÓGICA:
APORTACIÓN, PRÁCTICA Y VALORACIÓN**

**LA PRUEBA TECNOLÓGICA:
APORTACIÓN, PRÁCTICA Y VALORACIÓN**

COMITÉ CIENTÍFICO DE LA EDITORIAL TIRANT LO BLANCH

- MARÍA JOSÉ AÑÓN ROIG**
Catedrática de Filosofía del Derecho de la Universidad de Valencia
- ANA CAÑIZARES LASO**
Catedrática de Derecho Civil de la Universidad de Málaga
- JORGE A. CERDIO HERRÁN**
Catedrático de Teoría y Filosofía de Derecho. Instituto Tecnológico Autónomo de México
- JOSÉ RAMÓN COSSÍO DÍAZ**
Ministro en retiro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y miembro de El Colegio Nacional
- EDUARDO FERRER MAC-GREGOR POISOT**
Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
- OWEN FISS**
Catedrático emérito de Teoría del Derecho de la Universidad de Yale (EEUU)
- JOSÉ ANTONIO GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ**
Catedrático de Derecho Mercantil de la UNED
- LUIS LÓPEZ GUERRA**
Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Carlos III de Madrid
- ÁNGEL M. LÓPEZ Y LÓPEZ**
Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Sevilla
- MARTA LORENTE SARIÑENA**
Catedrática de Historia del Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid
- JAVIER DE LUCAS MARTÍN**
Catedrático de Filosofía del Derecho y Filosofía Política de la Universidad de Valencia
- VÍCTOR MORENO CATENA**
Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad Carlos III de Madrid
- FRANCISCO MUÑOZ CONDE**
Catedrático de Derecho Penal de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla
- ANGELIKA NUSSBERGER**
Jueza del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Catedrática de Derecho Internacional de la Universidad de Colonia (Alemania)
- HÉCTOR OLASOLO ALONSO**
Catedrático de Derecho Internacional de la Universidad del Rosario (Colombia) y Presidente del Instituto Ibero-Americano de La Haya (Holanda)
- LUCIANO PAREJO ALFONSO**
Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Carlos III de Madrid
- TOMÁS SALA FRANCO**
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Valencia
- IGNACIO SANCHO GARGALLO**
Magistrado de la Sala Primera (Civil) del Tribunal Supremo de España
- TOMÁS S. VIVES ANTÓN**
Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Valencia
- RUTH ZIMMERLING**
Catedrática de Ciencia Política de la Universidad de Mainz (Alemania)

Procedimiento de selección de originales, ver página web:

www.tirant.net/index.php/editorial/procedimiento-de-seleccion-de-originales

LA PRUEBA TECNOLÓGICA: APORTACIÓN, PRÁCTICA Y VALORACIÓN

PALOMA ARRABAL PLATERO

tirant lo blanch

Valencia, 2020

Copyright © 2020

Todos los derechos reservados. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico o mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética, o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación sin permiso escrito de la autora y del editor.

En caso de erratas y actualizaciones, la Editorial Tirant lo Blanch publicará la pertinente corrección en la página web www.tirant.com.

© Paloma Arrabal Platero

© TIRANT LO BLANCH
EDITA: TIRANT LO BLANCH
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia
TELFOS.: 96/361 00 48 - 50
FAX: 96/369 41 51
Email: tlb@tirant.com
www.tirant.com
Librería virtual: www.tirant.es
ISBN: 978-84-1336-268-7
MAQUETA: Tink Factoría de Color

Si tiene alguna queja o sugerencia, envíenos un mail a: atencioncliente@tirant.com. En caso de no ser atendida su sugerencia, por favor, lea en www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa nuestro procedimiento de quejas.

Responsabilidad Social Corporativa: http://www.tirant.net/Docs/RSC_Tirant.pdf

A mis padres.

Índice

ABREVIATURAS	13
NOTA DE LA AUTORA	15
PRÓLOGO	17
INTRODUCCIÓN	21

Capítulo I

LA PRUEBA TECNOLÓGICA: CONCEPTO Y CARACTERES

1. Consideraciones generales de la prueba	27
2. Concepto y caracteres de la prueba tecnológica	31
2.1. Concepto de prueba tecnológica	35
2.2. Caracteres de la prueba tecnológica	41
2.2.1. Heterogeneidad	42
2.2.2. Fácil manipulación	43
2.2.3. Huella digital	45
2.2.4. Ubicuidad	48
2.2.5. Media electrónica	51
2.2.6. Publicidad	53

Capítulo II

LA ILICITUD DE LA PRUEBA TECNOLÓGICA

1. La prueba ilícita	55
1.1. El fundamento de la ilicitud probatoria	56
1.1.1. En el Derecho norteamericano: el efecto disuasorio	58
1.1.2. En nuestro ordenamiento: la supremacía de los derechos fundamentales	60
1.2. Requisitos para limitar los derechos fundamentales	65
1.3. Prueba irregular, prueba prohibida y prueba ilícita	73
1.4. Efectos de la prueba ilícitamente obtenida	75
1.4.1. Teoría directa	75
1.4.2. Teoría indirecta o refleja	77
1.4.3. Tendencias que excepcionan la eficacia refleja	80
1.4.3.1. Prueba jurídica independiente	81
1.4.3.2. Conexión de antijuridicidad	83
1.4.3.3. Descubrimiento inevitable	92
1.4.3.4. Hallazgo casual	97
1.4.3.5. Buena fe	98

1.5. Procedimiento para decretar la ilicitud probatoria.....	103
2. Derechos fundamentales afectados por las nuevas tecnologías.....	116
2.1. Derecho fundamental al honor	118
2.2. Derecho fundamental a la intimidad personal y familiar.....	120
2.3. Derecho fundamental a la propia imagen	128
2.4. Derecho fundamental a la inviolabilidad domiciliaria.....	130
2.5. Derecho fundamental al secreto de las comunicaciones	144
2.6. Derecho fundamental a la protección de datos	162
2.7. Derecho fundamental (en construcción) al propio entorno virtual.....	168

Capítulo III

OBTENCIÓN DE LA PRUEBA TECNOLÓGICA

1. Obtención de la prueba por la policía mediante diligencias de investigación.....	174
1.1. Obtención directa de la prueba tecnológica	189
1.1.1. Captación y grabación de las comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos técnicos.....	190
1.1.2. Captación de la imagen en lugares y espacios públicos mediante la utilización de dispositivos técnicos	195
1.1.3. Registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información.....	197
1.1.4. Agente encubierto	203
1.2. Obtención remota de la prueba tecnológica.....	206
1.2.1. Acceso al contenido público en la red.....	206
1.2.2. Interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas.....	209
1.2.3. Identificación de usuarios, terminales y dispositivos de conectividad	221
1.2.4. Control remoto de seguimiento y localización.....	223
1.2.5. Acceso a la información remota desde un sistema accesible de forma física	232
1.2.6. Registro remoto o <i>hacking judicial</i>	233
1.2.7. Agente encubierto informático	242
1.3. Hallazgos casuales	246
2. Obtención de la prueba por las partes o por un tercero	256
3. Obtención de la prueba en otro proceso	260
4. Obtención de la prueba en Estados miembros de la UE	263

Capítulo IV

PRÁCTICA DE LA PRUEBA TECNOLÓGICA

1. Los medios de prueba	269
-------------------------------	-----

Índice	11
1.1. Medios de prueba para aportar pruebas tecnológicas	279
1.1.1. La prueba pericial	283
1.1.1.1. Pericial informática.....	293
1.1.2. La prueba documental.....	294
1.1.2.1. El documento electrónico	304
1.1.3. El reconocimiento judicial	308
1.1.4. La prueba de reproducción de palabras, sonidos e imágenes y de los instrumentos que permiten archivar y conocer datos	311
1.2. Medios de prueba que permiten reforzar la prueba tecnológica .	313
1.2.1. La declaración de parte	313
1.2.2. La prueba testifical	318
1.2.3. La prueba indiciaria	323
2. La prueba anticipada y preconstitución de prueba.....	326
3. Impugnación de la prueba tecnológica.....	335
3.1. Admisibilidad y requisito de la impugnación: principio de prueba	341
3.2. Consecuencias de la impugnación.....	352
3.2.1. Acreditación de la genuidad de la prueba tecnológica impugnada	352
3.2.2. Necesidad de practicar prueba instrumental.....	355
3.3. Procedimiento de impugnación de la prueba tecnológica	366

Capítulo V

VALORACIÓN DE LA PRUEBA TECNOLÓGICA

1. Sistemas de valoración probatoria. Reflexiones sobre un conocimiento especialísimo del juez.....	393
1.1. Prueba tasada	396
1.2. Libre valoración de la prueba	408
1.3. Valoración conjunta de la prueba	418
2. La carga de la prueba y los principios de disponibilidad y facilidad probatoria	424
 BIBLIOGRAFÍA	 435
 RECURSOS WEB	 455

ABREVIATURAS

AN	Audiencia Nacional
BTS	<i>Base Transceiver Station</i> o estación base transceptora que sirve como punto de acceso a una red de comunicación fija
CE	Constitución Española
CEDH	Convenio Europeo de Derechos Humanos
CP	Código Penal
DDFF	Derechos Fundamentales
DF	Derecho Fundamental
Directiva 2014/41/CE	<i>Directiva 2014/41/CE, de 3 de abril, relativa a la orden europea de investigación en materia penal</i>
EOI	Orden Europea de Investigación
Estatuto de la Víctima	<i>Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del delito</i>
FFCCSS	Fuerzas y Cuerpos de Seguridad
FJ	Fundamento Jurídico
GPS	<i>Global Positioning System</i> o Sistema de Posicionamiento Global
IMS	<i>Mobile Subscriber Identity</i>
IMSI	<i>International Mobile Subscriber Identity</i>
IP	<i>Internet Protocol</i>
LAJ	Letrado de la Administración de Justicia
LECrim	Ley de Enjuiciamiento Criminal
Ley 25/2007	<i>Ley 25/2007, de 18 de octubre, de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones</i>
Ley 3/2018	<i>Ley 3/2018, de 11 de junio, por la que se modifica la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión</i>

	<i>Europea, para regular la Orden Europea de Investigación</i>
LFE	<i>Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica</i>
LO 1/82	<i>Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen</i>
LO 13/2015	L.O. 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
LO	Ley Orgánica
LOPD	<i>Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal</i>
LOPDGDD	<i>Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales</i>
LOPJ	<i>Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial</i>
LOTJ	<i>Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado</i>
MSISDN	<i>Mobile Station Integrated Services Digital Network</i>
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
StPO	<i>Strafprozeßordnung</i>
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
STSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
TC	Tribunal Constitucional
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TICs	Tecnologías de la información y comunicación
TS	Tribunal Supremo
TSJ	Tribunal Superior de Justicia

NOTA DE LA AUTORA

Esta obra trae causa de la Tesis Doctoral “Tratamiento procesal de la prueba tecnológica”, dirigida por la profesora FUENTES SORIANO, catedrática de Derecho procesal de la Universidad Miguel Hernández y realizada en el marco del Programa de doctorado de Ciencias Sociales y Jurídicas de la Universidad Miguel Hernández, con la financiación de una Ayuda otorgada por la Fundación privada Manuel Serra Domínguez.

La defensa pública de la Tesis Doctoral, que lo es con mención Internacional, tuvo lugar el día 22 de marzo de 2019 ante un Tribunal constituido por las profesoras AREMENTA DEU, DOIG DÍAZ y RAMÍREZ CARVAJAL; y los profesores PÉREZ DAUDÍ y ASECIO MELLADO, que ejerció como Presidente del mismo. El tribunal decidió otorgar a dicha tesis la máxima calificación: sobresaliente cum laude por unanimidad.

A todos ellos y a la Directora de la Tesis Doctoral, la profesora FUENTES SORIANO, agradezco las observaciones y sugerencias que, sin duda, han contribuido a mejorar este trabajo.

PRÓLOGO

El libro que tiene en sus manos y que tengo el placer de prologar es producto de un estudio profundo, serio y riguroso sobre cuestiones de máxima actualidad relacionadas con la respuesta jurídico-procesal que cabe esperar frente al reto de la sociedad tecnológica.

Dos son las cuestiones fundamentales que entran en consideración, pues, en este trabajo: el Derecho y el estado actual de la tecnología. De las múltiples perspectivas desde las que cabe aproximarse a ambas realidades, el estudio que a continuación se presenta se centra en el análisis de los problemas probatorios que esos retos tecnológicos plantean al proceso y las respuestas que éste puede ofrecer, desde el respeto a los derechos fundamentales y a las garantías constitucionales.

Si bien los problemas son muchos y de todos ellos se da buena cuenta en esta obra, sistemáticamente, la autora ha tratado —con acierto— de reconducirlos a tres grandes momentos procesales: el de la aportación de la prueba tecnológica al proceso, el de la práctica de la prueba tecnológica y, por último, el de la valoración judicial de la prueba tecnológica.

En el recto entendimiento de la autora, adentrarnos en el primero de los momentos procesales —el de la aportación de la prueba tecnológica— requiere, con carácter previo, delimitar qué se entiende por tal y acotar sus peculiares características, pues de ello dependerá la viabilidad de la aplicación del conjunto de la doctrina probatoria. Y, sin duda, especial relevancia adquiere en este momento, el análisis de las particularidades acaecidas en la obtención de la fuente prueba, pues ello condicionará su posible validez o nulidad. Se adentra así al lector en el estudio de las exigencias requeridas para considerar lícita la prueba tecnológica en aquellos supuestos fronterizos en los que su obtención entra en pugna con los derechos fundamentales de los ciudadanos, distinguiendo entre los casos en los que la prueba ha sido obtenida por particulares (partes del proceso o terceros), por la policía o resulta proveniente de otro proceso en curso. El estudio de todos estos supuestos supone hacer frente a los problemas prácticos que ocupan cada día a nuestros tribunales, tratando de poner cierto orden en las variables tendencias doctrinales y jurisprudenciales ensayadas hasta el momento.

En relación con la práctica de la prueba tecnológica, se presenta en este trabajo un estudio de la viabilidad y conveniencia —en su caso— de todos y cada uno de los medios de prueba admitidos en Derecho a fin de delimitar, no sólo cuál pueda resultar más adecuado en función del soporte en el que se presente la prueba, sino las consecuencias de la utilización de uno u otro medio probatorio en el caso en el que cupieran diversos de los previstos. Con todo, y aún vista la enorme relevancia de este análisis, es quizás el estudio sobre la impugnación de la prueba tecnológica el factor que mayor repercusión práctica pueda llegar a alcanzar. En todo caso, este extremo dependerá de la respuesta que ande buscando el lector a la vista del concreto problema que le acucie. Lo que sí creo poder garantizar es que, a buen seguro, un tratamiento del mismo, sea cual fuere éste, encontrará en el presente trabajo.

Por último y sobre la valoración judicial de la prueba tecnológica, junto a la vigencia con carácter general del criterio de libre valoración plantea la autora con absoluta nitidez cómo en esta específica materia, el juego de la carga de la prueba y, con ella, de la regla de juicio debe verse ciertamente matizado o flexibilizado por los principios de facilidad y disponibilidad probatoria. Junto con ello se abordan también interesantes cuestiones críticas como la necesidad —o la no necesidad— de un conocimiento especialísimo del Juez y otros muchos interrogantes jurídicos de máximo interés. Sin embargo, no es objeto de estas líneas introducir la obra —cuestión ésta que acomete brillantemente la autora en las primeras páginas de la misma— sino dar cuenta de su porqué y tratar de transmitir al lector la solidez de los planteamientos en ella sostenidos.

En ese sentido, puedo constatar que el estudio profundo, minucioso, riguroso y detallado de todas las cuestiones tratadas es producto y resultado no sólo de años de preparación teórica por parte de su autora sino también de un tratamiento práctico de las mismas a fin de poder analizar con perspectiva crítica la respuesta que se estaba dando en los Tribunales.

Este trabajo se convierte, así, en un análisis jurídico, doctrinal y jurisprudencial, que permite aportar soluciones a los problemas reales de la práctica forense a los que cada día abogados, jueces, fiscales... se enfrentan en los Tribunales; a los problemas, en suma, que la innovación tecnológica que acompaña a la sociedad de la información

y la comunicación en la que nos desenvolvemos, causan en la vida de la ciudadanía.

Podría destacar muchos factores que, en mi opinión, convierten este texto en una obra de referencia en relación con la prueba tecnológica pero, de entre todos ellos, entiendo que se eleva como rasgo fundamental el de la específica preparación de su autora. El estudio que va a comenzar a leer no es producto de un análisis somero o apresurado sobre determinadas realidades jurídicas; es el resultado de años de estudio y preparación en el que Paloma Arrabal ha derrochado horas de trabajo, lectura, contraste de hipótesis y resultados, y comparación de las respuestas que se están dando en España con las que ensayan otros países de nuestro entorno jurídico. Cabe destacar, en este contexto, sus estancias investigadoras en Universidades Europeas (especialmente, la disfrutada en la Universidad de Friburgo —*Freiburg im Breisgau; Institut für Strafrecht und Strafprozessrecht*— bajo la tutela del Prof. Dr. Dr. h.c. Walter Perron) o en Institutos de investigación internacionales (como el *Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht* de Hamburgo), a las que se suman, igualmente, estancias en Universidades latinoamericanas, como la disfrutada en la Pontificia Universidad Católica del Perú (Lima) bajo la tutela del Prof. Dr. Giovanni Priori. No en vano, el proyecto de investigación preparado por la autora, antes de convertirse en la obra que Vd. tiene en sus manos, obtuvo —en concurso público— la confianza y la financiación de la Fundación Privada Manuel Serra Dominguez cuyo objeto es promover el estudio y la investigación en el ámbito del derecho Procesal.

De todo ese esfuerzo formativo nació una tesis doctoral —con mención internacional— que fue el origen primigenio de este trabajo y que tuve el honor de dirigir. La tesis fue brillantemente defendida por su autora bajo el título “Tratamiento procesal de la prueba tecnológica”, obteniendo la máxima calificación (sobresaliente cum laude por unanimidad del Tribunal). De ello y de su agradecimiento a las sugerencias y planteamientos que tuvo a bien formular cada uno de los miembros que constituyó el Tribunal que en su momento la enjuició, ha dejado constancia la autora en las páginas iniciales de la obra.

Pero, a efectos de comprender bien no sólo el contexto que rodea al desarrollo de este trabajo sino el substrato del que trae causa, conviene mencionar que a todo este esfuerzo investigador que dota de profundidad y solvencia a los planteamientos jurídicos subyacen-

tes, se suma un dato que bien pudiéramos denominar “generacional”, de importancia no menor, y que coloca a la autora en una posición particularmente adecuada para ser capaz de comprender y transmitir los retos de las nuevas tecnologías y la perspectiva desde la que debe enfocarlos el Derecho. La autora pertenece, por edad, a la conocida como “generación digital”, pues prácticamente ha nacido y, desde luego, crecido bajo la influencia y el desarrollo de la sociedad tecnológica. De hecho, comienza su trabajo revelándose, ya desde las primeras páginas, contra la calificación de “nuevas” que se ha dado a unas tecnologías que tanto para ella, cuanto para sus compañeros de generación merecen la calificación de “viejas” tal y como sostiene, sin rubor, en reiteradas ocasiones a lo largo de la obra. Esa posición —digamos— “natural” frente para lo que muchos de nosotros es de por sí un reto (la mera comprensión de la realidad tecnológica), unida unos sólidos conocimientos jurídicos adquiridos tras largas horas de estudio durante muchos años de dedicación, ofrecen como resultado un trabajo riguroso y, desde luego, especialmente atinado tanto en el planteamiento de los problemas, cuanto en la aproximación a sus diversas y posibles soluciones.

No es ésta, ni mucho menos, la primera publicación de Paloma Arrabal Platero sobre temas relacionados con la reacción del Derecho ante el reto de las “nuevas” tecnologías; pero sí constituye su primera monografía. A la vista de su *curriculum vitae*, de la calidad de sus trabajos, de la profundidad de sus investigaciones y, sobre todo de su interés por la investigación jurídica y su ilimitada capacidad de trabajo —cuestión ésta que sostengo con sobrado conocimiento de causa—, estoy convencida de que nos encontramos ante la primera monografía de una larga lista de estudios jurídicos que vaticina una fructífera y exitosa carrera profesional.

Disfrute el lector del trabajo que tiene entre sus manos y mi congratulación con su autora por el éxito de esta investigación.

Alicante, octubre 2019.

Olga Fuentes Soriano

*Catedrática de Derecho procesal
Universidad Miguel Hernández*