

Foro, Nueva época, núm. 14/2011: 73-99
DOI: 10.5209/rev_FORO.2011.n14.38210

ISSN: 1698-5583

INTERVENCIÓN DE COMUNICACIONES ELECTRÓNICAS

José Manuel SUÁREZ ROBLEDANO

Magistrado de la Sala de lo Civil y Penal del TSJ de Madrid.
Profesor Asociado de Derecho Internacional Privado. UCM
JMSRRR@telefonica.net

RESUMEN

La intervención judicial en las comunicaciones privadas, especialmente en las electrónicas, exige el cumplimiento de unos requisitos obligatorios para darlas legitimidad y evitar su nulidad procesal. Sigue siendo en España la doctrina de los Tribunales la que los establece, siendo necesaria una urgente reforma de la legislación procesal que regula tal medida. La válida incorporación al proceso del material digital precisa de actuaciones propias de la medida de registro y de la pericial, de la fe pública del secretario judicial y del cumplimiento de la llamada cadena de custodia para evitar su alteración. Existirá violación de los derechos fundamentales europeos a la protección de datos personales, a la libertad de comunicación y a la libertad de empresa en los filtrados indiscriminados de todos los clientes de las proveedoras de accesos a Internet si se quieren adoptar medidas judiciales generales e indiscriminadas para frenar o impedir descargas de archivos de propiedad intelectual utilizando los programas «peer to peer».

Palabras clave: intervención judicial en las comunicaciones, incorporación al proceso del material digital, cadena de custodia, violación de los derechos fundamentales, proveedor de acceso a Internet, medidas judiciales para impedir descargas de archivos.

ABSTRACT

Judicial intervention in private communications, especially electronic ones, requires compliance with mandatory requirements in order to grant legitimacy and avoid procedural nullity. In Spain it is the doctrine of the courts that continues to establish these requirements. There is a need for urgent reform of the procedural law governing such action. Validly incorporating digital material to the process requires action specific to how records are filed and how expert intervention is processed, the court clerk's authority to attest documents and compliance with the so-called chain of custody to prevent its alteration. There would be a violation of fundamental European rights on personal data protection, on freedom of communication and freedom of enterprise in the indiscriminate filtering of all Internet service providers customers, if general and indiscriminate legal measures are to be taken to stop or prevent file downloads of intellectual property using peer-to-peer software.

Keywords: electronic communications, judicial intervention, chain of custody, peer-to-peer, personal data protection, freedom of communication, free enterprise.

ZUSAMMENFASSUNG

Das Abfangen von privater Kommunikation, besonders elektronischer, seitens des Gerichts, erfordert die Einhaltung einiger obligatorischer Erfordernisse, um rechtlich erlaubt zu sein und um ihre Nichtzulassung vor Gericht zu vermeiden. In Spanien entscheiden die Gerichte mit ihrer Rechtsauffassung darüber, welche Erfordernisse Anwendung finden, daher ist eine dringende Prozessrechtsreform notwendig, um dieses Mittel zu reglementieren. Die gültige Zulassung der digitalen Medien vor Gericht erfordert eigene Vorgehensweisen der Registrierung und der Begutachtung, der Beurkundungsbefugnis des Gerichtssekretärs und der Einhaltung der Kette der Sicherheitsverwahrung, um Verfälschungen zu verhindern. Wenn man allgemeine gerichtliche Mittel ergreifen will, um das Herunterladen mit Peer-to-Peer-Programmen von Dateien mit geistigem Eigentum einzudämmen oder zu verhindern und man ohne Unterscheidung die Kunden aller Internetprovider abfängt, dann wird es zur Verletzung der europäischen Grundrechte personengebundener Daten, der Kommunikationsfreiheit und der Unternehmensfreiheit kommen.

Schlüsselwörter: Elektronische Kommunikation, Abfangen von Kommunikation durch die Justiz, Kette der Sicherheitsverwahrung, Peer-to-Peer-Kommunikation, Schutz personenbezogener Daten, Kommunikationsfreiheit, Unternehmensfreiheit.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. REQUISITOS DE PROPORCIONALIDAD, PONDERACIÓN O NECESIDAD E IDONEIDAD DE LAS MEDIDAS CAUTELARES Y SU RAZONABILIDAD.—1. Habilitación judicial.—2. Motivación.—3. Excepcionalidad, subsidiariedad y huida del automatismo.—4. Imprescindibilidad o necesidad.—5. Proporcionalidad.—6. Duración de la medida. Tiempo razonable.—7. Prórrogas.—8. Transcripción bajo fe del secretario judicial.—9. Naturaleza de la prueba.—III. OCUPACIÓN DE OBJETOS, MATERIALES, VESTIGIOS Y PAPELES. ESPECIAL CONSIDERACIÓN DEL MATERIAL DIGITAL.—1. Finalidad de la medida y aplicación general al entorno digital.—2. Precisiones.—3. Registro de discos duros y agendas electrónicas.—4. Teléfonos móviles.—5. Volcado de la información de ordenadores.—6. Cadena de custodia.—7. Hallazgo casual.—8. Referencia al barrido de datos telefónicos y al sistema SÍTEL.—VI. DATOS PERSONALES: FILTRADO DE COMUNICACIONES ELECTRÓNICAS PARA EVITAR INTERCAMBIOS DE ARCHIVOS: STJUE DE 24 DE NOVIEMBRE DE 2011 (UN ASPECTO DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL).—1. Finalidad de la cuestión.—2. Planteamiento de la prejudicialidad.—3. Decisión con aplicación prioritaria de la protección de los datos personales en la Unión Europea.

I. INTRODUCCIÓN

No viene de más recordar que la base legal, desde el plano constitucional y legal, de la inmisión en las comunicaciones particulares o privadas está contenida en los arts. 18.3 de la Constitución y 579 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, complementados necesariamente con la abun-

dante doctrina jurisprudencial contenida en la doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, dada la escasez evidente de la regulación legal contenida en el vigente texto del procedimiento penal español, necesitado de una urgente revisión y actualización atemperadas, en todo caso, a las exigencias de dicha doctrina¹.

II. REQUISITOS DE PROPORCIONALIDAD, PONDERACIÓN O NECESIDAD E IDONEIDAD DE LAS MEDIDAS CAUTELARES Y SU RAZONABILIDAD

Se trata de examinar los presupuestos habilitantes de la medida cautelar de intervención de las comunicaciones, todas ellas y con independencia del momento histórico y tecnológico en el que nos encontremos, de una persona por orden judicial que, resumidamente, han de reunir los siguientes requisitos acumulados o concurrentes, para lo que seguimos, esencialmente, la clara exposición y pautas al respecto contenida en la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 28 de noviembre de 2001.

¹ Dice el primero de los citados preceptos: «Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial». Se añade en la Ley de Enjuiciamiento Criminal:

«1. Podrá el juez acordar la detención de la correspondencia privada, postal y telegráfica que el procesado remitiere o recibiere, y su apertura y examen, si hubiere indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante de la causa.

2. Asimismo, el juez podrá acordar, en resolución motivada, la intervención de las comunicaciones telefónicas del procesado, si hubiere indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante de la causa.

3. De igual forma, el juez podrá acordar, en resolución motivada, por un plazo de hasta tres meses, prorrogable por iguales periodos, la observación de las comunicaciones postales, telegráficas o telefónicas de las personas sobre las que existan indicios de responsabilidad criminal, así como de las comunicaciones de las que se sirvan para la realización de sus fines delictivos.

4. En caso de urgencia, cuando las investigaciones se realicen para la averiguación de delitos relacionados con la actuación de bandas armadas o elementos terroristas o rebeldes, la medida prevista en el número 3 de este artículo podrá ordenarla el ministro del Interior o, en su defecto, el director de la Seguridad del Estado, comunicándolo inmediatamente por escrito motivado al juez competente, quien, también de forma motivada, revocará o confirmará tal resolución en un plazo máximo de setenta y dos horas desde que fue ordenada la observación».

1. Habilitación judicial

La doctrina jurisprudencial estima que se trata de un requisito insubsanable para la viabilidad constitucional de las escuchas, y consiste en que la autorización para la intervención telefónica la realice un juez de instrucción, bien en el curso de la investigación criminal o bien dando paso a un proceso que se inicia a partir de la concesión de la interceptación.

El juez que adopta la medida tiene que ser el juez ordinario predeterminado por la ley. Tanto en el caso de que se acceda a la medida o bien se niegue, el juez tiene que incoar unas diligencias previas (o un sumario, añadimos) que sirvan de encuadre a la resolución judicial en forma de auto, que debe ser adoptada para exteriorizar la voluntad judicial.

Resulta perfectamente posible que el juez que adopte inicialmente la medida de intervención sea aquel que, por reparto, le corresponda el testimonio deducido de otras diligencias previas que actúan como matriz, de las que se desglosen las actuaciones que constituyen la esencia del procedimiento en el que se han dictado los autos correspondientes habilitando la intervención de las comunicaciones. Debe así ponderarse la plena regularidad del turno y de la incoación de las diligencias por el instructor.

No viene de más, por otra parte, recordar que, con la finalidad de salvaguardar el contradictorio, el Acuerdo no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 26 de mayo de 2009 ha establecido al respecto y para tales casos los requisitos y momentos a tener en cuenta².

² Se decidió en dicho acuerdo no jurisdiccional que: «En los procesos incoados a raíz de la deducción de testimonios de una causa principal, la simple alegación de que el acto jurisdiccional limitativo del derecho al secreto de las comunicaciones es nulo, porque no hay constancia legítima de las resoluciones antecedentes, no debe implicar sin más la nulidad. En tales casos, cuando la validez de un medio probatorio dependa de la legitimidad de la obtención de fuentes de prueba en otro procedimiento, si el interesado impugna en la instancia la legitimidad de aquel medio de prueba, la parte que lo propuso deberá justificar de forma contradictoria la legitimidad cuestionada. Pero si, conocido el origen de un medio de prueba propuesto en un procedimiento, no se promueve dicho debate, no podrá suscitarse en ulteriores instancias la cuestión de la falta de constancia en ese procedimiento de las circunstancias concurrentes en otro relativas al modo de obtención de las fuentes de aquella prueba».

2. Motivación

Destaca la doctrina de la Sala Segunda, asimismo, que la resolución judicial ha de ser motivada, debiendo adoptar la forma de Auto en el que se contengan no sólo los presupuestos fácticos que condicionan la medida, sino también los razonamientos jurídicos que la justifican. La motivación no sólo es una exigencia formal impuesta al juez, sino también una garantía para que la persona afectada pueda, en su momento, valorar y combatir la adecuación de la medida a los presupuestos legales y jurisprudenciales exigidos para legitimar una decisión tan lesiva para el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones telefónicas.

Después de diversas vacilaciones, la jurisprudencia mayoritaria de la Sala Segunda del Tribunal Supremo ha venido admitiendo la fundamentación fáctica por remisión a los oficios policiales en los que se contenga la solicitud de la medida, siempre que su contenido contenga todos los elementos necesarios para conocer con exactitud las condiciones en que se produce la autorización.

Se exige, no obstante, la existencia de verdaderos indicios y no de meras sospechas o conjeturas, habiendo establecido la jurisprudencia que «se considera *ilícita* la intervención apoyada en unos datos fácticos policiales notoriamente imprecisos que no pasaban de sospechas y conjeturas, pero que no alcanzaban el nivel de indicios, basados en datos objetivos, necesarios para justificar la restricción de un derecho fundamental de tanta trascendencia como el que garantiza el secreto de las comunicaciones» (Sentencia de la Sala Segunda de 15 de febrero de 2005).

En la Sentencia de la Sala Segunda de 21 de marzo de 2005 también se exige «la especialidad del hecho delictivo investigado», limitación temporal y control judicial (cuya principal exigencia consiste en la entrega íntegra de las grabaciones originales a la autoridad judicial, a disposición de todas las partes del proceso, y la posibilidad de reproducirlas, sea total o parcialmente, en el juicio oral a instancia de las mismas). «No constituye, pues, una medida exigible, en el plano de las garantías constitucionales, ni la transcripción íntegra de las grabaciones, ni su previa audición íntegra por la autoridad judicial, ni existe norma que prohíba a la autoridad judicial ordenar o servirse de la selección o resumen que de las conversaciones intervenidas puedan hacer los funcionarios policiales a los que se haya encomendado la práctica de la intervención». La autoridad judicial competente puede servirse, tanto para autorizar las intervenciones como para

acordar sus prórrogas, de las informaciones facilitadas por la policía judicial (cuyos miembros, como es sabido, están sujetos en el desempeño de sus funciones a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico —véanse arts. 9.1, 103.1 y 104 de la Constitución Española—), de las que deberá quedar la debida constancia en las actuaciones procesales para posibilitar el ulterior control de las decisiones judiciales, pero «sin que pueda considerarse necesario para que pueda adoptar tales medidas que disponga de una transcripción íntegra de las conversaciones grabadas ni, por supuesto, que deba proceder a una audición previa de las mismas» (FJ 3.º).

Creemos que con tales razonamientos queda bastante claro que la jurisprudencia no exige, como se acaba de exponer, la transcripción íntegra de las conversaciones realizadas o grabadas. Téngase en cuenta, por otro lado y en buena lógica, la presencia, en caso contrario, de multitud de tiempos muertos de grabación inocua e inútil a los efectos de una adecuada investigación y contraste de los hechos sujetos a la instrucción que se pueda seguir.

Para acordar la medida judicial en cuestión es preciso que existan así, pues, y sin duda alguna, indicios suficientes referidos a actividades delictivas, lo que permitirá razonablemente pensar que pueden haberse realizado, seguirse proyectando o realizando actividades ilícitas o delictivas. La motivación debe así aparecer suficiente, sin que se pueda predicar ausencia de ella o de los indicios considerados, ni considerar el Auto aisladamente o de forma separada y autónoma del resto de la investigación antecedente y subsiguiente. Debe, además, la motivación ser la adecuada a las circunstancias concurrentes y al estado de la investigación previa, en su caso, no prospectiva o de búsqueda de elementos de incriminación ante la inexistencia anterior de los mismos.

Se ha de entender, por ello, que el Auto inicial «tiene que contener referencia o alusión de algún tipo a la existencia de cualquier concreta sospecha, más o menos fundada, pero en todo caso individualizada y con alguna base o indicio real en su favor, que no sea una mera suposición o conjetura dirigida a suponer que pudiera haber una hipotética actividad delictiva susceptible de investigación». No se tratará de meras sospechas o conjeturas, sino de indicios objetivados ya antes. Objetivos y no subjetivos, dada la imputación y la expresa referencia contenida al respecto en el oficio policial previo recibido por el juez de instrucción.

Otra interpretación diferente frente a la base firme de las escuchas concedidas anteriormente y por un plazo de un mes, como suele ser lo habitual, y no fundada en meras conjeturas o sospechas, pronósticos delictivos o búsqueda de pruebas prospectivas, debería estimarse, al menos, como

desmesurada y no atemperada a los requisitos del proceso justo referido en los arts. 6 y 8 del Convenio de Roma de 1950. Las transcripciones policiales se han de recibir en el órgano judicial instructor y deben ser susceptibles de interpretación como prueba de cargo. Otra cosa es la valoración que deba dárseles.

Debe argumentarse en las resoluciones de autorización y de prórroga posterior cuál es el motivo plural de la injerencia en la intimidad que se acuerda; razonamientos con los que resulta lícito debatir pero que existen, cuando se razona en la forma exigida, y cumplen así con las exigencias constitucionales para que se sepa cuál es la razón, el porqué de la decisión judicial, siendo doctrina constante la que viene indicándolo en el sentido apuntado³.

³ Dice la Sentencia del Tribunal Constitucional de 28 de septiembre de 2009 al respecto: «Desde la Sentencia del Tribunal Constitucional 49/1999, de 5 de abril, FJ 7.º, este Tribunal viene afirmando que forman parte del contenido esencial del art. 18.3 de la Constitución Española las exigencias de motivación de las resoluciones judiciales que autorizan la intervención o su prórroga. *Éstas deben explicitar, en el momento de la adopción de la medida, todos los elementos indispensables para realizar el juicio de proporcionalidad y para hacer posible su control posterior, en aras del respeto del derecho de defensa del sujeto pasivo de la medida, pues, por la propia finalidad de ésta, la defensa no puede tener lugar en el momento de su adopción* (Sentencias 299/2000, de 11 de diciembre, FJ 4.º, y 167/2002, de 18 de septiembre, FJ 2.º).

En primer lugar, la resolución judicial que acuerda una intervención telefónica ha de justificar la existencia de los *presupuestos materiales habilitantes de la intervención: los datos objetivos que puedan considerarse indicios de la posible comisión de un hecho delictivo grave y de la conexión de las personas afectadas por la intervención con los hechos investigados. Indicios que son algo más que simples sospechas, pero también algo menos que los indicios racionales que se exigen para el procesamiento*. “La relación entre la persona investigada y el delito se manifiesta en las sospechas que, como tiene declarado este Tribunal, no son tan sólo circunstancias meramente anímicas, sino que precisan, para que puedan entenderse fundadas, hallarse apoyadas en datos objetivos, que han de serlo en un doble sentido. En primer lugar, en el de ser *accesibles a terceros, sin lo que no serían susceptibles de control*, y en segundo lugar, en el de que han de *proporcionar una base real de la que pueda inferirse que se ha cometido o que se va a cometer el delito, sin que puedan consistir en valoraciones acerca de la persona*. Esta mínima exigencia resulta indispensable desde la perspectiva del derecho fundamental, pues si el secreto *pudiera alzarse sobre la base de meras hipótesis subjetivas, el derecho al secreto de las comunicaciones, tal y como la Constitución Española lo configura, quedaría materialmente vacío de contenido*” (Sentencia 49/1999, de 5 de abril, FJ 8.º; en el mismo sentido, Sentencias 166/1999, de 27 de septiembre, FJ 8.º; 171/1999, de 27 de septiembre, FJ 8.º; 299/2000, de 11 de diciembre, FJ 4.º; 14/2001, de 29 de enero, FJ 5.º; 138/2001, de 18 de junio, FJ 3.º; 202/2001, de 15 de octubre, FJ 4.º; 167/2002, de 18 de septiembre, FJ 2.º; 184/2003, de 23 de octubre, FJ 11; 261/2005, de 24 de octubre, FJ 2.º, y 220/2006, de 3 de julio, FJ 3.º).

Se trata, por consiguiente, de *determinar si en el momento de pedir y adoptar la medida de intervención se pusieron de manifiesto ante el juez y se tomaron en consideración por éste datos objetivos que permitieran precisar que dicha línea era utilizada por las personas sospecho-*

Continuando con la cuestión de la motivación, también conviene recordar que la doctrina jurisprudencial de la Sala Segunda del Tribunal Supremo abunda en los referidos criterios de exigencia de motivación reforzada con tales elementos imprescindibles a considerar en todo caso⁴.

sas de la comisión del delito o de quienes con ella se relacionaban, y que, por tanto, no se trata de una investigación meramente prospectiva, pues el secreto de las comunicaciones no puede ser desvelado para satisfacer la necesidad genérica de prevenir o descubrir delitos o para despejar las sospechas sin base objetiva que surjan en los encargados de la investigación, ya que de otro modo se desvanecería la garantía constitucional (por todas, Sentencias 49/1999, de 5 de abril, FJ 8.º; 166/1999, de 27 de septiembre, FJ 8.º; 171/1999, de 27 de septiembre, FJ 8.º; 167/2002, de 18 de septiembre, FJ 2.º; 259/2005, de 24 de octubre, FJ 2.º, y 253/2006, de 11 de septiembre, FJ 2.º).

Sobre esa base, *el Tribunal ha considerado insuficiente la mera afirmación de la existencia de una investigación previa, sin especificar en qué consiste ni cuál ha sido su resultado, por muy provisional que éste pueda ser, afirmando también que la concreción del delito que se investiga, las personas a investigar, los teléfonos a intervenir y el plazo de intervención no pueden suplir la carencia fundamental de la expresión de los elementos objetivos indiciarios que pudieran servir de soporte a la investigación, ni la falta de esos indispensables datos pueda ser justificada a posteriori por el éxito de la investigación misma* (Sentencias 299/2000, de 11 de diciembre, FJ 5.º; 138/2001, de 18 de junio, FJ 4.º; 167/2002, de 18 de septiembre, FJ 3.º; 165/2005, de 20 de junio, FJ 5.º; 259/2005, de 24 de octubre, FJ 4.º, y 253/2006, de 11 de septiembre, FJ 4.º). También ha destacado el Tribunal que *“la idea de dato objetivo indiciario tiene que ver con la fuente de conocimiento del presunto delito, cuya existencia puede ser conocida a través de ella. De ahí que el hecho en que el presunto delito puede consistir no pueda servir como fuente de conocimiento de su existencia. La fuente del conocimiento y el hecho conocido no pueden ser la misma cosa”* (Sentencia 299/2000, de 11 de diciembre, FJ 5.º; citándola Sentencia 138/2001, de 18 de junio, FJ 4.º).

Asimismo, debe determinarse con precisión el número o números de teléfono que deben ser intervenidos, el tiempo de duración de la intervención, quién ha de llevarla a cabo y los periodos en los que deba darse cuenta al juez de sus resultados a los efectos de que éste controle su ejecución (por todas, Sentencias 49/1996, de 26 de marzo, FJ 3.º; 49/1999, de 5 de abril, FJ 7.º y ss.; 167/2002, de 18 de septiembre, FJ 2.º; 184/2003, de 23 de octubre, FJ 9.º; 259/2005, de 24 de octubre, FJ 2.º, y 136/2006, de 8 de mayo, FJ 4.º).

Y aunque es deseable que la resolución judicial contenga en sí misma todos los datos anteriores, *nuestra jurisprudencia ha admitido la motivación por remisión, de modo que la resolución judicial puede considerarse suficientemente motivada si, integrada con la solicitud policial, a la que puede remitirse, contiene todos los elementos necesarios para llevar a cabo el juicio de proporcionalidad* (por todas, Sentencias 167/2002, de 18 de septiembre, FJ 2.º; 184/2003, de 23 de octubre, FJ 9.º; 259/2005, de 24 de octubre, FJ 2.º, y 136/2006, de 8 de mayo, FJ 4.º)» (Sentencia del Tribunal Constitucional de 28 de septiembre de 2009).

⁴ Se dice así que: «También ha recordado esta Sala (Sentencia de 27 de septiembre de 2006) que el Tribunal Constitucional, interpretando los arts. 24 y 120 de la Constitución Española, *ha señalado que una motivación escueta y concisa no deja, por ello, de ser tal motivación, así como una fundamentación por remisión no deja tampoco de serlo* ni de satisfacer la indicada exigencia constitucional (Sentencias del Tribunal Constitucional 5/1987, 152/1987 y 174/1987), no exigiéndose que las resoluciones judiciales tengan un determinado alcance o intensidad en el razonamiento empleado» (Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 7 de octubre de 2009). También dice: «*Se ha considerado esencial la aportación de los elementos objetivos indiciarios que sirven de soporte a la investigación y que permiten estable-*

Resulta así que en los autos que se dicten y sean cuestionados se ha de decir el porqué, la razón y justificación de la medida acordada y de su prórroga posterior, permitiendo conocer la motivación que llevó al instructor a adoptar la medida excepcional de injerencia, no privando así a las partes y a la jurisdicción de un ulterior control sobre una posible arbitrariedad interdictada por los arts. 9.3 y 24 de la Constitución.

3. Excepcionalidad, subsidiariedad y huida del automatismo

La medida que afecta al secreto de las comunicaciones telefónicas o de otro orden sólo podrá adoptarse cuando no exista otro medio de investigación que sea de menor incidencia y agresividad sobre los derechos y libertades de los ciudadanos afectados⁵.

Se ha entendido que se cumplía con el requisito exigido de lo excepcional de la medida, por ejemplo, si se acordó dicha injerencia al tratarse de circunstancias respecto de las que difícilmente era o resultaba posible la investigación, casos concurrentes si se trata de hechos de «colocación de activos» ilícitamente obtenidos en el exterior, con pérdida de elementos de investigación y comprobación si no se adoptaba la medida de intervención o escucha de las comunicaciones, siendo de difícil comprobación y seguimiento tales posibles actividades presuntamente delictivas, dado su particular desarrollo y extensión temporal y territorial. Aparecía así en estos supuestos plenamente justificada la excepcionalidad requerida para la medida adoptada.

Parece obvio, por lo demás, que si resulta posible la existencia o posibilidad de adopción de medidas equivalentes, pero menos gravosas, para

cer una conexión entre el sujeto o sujetos que van a verse afectados por la medida, en cuanto usuarios de la línea telefónica a intervenir, y el delito investigado, excluyendo de este modo las escuchas prospectivas» (Sentencia de 6 de octubre de 2009).

⁵ Sobre dicha excepcionalidad, la jurisprudencia relata que se requiere «la excepcionalidad o idoneidad de la medida, ya que sólo debe acordarse cuando no estén a disposición de la investigación, en atención a sus características, otras medidas menos gravosas para los derechos fundamentales del investigado e igualmente útiles para la investigación (Sentencias del Tribunal Constitucional 49/1996, de 26 de marzo, FJ 3.º; 236/1999, de 20 de diciembre, FJ 3.º, y 14/2001, de 29 de enero, FJ 5.º)» (Sentencia de la Sala Segunda de 30 de septiembre de 2009), y que «la nota de la excepcionalidad se completa con las de idoneidad y necesidad y subsidiariedad formando un todo inseparable, que actúa como valladar ante el riesgo de expansión que suele tener todo lo excepcional» (Sentencia de 6 de septiembre de 2009), que se define afirmando que ha de concurrir la «excepcionalidad de la misma y, por tanto, obligatoria limitación temporal a lo estrictamente imprescindible» (Sentencia de 19 de junio de 2009).

la investigación seguida o que deba iniciarse, deberá evitarse la injerencia máxima constituida por la intervención judicial de las comunicaciones, que debe reservarse, como regla, para las investigaciones relacionadas con la persecución y descubrimiento de los delitos graves.

Las diligencias a practicar sobre las comunicaciones, en orden a la injerencia sobre las del o de los imputados, no deben aparecer así como una más, sino aconsejadas por la comunicación que determina la medida de intervención, normalmente el expositivo oficio policial, como continuación de ellas y no dotadas de autonomía, sino supeditadas a la investigación precedente, siendo precisas para su adecuada y razonable continuación o prosecución.

La medida acordada debe, asimismo, cumplir con la exigencia referida en la Sentencia del Tribunal Constitucional 49/1996, de 23 de marzo, en orden a la determinación del objeto de la intervención, pese a lo excepcional de la medida y a las actuaciones de investigación precedentes que la justifiquen y que actúan como hechos conocidos de carácter objetivo y que la legitiman en cuanto a su objetividad y materia u objeto de la injerencia acordada.

El objeto a investigar, los delitos o infracciones y las personas deben estar determinadas en la injerencia judicialmente acordada, siquiera sea por su profesión, ocupación o dedicación, excluyéndose la confidencialidad derivada del derecho de defensa. Ello tiene lugar si se pone a disposición judicial el resultado de las transcripciones policiales y no se reserva nada de ello. Si no se da ni concurre, pues, el supuesto impositivo previsto por la citada sentencia del Tribunal Constitucional⁶.

⁶ Relata al respecto lo siguiente: «Al amparo de una autorización judicial para la investigación de un presunto delito contra la salud pública mediante la intervención del teléfono de una determinada persona, Ramón, se estuvo investigando durante un largo periodo de tiempo a otras personas, Monserrat y Lorenzo, mediante la intervención de sus conversaciones telefónicas, *sin poner en conocimiento del juez que autorizó la primera intervención telefónica los nuevos hechos descubiertos, presuntamente constitutivos de delito de cohecho, ocultando la policía igualmente, a los sucesivos jueces que intervinieron, estos hechos y la fuente de conocimiento de los mismos*, lo cual, además de vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones de los imputados, constituyó asimismo violación del derecho a un proceso con todas las garantías *ex art. 24.2 de la Constitución Española*».

4. Imprescindibilidad o necesidad

Este requisito exige que el juez llegue al convencimiento de que, por las características del delito o el estado de la investigación, se hace necesario o imprescindible la adopción de la medida. Para dilucidar la necesidad o imprescindibilidad es preciso ponderar los intereses en conflicto.

Siempre es aconsejable valorar y pesar, por un lado, la necesidad de perseguir los hechos delictivos y, por otro, la posibilidad de lesionar derechos fundamentales. El juez debe ponderar los intereses en conflicto y decidirse por el interés legítimo que considere preponderante, después de hacer una operación de balanceo (el «*balancing test*» anglosajón), poniendo en cada platillo de la balanza a ponderar el interés general o social y los derechos individuales en cuestión.

Como se ha dicho antes, ello tendrá lugar si se trata de graves delitos que sean objeto de investigación, como, por ejemplo, los referidos al blanqueo de capitales y a otros varios relacionados de presunta comisión precedente o simultánea, *afectantes todos ellos a una red de corrupción organizada*, y así conceptuados por la normativa comunitaria e internacional de blanqueo de capitales, razonándose en las resoluciones dictadas sobre un presunto «iter» o camino continuado en el tiempo de la comisión de los mismos, siendo precisa la evitación de la ocultación de los efectos de ellos o de la misma ejecución de las infracciones penales cometidas y en curso, no apareciendo así huérfana de los referidos requisitos la autorización judicial que se conceda inicialmente y que sea prorrogada en el tiempo.

Téngase en cuenta que en el delito de amenazas, si se hacen de muerte o imponiendo condiciones graves o riesgos que se dice ocurrirán al amenazado si no cumple (como se observa, a veces, que ocurre en la pendencia de deudas), será la observación de las comunicaciones el único medio real de acreditar la comisión del delito y de dar protección a los perjudicados, como primera medida de tutela judicial en atención a lo prevenido al efecto en el art. 13 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal⁷.

⁷ El Código Penal establece en su art. 169 que: «El que amenazare a otro con causarle a él, a su familia o a otras personas con las que esté íntimamente vinculado un mal que constituya delito de homicidio, lesiones, aborto, contra la libertad, torturas y contra la integridad moral, la libertad sexual, la intimidad, el honor, el patrimonio y el orden socioeconómico, será castigado: 1) Con la pena de prisión de uno a cinco años, si se hubiere hecho la amenaza exigiendo una cantidad o imponiendo cualquier otra condición, aunque no sea ilícita, y el culpable hubiere conseguido su propósito. De no conseguirlo, se impondrá la pena de prisión de seis meses a tres años. Las penas señaladas en el párrafo anterior se impondrán en

Aunque se trate de la imprescindible concurrencia del requisito de la necesidad a continuación, sí se puede ya adelantar al respecto que el equilibrio de intereses en juego, dado lo excepcional de la ingerencia en los derechos fundamentales afectados, debe ser adecuadamente ponderada en razón de lo que se acaba de señalar, tratándose de medida excepcional, no habitual y requerida en atención a la precedente imputación o no de alguna o de algunas personas por hechos relacionados con la investigación en curso.

5. Proporcionalidad

La previa realización de esta operación comparativa entre los intereses en conflicto llevará al juez al convencimiento consistente en que la inmisión en el derecho fundamental puede ser acorde y proporcionada a la gravedad de los hechos que se investigan.

El juez que esté encargado de la causa en cuestión ha de tener en cuenta todos los requisitos que venimos examinando y ha de adoptar el acuerdo de intervención y las prórrogas sucesivas, en su caso, en función de la gravedad de hechos que reúnen las características ya mentadas antes respecto de los que se estén cometiendo, circunstancia concurrente «si atisba o aprecia, aun indiciariamente, así la comisión, aun persistente en el

su mitad superior si las amenazas se hicieren por escrito, por teléfono o por cualquier medio de comunicación o de reproducción, o en nombre de entidades o grupos reales o supuestos-Véase art. 1.2 LOTJ; y art. 620 de la presente Ley.. 2) Con la pena de prisión de seis meses a dos años cuando la amenaza no haya sido condicional».

Por otra parte, no puede pasarse por alto que, frente a lo establecido al respecto en el art. 33 del Código Penal, en la legislación de blanqueo de capitales de la UE hay que considerar la *Directiva 2005/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 2005, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales y para la financiación del terrorismo*, que, en su art. 3, entre otras, efectúa las siguientes definiciones: «5) Delitos graves. Como mínimo, los siguientes: *a)* los actos definidos en los arts. 1 a 4 de la Decisión marco 2002/475/JAI; *b)* cualquiera de los delitos contemplados en el art. 3, apartado 1, letra *a)*, de la Convención de las Naciones Unidas de 1988 contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas; *c)* las actividades de las organizaciones delictivas definidas en el art. 1 de la Acción Común 98/733/JAI del Consejo, de 21 de diciembre de 1998, relativa a la tipificación penal de la participación en una organización delictiva en los Estados miembros de la Unión Europea; *d)* el fraude según se define en el art. 1, apartado 1, y el art. 2 del Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas, al menos en los casos graves; *e)* la corrupción; *f)* todos los delitos que lleven aparejada una pena privativa de libertad o medida de seguridad de duración máxima superior a un año o, en los Estados en cuyo sistema jurídico exista un umbral mínimo para los delitos, todos los delitos que lleven aparejada una pena privativa de libertad o medida de seguridad de duración mínima superior a seis meses».

tiempo, por ejemplo, de graves infracciones penales integrantes de delitos de corrupción por una red organizada con repercusiones transfronterizas». En consecuencia, en esos casos no cabe discutir la proporcionalidad y necesidad de la medida adoptada.

En el mismo sentido, y de forma complementaria, se ha de indicar que la proporcionalidad de la ingerencia temporal acordada debe apreciar la existencia de lógicos indicios de naturaleza superior a la de meras sospechas, estando directamente relacionada la medida con una de las finalidades propias de la prisión preventiva, la referida en el art. 503.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal⁸.

Así lo ha resaltado la doctrina jurisprudencial⁹. Todos los referidos requisitos atinentes a la dación de la proporcionalidad han de concurrir necesariamente en el caso de que se trate.

6. Duración de la medida. Tiempo razonable

Según el art. 579 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la duración de la medida es de tres meses prorrogables por iguales periodos. Una dura-

⁸ Indica dicho precepto que: «También podrá acordarse la prisión provisional, concurriendo los requisitos establecidos en los ordinales 1.º y 2.º del apartado anterior, *para evitar el riesgo de que el imputado cometa otros hechos delictivos*. Para valorar la existencia de este riesgo *se atenderá a las circunstancias del hecho, así como a la gravedad de los delitos que se pudieran cometer*. Sólo podrá acordarse la prisión provisional por esta causa cuando el hecho delictivo imputado sea doloso. No obstante, el límite previsto en el ordinal 1.º del apartado anterior no será aplicable cuando de los antecedentes del imputado y demás datos o circunstancias que aporte la policía judicial o resulten de las actuaciones pueda racionalmente inferirse que el imputado viene actuando concertadamente con otra u otras personas de forma organizada para la comisión de hechos delictivos o realiza sus actividades delictivas con habitualidad».

⁹ «*Si el instructor, en el ejercicio de sus deberes de investigación, hubiese llegado a la conclusión de que en todo este ingente material había elementos probatorios para justificar una decisión tan invasiva de un derecho fundamental como el de la inviolabilidad del domicilio, debió incorporar esos fragmentos al auto en el que autorizaba la entrada, una vez levantado el secreto del sumario, para fundamentarlo debidamente. Al no haberlo hecho así, la Sala sentenciadora, con acertado criterio, anula el auto, ya que no permitía que el investigado conociera cuáles eran las causas fácticas que servían de apoyo a tal decisión, ni tampoco conocer cuál era el juicio de proporcionalidad que justificaba la restricción de sus derechos fundamentales, ni siquiera cuáles eran los elementos objetivos que podían justificar tales sospechas*» (Sentencia de la Sala Segunda de 20 de octubre de 2009). Y que «*la resolución judicial que autorice la inferencia debe motivar su adopción comprobando que los hechos para cuya investigación se solicita revisten caracteres de hecho delictivo y que la solicitud y la adopción guardan la debida proporcionalidad entre el contenido del derecho fundamental afectado y la gravedad del hecho delictivo investigado*» (Sentencia de la propia Sala de 29 de julio de 2009).

ción razonable de la medida sería aquella que se aplica solamente por el tiempo necesario para constatar si el sistema de escuchas es el método idóneo para profundizar en la investigación.

Las diligencias que constituyen la base de las actuaciones han de poner de relieve que, dada la complejidad del entramado organizativo y la proliferación de contactos secundarios con numerosas personas, sea evidente que se exigía que su duración se extendiese más allá de lo que sería permisible en el caso de una investigación menos complicada. Siendo ese mismo el supuesto que, con carácter general, es el contemplado por la doctrina jurisprudencial de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, sin que haya objeción alguna formulada en el caso que se analice o del que se trate sobre su validez y eficacia en el proceso penal cuando concurren tales circunstancias.

7. Prórrogas

El control judicial, que debe abarcar también el seguimiento de las operaciones de escuchas, permite comprobar, por el contenido de las grabaciones que se envían periódicamente, si la investigación progresa adecuadamente y si es necesario continuar la misma autorizando las prórrogas que se estimen convenientes. Para ello se deben enviar las cintas grabadas al órgano judicial para que éste compruebe su contenido y la necesidad o no de la prórroga. Es contrario al control judicial conceder las prórrogas sin haber escuchado los antecedentes y sin motivar suficientemente su concesión.

El Tribunal Constitucional en una Sentencia de 15 de octubre de 2001 precisa y perfila cuáles son las condiciones y requisitos que se deben guardar para la concesión de las prórrogas, estableciendo que la necesidad de control judicial exige, cuando menos, que el juez conozca los resultados de la intervención acordada para, a su vista, ratificar o alzar ésta.

Se ha de poder comprobar, por la secuencia de las prórrogas sucesivas, que existió el referido control judicial hasta considerarse por el instructor que no era necesaria la continuación de la medida al haberse cumplido su propia finalidad investigadora, y sin que sea exigible un resultado inculpatario en todas las medidas acordadas judicialmente, pues el resultado puede ser positivo o negativo, favorable o desfavorable, sin que por ello venga a predicarse la ilicitud de lo acordado, pues el éxito no está en contradicción con los requisitos que debe cumplir previa o simultáneamen-

te la orden judicial de intervención de las comunicaciones¹⁰. En cuanto al control ulterior de las grabaciones efectuadas, la misma resolución trata de la cuestión¹¹.

8. Transcripción bajo fe del secretario judicial

Este requisito no significa que la transcripción, a folios escritos, del contenido de las grabaciones tenga que realizarse materialmente por el secretario judicial, siendo suficiente con que el fedatario público oiga las cintas remitidas y compruebe que la transcripción enviada responde al contenido auténtico de lo que se escucha en las grabaciones.

Debe cumplirse así el requisito jurisprudencialmente exigido sobre este particular, no cuestionándose la autenticidad de las grabaciones producto del resultado de las escuchas practicadas, salvo que no se hiciera de esa manera.

¹⁰ En ese mismo orden de cosas, como indica la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 9 de noviembre de 2009, «hay que recordar, una vez más, *que la práctica de estas diligencias no requiere la preexistencia de acabadas constataciones acerca de la comisión del ilícito objeto de investigación, pues en ese caso cabría cuestionarlas por la ausencia de necesidad de las mismas*, al contar ya con pruebas susceptibles de aportación al procedimiento judicial, no pudiendo, en consecuencia, exigirse a la policía, en estos supuestos, más que la presentación de datos objetivos, no meros juicios de valor de carácter subjetivo o afirmaciones apodícticas, que induzcan a pensar en la razonable posibilidad de que aquellos sobre quienes ha de producirse la injerencia en sus derechos fundamentales son partícipes en la ejecución de un grave delito. *Otro planteamiento más estricto haría del todo imposible la labor de investigación, conduciendo a un grado de impunidad que pugna con el mantenimiento de las reglas de convivencia básicas sobre las que se asienta el propio Estado de Derecho*».

¹¹ Indicó a tal respecto que «*constando, como consta en las actuaciones, la sucesiva entrega al Juzgado instructor de la información relativa a los resultados de las intervenciones telefónicas, en fechas tales como el [...], por ejemplo, y de las grabaciones llevadas a cabo por la policía, ni puede afirmarse ausencia alguna de control en la práctica de las mismas por parte del titular de ese órgano ni, menos aún, tildarse de incorrectas las autorizaciones ulteriores de prórrogas temporales y ampliaciones a otras líneas telefónicas, incluso aunque no constase la audición personal por el propio juez de esas grabaciones, ya que ni es posible sostener con certeza que esa audición, de hecho, no se produjera, ni, como tiene ya manifestado este Tribunal, es la misma necesaria, en todo caso, para reconocer la existencia de un adecuado control derivado del conocimiento del contenido de los resultados que se han ido obteniendo mediante los informes policiales comparados con lo que conste en las transcripciones, siempre contrastables a su vez con las propias cintas de grabación de que se dispone*».

9. Naturaleza de la prueba

Es evidente que las conversaciones de los sospechosos que posteriormente pueden llegar a ser inculcados y previsiblemente llevadas al juicio oral no pueden ser consideradas como una declaración más del acusado, equiparable a las que realiza en el curso de la investigación ante la autoridad judicial y en presencia de su abogado.

Descartada la naturaleza personal de la prueba obtenida a través de las conversaciones que después son escuchadas en el acto del juicio oral, debemos encajarla en el género de pruebas documentales, entendiendo por documento el concepto amplio que se desprende del art. 26 del Código Penal, en que se extiende esta consideración a todo soporte material que exprese o incorpore hechos o narraciones con eficacia probatoria o cualquier otro tipo de relevancia jurídica.

Añade la doctrina jurisprudencial que la Sala sentenciadora, al escuchar de manera directa e inmediata el sonido y contenido de las conversaciones grabadas, puede realizar un análisis probatorio de las mismas para llegar a la convicción de si tienen virtualidad probatoria y para determinar si el tono de la voz pertenece a alguno de los acusados, a los que ha escuchado también de forma personal y directa en el curso del juicio oral.

III. OCUPACIÓN DE OBJETOS, MATERIALES, VESTIGIOS Y PAPELES. ESPECIAL CONSIDERACIÓN DEL MATERIAL DIGITAL

1. Finalidad de la medida y aplicación general al entorno digital

La finalidad general de la diligencia de entrada y registro, consistente en el hallazgo de efectos o instrumentos del delito, o libros, papeles u otros objetos que puedan servir para su descubrimiento y comprobación (*ex art. 546 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*), es desarrollada en la Ley de Enjuiciamiento Criminal a través del art. 574¹². Finalmente, el

¹² Dice el referido precepto: «El juez ordenará recoger los instrumentos y efectos del delito y también los libros, papeles o cualesquiera otras cosas que se hubiesen encontrado, si esto fuere necesario para el resultado del sumario. Los libros y papeles que se recojan serán foliados, sellados y rubricados en todas sus hojas por el secretario judicial, bajo su responsabilidad». Añade, asimismo, el art. 575 del dicho texto: «Todos estás obligados a exhibir los

art. 576 del citado texto, en cuanto al registro de papeles y efectos, remite a los arts. 552 y 569.

2. Precisiones

Desarrolla igualmente la Ley de Enjuiciamiento Criminal una serie de precisiones en cuanto al registro de libros y papeles de contabilidad (aplicables a los soportes digitales o virtuales de la contabilidad y de tal documentación que no esté contenida ya en papel) en el art. 573¹³, disponiendo el art. 578¹⁴ del citado texto la intervención de documentación notarial y registral que pueda, en su caso, estar archivada o protocolizada digitalmente.

3. Registro de discos duros y agendas electrónicas

No regula la Ley de Enjuiciamiento Criminal, dada su fecha de publicación, el registro de discos duros o agendas de teléfono móvil, debiendo a estos efectos acudir a la jurisprudencia, la cual, en cuanto al registro de la agenda de teléfono móvil, lo tiene establecido en las SSTS de 25 de septiembre de 2003 y 25 de julio de ese mismo año, ambas citadas por Barja de Quiroga en su *Tratado de Derecho Procesal*¹⁵.

objetos y papeles que se sospeche puedan tener relación con la causa. Si el que los retenga se negare a su exhibición será corregido con multa de 125 a 500 pesetas, y cuando insistiera en su negativa, si el objeto o papel fueren de importancia y la índole del delito lo aconseje, será procesado como autor de desobediencia a la autoridad, salvo si mereciera la calificación legal de encubridor o receptor».

¹³ Establece el art. 573 que «no se ordenará el registro de los libros y papeles de contabilidad del procesado o de otra persona sino cuando hubiere indicios graves de que de esta diligencia resultará el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante de la causa».

¹⁴ «Si el libro que haya de ser objeto del registro fuere el protocolo de un notario, se procederá con arreglo a lo dispuesto en la Ley del Notariado. Si se tratase de un libro del Registro de la Propiedad, se estará a lo ordenado en la Ley Hipotecaria. Si se tratase de un libro del Registro Civil o Mercantil, se estará a lo que se disponga en la Ley y Reglamentos relativos a estos servicios».

¹⁵ Se ha indicado sobre dichos particulares en ellas que «nuestra jurisprudencia ha afirmado la legitimidad de la indagación en la memoria del aparato móvil de telefonía (SSTS 316/2000, de 3 de marzo, y 1235/2002, de 27 de junio, por todas), en la que se equipara la agenda electrónica del aparato de telefonía con cualquier otra agenda en la que el titular puede guardar números de teléfono y anotaciones sobre las realizadas y llamadas y otras anotaciones que, indudablemente, pertenecen al ámbito de la intimidad constitucionalmen-

4. Teléfonos móviles

Respecto a los teléfonos móviles, puede considerarse la reciente STS de 25 de mayo de 2011, en la que se alude al conocimiento por los agentes de la policía investigadora de los listados telefónicos de las agendas de teléfonos móviles, asimilándolos a las agendas en papel o electrónica¹⁶.

te protegida y que admiten injerencias en los términos exigidos por el art. 8 CEDH y la Constitución, “pues no tiene la consideración de teléfono en funciones de transmisión de pensamientos dentro de una relación privada entre dos personas”. Añadiendo la segunda de las sentencias citadas que: “Esta diligencia (el listado de llamadas del móvil) no supone ninguna intromisión en el derecho a la intimidad, ya que han sido obtenidas en legal forma y sólo sirven para acreditar los usuarios de los teléfonos intercomunicados, sin entrar en el contenido de las conversaciones”. En el caso de autos el detenido utilizaba tres terminales de teléfono cuyo examen, sin empleo de artificio técnico alguno de captación, sintonización o desvío por el servicio de vigilancia aduanera en el curso de una investigación de un delito grave, se limita a examinar el contenido de la memoria del aparato. Este examen fue realizado en el curso de las primeras diligencias de investigación y permitió comprobar la existencia de relaciones entre los anteriormente detenidos y el recurrente. Ese examen se limita a lo que el teléfono permitía, tres llamadas con relación a dos teléfonos y ninguna con relación al tercero que el recurrente había bloqueado. No se trata de una intervención en el proceso de comunicación, ya entendido como transmisión de conversación de usuarios, limitándose a la comprobación de unos números. Se trata de una comprobación de una agenda que contiene datos almacenados y que pudieron ser borrados por el titular o, incluso, bloqueados por el titular. Por otra parte, esa actuación no permite comprobar el destinatario de la llamada, ni el tiempo, ni, en la mayoría de los supuestos, las horas de su realización, tan sólo de una información obtenida de la memoria mediante una sencilla actuación sugerida por el aparato».

¹⁶ Se señala en ella que: «Así lo habíamos dicho también recientemente en Sentencias de 1 de marzo de 2011 y 12 de diciembre de 2010. En esta última dijimos: “La doctrina de esta Sala de Casación, según las reiteradas sentencias que ha dictado sobre casos similares relativos al conocimiento por los agentes policiales de los listados telefónicos de las agendas de teléfonos móviles (SSTS 316/2000, de 3 de marzo; 1235/2002, de 27 de junio; 1086/2003, de 25 de julio; 1231/2003, de 25 de septiembre; 449/2006, de 17 de abril, y 1315/2009, de 18 de diciembre), afirma que la agenda de un teléfono móvil, entendida por agenda, en este caso, el archivo de dicho aparato en el que consta un listado de números identificados normalmente por un nombre, es equiparable a una agenda en soporte de papel o electrónica con el mismo contenido de direcciones y números de teléfono. Por ello su registro u observación no supone la inmisión o injerencia en el derecho al secreto de las comunicaciones, sino en el derecho a la intimidad, con las importantes consecuencias que de ello se derivan. Pues así como la injerencia en el primero de tales derechos requeriría, sin duda ni excepción, la previa autorización judicial, por venir así expresamente dispuesto en el art. 18.3 de nuestra Constitución, la diligencia que afecta a la intimidad del investigado se encuentra, en cambio, legalmente autorizada a las fuerzas del orden, siempre por supuesto que la misma resulte justificada con arreglo a los criterios de urgencia y necesidad y que se cumpla el requisito de proporcionalidad al ponderar los intereses en juego en el caso concreto”».

5. Volcado de la información de ordenadores

En cuanto al denominado «volcado» de la información contenida en ordenadores, en memorias digitales o soportes de tal clase, se ha de tener en cuenta que respecto de los soportes digitales, esencialmente los dispositivos de memoria contenidos en los discos duros de los ordenadores, «se habrá de estar a las previsiones del art. 577 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en orden a la presencia de un perito en el lugar del registro y de la ocupación simultánea de los objetos relacionados con la investigación procesal en curso»¹⁷.

Dada la complejidad técnica de la aprehensión de los *muy volátiles e intrusivos elementos de convicción y prueba de los delitos informáticos*, es importante que la diligencia de entrada, registro y confiscación sea practicada en compañía de algún experto perito en la materia que pueda hacer real el mandato de no importunar más de lo necesario que pretende el art. 552¹⁸ y al mismo tiempo garantizar la máxima identificación y descripción adecuadas y posibles con arreglo a los conocimientos técnicos, aplicándose, además, lo establecido en el art. 577 referido o acompañándose de expertos informáticos peritos de la policía. Además de lo previsto sobre el registro de despachos de abogados¹⁹, siempre en el terreno de lo conveniente y apropiado, y si ello resulta posible, se viene entendiendo por los autores que se han ocupado de la cuestión que no vendrá de más, si ello resulta posible, que en el mismo Auto concediendo la autorización judicial para la entrada y registro se proceda a la incautación o intervención de los dispositivos de memoria —cds, dvds, discos duros, usbs, etc.— y se concrete la pericia a realizar, identificándose todos ellos por el secretario judicial en el acto del registro y con constancia detallada en el acta levantada por él.

¹⁷ Establece tal precepto que «si para determinar sobre la necesidad de recoger las cosas que se hubiesen encontrado en el registro fuere necesario algún reconocimiento pericial, se acordará en el acto por el juez en la forma establecida en el capítulo VII, título V».

¹⁸ Según el art. 552 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal: «Al practicar los registros deberán evitarse las inspecciones inútiles, procurando no perjudicar ni importunar al interesado más de lo necesario, y se adoptarán todo género de precauciones para no comprometer su reputación, respetando sus secretos si no interesaren a la instrucción».

¹⁹ Téngase en cuenta lo dispuesto al efecto en el art. 32.2 del Estatuto General de la Abogacía Española: «En el caso de que el decano de un Colegio, o quien estatutariamente le sustituya, fuere requerido en virtud de norma legal o avisado por la autoridad judicial, o en su caso gubernativa, competente para la práctica de un registro en el despacho profesional de un abogado, deberá personarse en dicho despacho y asistir a las diligencias que en el mismo se practiquen, velando por la salvaguarda del secreto profesional».

6. Cadena de custodia

La identidad exige perfecto aseguramiento del contenido de la información a estudiar por lo que, previos los «pantallazos» correspondientes y la copia en soporte papel si ello es posible, se procederá a preservar sin modificaciones el material intervenido, haciéndolo los peritos que se acompañen junto con el fedatario judicial. Posteriormente, también en presencia del fedatario judicial, se procederá al volcado de la información obtenida y debidamente custodiada. La jurisprudencia ha señalado, respecto de la llamada «cadena de custodia», de manera muy gráfica los pasos adecuados²⁰.

7. Hallazgo casual

Por último, respecto de la ocupación de efectos, instrumentos del delito, objetos o vestigios durante la práctica o ejecución de la diligencia de entrada y registro, hay que citar la STS de 24 de febrero de 2010 en relación, asimismo, con el hallazgo casual²¹. De la detenida lectura de la doc-

²⁰ Se describe que: «En efecto, se consignaron debidamente en las actas de los registros los ordenadores, CDs y disquetes intervenidos, que fueron seguidamente trasladados, con la correspondiente autorización judicial y bajo el control del fedatario judicial, a las dependencias de la Comisaría General de Información, donde tan sólo pudo procederse a su apertura en presencia del interesado y del secretario judicial, que levantó acta de su desprecinto e identificó el material mediante etiquetas, procediéndose igualmente, bajo su fe pública, a realizar una copia que incluyó toda la documentación de interés para la investigación. Posteriormente se produjo la apertura de la “pieza de ordenadores” en presencia judicial y del fedatario, ante un representante de GPA y de los letrados que habían manifestado la posible existencia de documentos propios de carácter profesional, aunque en ese momento se negarían a identificar éstos, acompañados a su vez de un letrado del Colegio de Abogados de Madrid, realizándose con idénticas garantías un duplicado en CD-rom de los contenidos de los “discos duros” de los ordenadores incautados, debidamente identificados mediante etiquetas, al igual que se hizo con los restantes CDs y disquetes, antes de devolver los ordenadores a sus usuarios. Y más tarde se realizó el volcado de estos archivos y la impresión de aquellos que se consideraron de interés para la investigación ante el instructor, el secretario judicial y el interesado, asistido de letrado e intérprete. A la vista de todo lo cual, debidamente documentado en las actuaciones, resulta difícil sostener que con tal desarrollo de la diligencia probatorias se hayan podido conculcar los derechos fundamentales de los recurrentes privando de valor a los documentos informáticos tenidos en cuenta y valorados por la Sala de instancia» (STS de 13 de octubre de 2009).

²¹ Se indica al respecto que: «Lo cierto es que la resolución que acordó la entrada y registro en el domicilio del recurrente estaba motivada y justificada para el hallazgo de efectos relacionados con los presuntos delitos de agresión sexual y delitos de robo en los que

trina jurisprudencial se colige la necesidad de dar una autorización judicial diferenciada, si de hallazgo de indicios de otro delito diferente se tratara, por contraste con la establecida respecto de los hallazgos casuales ocurridos en el curso de una entrada y registro autorizada en unidad de acto.

8. Referencia al barrido de datos telefónicos y al sistema SITEL

Debe realizarse, por último, una referencia obligada a dichas cuestiones, ya que en alguna ocasión se ha cuestionado la validez del sistema de seguimiento e interceptación de comunicaciones SITEL. La jurisprudencia, sin duda alguna, se ha decantado ya de forma sistemática por la plena legalidad de las autorizaciones judiciales referidas a las comunicaciones interceptadas por el referido sistema tecnológico, al que otorga plena fiabilidad y garantías de legalidad²².

aparecía imputado, por lo que podía considerarse incluido el hallazgo de armas que hubieran podido utilizarse, diligencia que se practicó con todas las garantías, con presencia del propio recurrente y su abogado, así como con intervención del secretario judicial, como consta a los folios 116, 118 y 124 de la causa. Sin perjuicio de que estuviera abarcado en la resolución judicial el hallazgo de armas de que fuera poseedor el acusado, que hubiera podido utilizar en los hechos delictivos que se investigaban, es oportuno recordar la doctrina de esta Sala sobre el hallazgo casual en las diligencias de entrada y registro. Así, en la Sentencia 315/2003, de 4 de marzo, se declara, recogiendo doctrina de otras sentencias, la validez de la diligencia cuando, aunque el registro se dirigiera a la investigación de un delito, se encontraran efectos o instrumentos de otro que pudiera entenderse como delito flagrante. La teoría de la flagrancia ha sido, pues, una de las manejadas para dar cobertura a los hallazgos casuales, y también la de la regla de la conexidad de los arts. 17.5 y 300 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, teniendo en cuenta que no hay novación del objeto de la investigación, sino simplemente “adición”. Y en la Sentencia 742/2003, de 22 de mayo, se expresa que “nada impide que en la diligencia de registro puedan obtenerse pruebas de otro delito distinto de aquel para cuya investigación fuera inicialmente concedida, máxime cuando tales pruebas se hubieran podido obtener mediante una autorización judicial de entrada y registro que es la que ha mediado en estos casos”. Añade esta Sentencia que “no se puede seguir, como recuerda la Sentencia de esta Sala de 8 de marzo de 1994, el mismo criterio que cuando se trata de una intervención telefónica. En ésta, por su propia naturaleza, presupone una prolongación temporal que permite, en los casos de escuchas referidas a otras conductas delictivas distintas, una ampliación de la autorización judicial habilitante. No sucede lo mismo con las entradas y registros, que se caracterizan por su realización en unidad de acto, de ahí que si en su práctica aparecen objetos constitutivos de un cuerpo de posible delito distinto a aquel para cuya investigación se extendió el mandamiento habilitante, tal descubrimiento se instala en la nota de flagrancia”. Por otra parte, como se declara probado, el recurrente estaba en posesión de un arma de fuego en condiciones de ser disparada y careciendo de la licencia y permiso correspondientes. Por todo lo que se ha dejado expresado, en el presente caso no se han producido las infracciones ni la vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio que se invocaron en apoyo del presente motivo, que debe ser desestimado».

²² Dice al respecto la STS de 19 de julio de 2010: «Mientras que, acerca de los argu-

IV. FILTRADO DE COMUNICACIONES ELECTRÓNICAS PARA EVITAR INTERCAMBIOS DE ARCHIVOS: STJUE DE 24 DE NOVIEMBRE DE 2011 (UN ASPECTO DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL)

1. Finalidad de la cuestión

Los antecedentes del asunto C-70/2010²³ que dan lugar a la Sentencia de la que tratamos en este apartado, expuestos de forma sucinta, se inician con el planteamiento de una cuestión prejudicial al TJUE por la Cour

mentos relativos a la infracción del derecho fundamental por el *procedimiento utilizado por parte de la policía para el descubrimiento del IMSI y el IMEI (claves alfanuméricas identificativas tanto del terminal telefónico como de la línea utilizada)*, según nos recuerda el fiscal en su escrito de impugnación del recurso, también esta Sala ha resuelto ya en ocasiones anteriores semejantes (Sentencias del Tribunal Supremo de 23 de enero de 2007, 18 de junio y 6 de julio de 2009, etc.) que no existe en tales casos vulneración de derecho fundamental alguno, al no corresponderse el conocimiento de tales datos con el de los propios contenidos de las conversaciones, que son los que integran esencial y propiamente el derecho al secreto de las comunicaciones merecedor de estricta protección. De igual modo, ante las quejas relativas al empleo del *sistema de interceptación y grabación telefónicas denominado SITEL*, basta con recordar que este Tribunal ha tenido oportunidad de pronunciarse con anterioridad al respecto, concluyendo en la idoneidad y procedencia de dicho sistema que, a juicio de la opinión mayoritaria en la Sala, cumple con todas las exigencias y garantías propias de la realización de esta clase de diligencias de investigación y probatorias que cuentan con una previa autorización judicial para su práctica (*vid.*, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de diciembre de 2009)».

A su vez, aplicando dicha doctrina, la Sentencia de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 2 de noviembre de 2011 indicó que «la expuesta doctrina, extracto actual de la posición de la jurisprudencia de nuestro Alto Tribunal sobre la línea de investigación policial inicial seguida, de inmediato a la perpetración del crimen en el madrileño Hospital 12 de Octubre, mediante el “barrido” realizado en las inmediaciones del lugar de los hechos, debe ser complementada, dada su claridad, con la inexigibilidad o falta de impedimento referido a utilización, como prueba de cargo, del resultado final de las intervenciones telefónicas efectuadas a consecuencia de la orden judicial interesada en otras actuaciones penales sustanciadas en la investigación de otro delito y que fue traída a la investigación que dio lugar a esta causa. La especialidad no puede ser interpretada en sentido adverso a lo dicho, con criterio de imposibilidad, pues no existe razón o argumento alguno que impida tal utilización de prueba de cargo válidamente obtenida en otras actuaciones y derivada, de forma inevitable y lógicamente derivada de las comprobaciones completadas lícitamente, de una línea de investigación ampliada, con la añadida y necesaria autorización judicial, al comprobarse la existencia de indicios referidos al delito principal que aquí es objeto de enjuiciamiento ahora en la alzada, derivándose sin prospectiva la diligencia de escucha lícita. En definitiva, no hay nulidad alguna por existir prueba válida independiente, derivada de línea de investigación lícita y autónoma, sin que adolezca de vicio o mácula alguna (Sentencia de la Sala Segunda de 8 de marzo de 2006)».

²³ Lengua del procedimiento: el francés.

d'Appel de Bruxelles (Bélgica) en el procedimiento entre Scarlet Extended, S. A., y la Société Belge des Auteurs, Compositeurs et Éditeurs SCRL (SABAM), interviniendo en aquél otras entidades de gestión de derechos de vídeo, música y de Internet.

En el procedimiento se cuestiona la interpretación de diversas Directivas (2000/31/CE, 2001/29/CE, 2004/48/CE, 95/46/CE y 2002/58/CE) sobre servicios de la sociedad de la información, propiedad intelectual y protección de datos personales. La demandada se niega a establecer un sistema de filtrado de las comunicaciones electrónicas mediante programas de intercambio de archivos (*«peer to peer»*) con el fin de evitar los intercambios de archivos que vulneren los derechos de autor. Dicha demandada actúa como proveedor de accesos a Internet que proporciona a sus clientes acceso a la red, sin ofrecer otros servicios como la descarga o el intercambio de archivos. La demandante estima que se utilizan los servicios de dicha proveedora de servicios para efectuar descargas, sin autorización y sin pagar derechos, de obras que figuran en el catálogo mediante redes *«peer to peer»*, que constituye un medio transparente para compartir contenidos, independiente, descentralizado y dotado de funciones de búsqueda y descarga avanzadas.

Por ello, a petición de la sociedad de gestión antes citada, fue citada la proveedora de servicios demandada ante el presidente del Tribunal de Première Instance de Bruxelles para que adoptara medidas dirigidas al cese de las infracciones de derechos de autor cometidos por sus clientes. Se interesaba judicialmente la declaración de infracciones sobre los derechos de autor como consecuencia del intercambio no autorizado de archivos electrónicos musicales y que se condenara a la proveedora de servicios a poner fin a dichas infracciones, impidiendo o bloqueando cualquier forma de envío o de recepción por sus clientes de archivos que reproduzcan una obra musical sin autorización de sus titulares mediante un programa *«peer to peer»*, con apercibimiento de multa coercitiva.

Mediante la correspondiente resolución judicial se declaró la existencia de infracción de los derechos de autor denunciada, aunque, antes de pronunciarse sobre la solicitud de cese de la actividad, se designó un perito para que examinara si las soluciones técnicas propuestas por la demandante eran o no viables, si permiten filtrar exclusivamente los intercambios ilícitos de archivos electrónicos y si existen otros dispositivos que puedan controlar el uso de programas *«peer to peer»*. El referido perito informó que, a pesar que existen numerosos obstáculos técnicos, no se excluye completamente que sea posible proceder a un filtrado y bloqueo de los intercambios ilícitos de archivos electrónicos.

Ante ello, el presidente del Tribunal condenó a la proveedora de servicios demandada a poner fin a las infracciones de los derechos de autor declaradas antes, impidiendo cualquier forma de envío o de recepción por sus clientes, mediante un programa «peer to peer», de archivos electrónicos que reproduzcan una obra musical del repertorio gestionado por la actora, con apercibimiento de multa coercitiva. Dicha resolución fue apelada por la demandada.

2. Planteamiento de la cuestión

Ante tales antecedentes, la Cour d'Appel de Bruxelles decidió suspender el recurso y plantear la pertinente cuestión prejudicial al TJUE. Esencialmente se cuestionaba si las Directivas comunitarias, en relación con los arts. 8 y 10 del Convenio de Roma de 1950, permiten a los Estados miembros autorizar a un juez nacional dictar un requerimiento de cese contra los intermediarios cuyos servicios sean utilizados por un tercero para vulnerar derechos de autor o derechos afines y para que ordene a un PAI que establezca, con respecto a toda su clientela, de manera abstracta y con carácter preventivo, exclusivamente a expensas de dicho PAI y sin limitación en el tiempo, un sistema de filtrado de todas las comunicaciones electrónicas, tanto entrantes como salientes, que circulen a través de sus servicios, en particular mediante la utilización de programas «peer to peer», con el fin de identificar en su red la circulación de archivos que contengan una obra musical, cinematográfica o audiovisual gestionadas por el solicitante y que, a continuación, bloquee la transmisión de dichos archivos, bien en el momento en que se pida un archivo o bien con ocasión del envío de éste.

3. Decisión con aplicación prioritaria de la protección de los datos personales en la Unión Europea

La sentencia pronunciada al respecto, de obligado cumplimiento, analiza con detenimiento y detalle suficientes las cuestiones suscitadas, con cita de la Sentencia L'Oreal C-324/09²⁴, y comienza por señalar que, res-

²⁴ Dice la citada Sentencia, en lo que interesa, que «los titulares de derechos deben tener la posibilidad de solicitar que se dicte un (requerimiento) judicial contra los intermediarios cuyos servicios se utilicen por terceros para infringir el derecho de propiedad industrial del titular. Las condiciones y modalidades relacionadas con esos (requerimientos) judi-

pecto de la posibilidad judicial de requerir a los intermediarios para la adopción de medidas para poner término a las lesiones de los derechos de propiedad intelectual ya causadas a través de sus servicios de la sociedad de la información, tal facultad alcanza, además, a la evitación de nuevas lesiones. No obstante, sus modalidades corresponden a los respectivos derechos nacionales, respetando, en todo caso, la normativa contenida en las directivas comunitarias²⁵.

Estima la sentencia que, en particular, debe respetarse la regla del Derecho de la UE que prohíbe a las autoridades nacionales adoptar medidas que obliguen a un PAI a proceder a una supervisión general de los datos que transmite en su red (art. 15.1 de la Directiva 2000/31). En el caso propuesto, llega el Tribunal a la conclusión impeditiva consistente en que la instada supervisión preventiva exigiría, para ejecutarla, una vigilancia activa de la totalidad de las comunicaciones electrónicas efectuadas en la red del PAI afectado y comprendería todos los datos que se vayan a transmitir y todos los clientes que utilicen dicha red.

Por ello, entiende el TJUE que el requerimiento acordado en la instancia impondría al PAI una supervisión general prohibida por el Derecho de la UE. Para ello, además, se tiene en cuenta la existencia de requisitos de protección de los derechos fundamentales aplicables citados en la cuestión prejudicial planteada. Se observa, en ese sentido, que la protección del derecho de propiedad intelectual está consagrado en el art. 17.2 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE²⁶, aunque ese derecho no es intangible o protegible en términos absolutos.

ciales se dejan a la discreción de las legislaciones nacionales de los Estados miembros. Por lo que respecta a las infracciones de los derechos de autor y derechos afines, existe ya una amplia armonización en virtud de la Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información (DO, núm. L 167, p. 10). Por tanto, la presente Directiva no debe afectar a lo dispuesto en el apartado 3 del art. 8 de la Directiva 2001/29/CE».

²⁵ Dice que «el art. 11, tercera frase, de la Directiva 2004/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual, debe interpretarse en el sentido de que exige a los Estados miembros velar por que los órganos jurisdiccionales nacionales competentes en materia de protección de derechos de propiedad intelectual puedan requerir al operador de un mercado electrónico la adopción de medidas que permitan no sólo poner término a las lesiones causadas a tales derechos por usuarios de dicho mercado electrónico, sino también evitar que se produzcan nuevas lesiones de este tipo. Estos requerimientos deben ser efectivos, proporcionados, disuasorios y no deben crear obstáculos al comercio legítimo».

²⁶ Puede consultarse la versión original en el DOUE, núm. 83, de 30 de marzo de 2010. Señala dicho apartado que: «Se protege la propiedad intelectual».

Nos recuerda a continuación, para apoyar tal falta de prevalencia absoluta del derecho de propiedad intelectual, que la protección del derecho fundamental de propiedad debe ponderarse con respecto a la protección de otros derechos fundamentales, citando el precedente propio contenido en la Sentencia de 29 de enero de 2008, asunto *Promusicae C-275/06*²⁷. Debe conseguirse así un justo equilibrio entre la protección del derecho de propiedad intelectual y la de los derechos fundamentales de las personas afectadas por las medidas a adoptar, en este caso entre los derechos de los titulares de los derechos de autor y la protección de la libertad de empresa que ampara a los proveedores de acceso a Internet²⁸.

Aplicando tales principios al caso planteado llega a la conclusión de que un requerimiento por el que se ordena establecer el sistema de filtrado en cuestión implica supervisar, en interés de los titulares de los derechos de autor, la totalidad de las comunicaciones electrónicas efectuadas en la red del PAI demandado, que es además ilimitada en el tiempo, comprende toda lesión futura y se supone que ha de proteger a las obras actuales y a las futuras, y supondría una vulneración sustancial de la libertad de empresa de aquél al obligarle a establecer un sistema informático complejo, gravoso, permanente y exclusivamente a sus expensas, infringiendo, además, el art. 3.1 de la Directiva 2004/48, que exige que las medidas adoptadas para garantizar el respeto de los derechos de propiedad intelectual no sean inútilmente complejas o gravosas.

Además, estima que los efectos de dicho requerimiento también pueden vulnerar los derechos fundamentales de los clientes del PAI, concretamente su derecho a la protección de datos de carácter personal y su libertad de recibir o comunicar información de los arts. 8 y 11 de la cita-

²⁷ En cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 5 de Madrid se dice que: «Corresponde a los Estados miembros, a la hora de adaptar su ordenamiento jurídico a las Directivas citadas, procurar basarse en una interpretación de éstas que garantice un justo equilibrio entre los distintos derechos fundamentales protegidos por el ordenamiento jurídico comunitario. A continuación, en el momento de aplicar las medidas de adaptación del ordenamiento jurídico a estas Directivas, corresponde a las autoridades y a los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros no sólo interpretar su Derecho nacional de conformidad con dichas Directivas, sino también procurar que la interpretación de éstas que tomen como base no entre en conflicto con dichos derechos fundamentales o con los demás principios generales del Derecho comunitario, como el principio de proporcionalidad (*vid.*, en este sentido, las sentencias *Lindqvist*, antes citada, apartado 87, y de 26 de junio de 2007, *Ordre des barreaux francophones et germanophone* y otros, C-305/05)».

²⁸ Dice el art. 16 de la citada Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea que: «Se reconoce la libertad de empresa de conformidad con el Derecho de la Unión y con las legislaciones y prácticas nacionales».

da Carta de Derechos Fundamentales²⁹. El filtrado pretendido implicaría un análisis sistemático de todos los contenidos y la recopilación e identificación de las direcciones IP de los usuarios, que son datos protegidos al permitir identificar a éstos, y podría vulnerar la libertad de información, dado que se corre el riesgo de que el sistema no distinga suficientemente entre contenidos lícitos e ilícitos, dando lugar al bloqueo de comunicaciones de contenido lícito.

La conclusión lógica, y naturalmente derivada de lo anterior, a la que llega el TJUE es la de que el Derecho de la UE contenido en las directivas aplicables se opone al requerimiento judicial ordenando un sistema de filtrado al PAI como el planteado, pues no se respetaría la garantía de un justo equilibrio entre el derecho a la propiedad intelectual y la libertad de empresa, el derecho a la protección de datos de carácter personal y la libertad de recibir o comunicar informaciones.

²⁹ Señalan, respectivamente, que: «1. Toda persona tiene derecho a la protección de los datos de carácter personal que le conciernan. 2. Estos datos se tratarán de modo leal, para fines concretos y sobre la base del consentimiento de la persona afectada o en virtud de otro fundamento legítimo previsto por la ley. Toda persona tiene derecho a acceder a los datos recogidos que le conciernan y a obtener su rectificación. 3. El respeto de estas normas estará sujeto al control de una autoridad independiente», y que: «1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. 2. Se respetan la libertad de los medios de comunicación y su pluralismo».