

6. CRIMINALIDAD INFORMÁTICA

6.1 Introducción

La evolución del proceso penal español en los últimos años ha estado marcada por una tensión sostenida entre dos modelos históricos: el modelo inquisitivo, caracterizado por la concentración de funciones en un mismo órgano, y el modelo acusatorio, basado en una clara separación de las funciones correspondientes respectivamente a la dirección de la investigación y preparación y ejercicio de la acción penal y las de enjuiciamiento. Aunque en España, desde hace años se está avanzando lenta pero progresivamente hacia un sistema acusatorio, la pervivencia del juez de instrucción como figura central de la investigación criminal representa un vestigio relevante del modelo inquisitivo.

Así, salvo en los procesos ante el Tribunal de Jurado o los relativos a personas menores de edad, la normativa procesal asigna con carácter general la dirección de la investigación a los órganos judiciales, relegando la función del Ministerio Fiscal al momento de formular acusación, a excepción de algunas intervenciones puntuales –por la vía esencialmente de las diligencias de investigación penal (arts. 773.2 LECrim y 5 EOMF)– en la preparación del material probatorio en el que se va a fundamentar dicha acusación. Este modelo de proceso penal está generando graves disfunciones que se hacen especialmente visibles en la capacidad de respuesta frente a determinados fenómenos criminales complejos y altamente técnicos, como la ciberdelincuencia, donde la formación especializada, la agilidad y la actuación coordinada de investigadores y operadores jurídicos encargados del ejercicio de la acción penal resultan esenciales.

En este contexto, la propuesta de atribuir la dirección de la investigación penal al Ministerio Fiscal conllevaría ventajas estructurales esenciales para la modernización del proceso penal español.

Entre ellas, hemos de destacar muy especialmente la posibilidad de superar los problemas asociados a la actual definición de competencias de los órganos judiciales de instrucción, basada esencialmente en la demarcación territorial y extraordinariamente atomizada, que, en lo que respecta a la ciberdelincuencia, está generando dificultades sistémicas al hacer depender de la aplicación de criterios de territorialidad –y, en último término de decisiones sobre acumulación de actuaciones– la investigación de actividades ilícitas que por su propia naturaleza se desarrollan total o parcialmente en el ciberespacio y por tanto sin limitaciones derivadas de ámbitos geográficos determinados.

Al respecto ha de recordarse que el Ministerio Fiscal posee una organización jerárquica, unitaria y flexible, que potencia y favorece la posibilidad de plantear desde el inicio investigaciones de alcance nacional o transnacional más allá de las demarcaciones territoriales propias de la actual configuración de las secciones de Instrucción de los Tribunales de Instancia.

Es evidente que esta ventaja de carácter general para cualquier tipo de investigación se torna decisiva frente a la ciberdelincuencia, fenómeno criminal en el que es frecuente la actuación coordinada y/o el apoyo mutuo entre distintas personas o grupos que pueden actuar desde cualquier lugar del mundo, sirviéndose de un nivel de conectividad permanente, de estructuras flexibles y fácilmente adaptables, intercambiando entre sí recursos y medios técnicos, utilizando identidades falsas –reales o imaginarias– y servidores ubicados en jurisdicciones diversas, todo lo cual dificulta enormemente la investigación y persecución de estas conductas. Por ello resulta imprescindible contar con una dirección investigadora unificada y con capacidad de establecer fácilmente relaciones ágiles y efectivas con los órganos y autoridades encargados de la investigación en otros países.

Además, la dirección de la investigación criminal por el Ministerio Fiscal garantizaría también el establecimiento de mejores condiciones para la obtención, conservación y aseguramiento de la prueba digital ya que la propia organización interna de la Institución permite una mayor especialización en quienes se encargan de impulsar y dirigir las actuaciones orientadas a la averiguación de los hechos y la identificación de sus autores y, por ende, de recopilar y tratar las evidencias generadas por las actividades delictivas. Es claramente perceptible el nivel de sofisticación técnica y capacidad disruptiva de la que hacen gala los ciberdelincuentes que se sirven de herramientas altamente tecnificadas; utilizan identidades simuladas; cifrado y sistemas de anonimización avanzada, por lo que la investigación de estos ilícitos se vería notablemente favorecida si se encomienda su dirección a aquellos profesionales que disponen de la formación técnica y especialización adecuada para ello, posibilidad que puede llevarse a efecto con la estructura organizativa y de distribución de funciones del Ministerio Fiscal español

Pero, sobre todo, ha de tenerse en cuenta que esta modificación en la dirección de la investigación haría posible una mayor coherencia entre las actuaciones que se realizan en la fase de instrucción, las correspondientes a la preparación y formalización de la acusación y el enjuiciamiento, lo que contribuiría notablemente a mejorar la eficacia y la agilidad del proceso penal.

Por todo ello, desde nuestro punto de vista, el modelo procesal vigente resulta insuficiente y obsoleto para responder adecuadamente a los desafíos específicos de la criminalidad informática. La fragmentación competencial de los órganos de instrucción, las carencias en la deseable especialización homogénea y la lentitud inherente a las estructuras judiciales tradicionales, está lastrando nuestra capacidad de reacción frente a una forma de criminalidad que avanza inexorablemente al ritmo de la evolución técnica y científica y está impidiendo ofrecer a la ciudadanía una protección adecuada frente a delitos que afectan a su dignidad, su intimidad, su patrimonio, sus datos personales, su libertad sexual y, en última instancia, a la propia confianza en el ecosistema digital. La atribución al Ministerio Fiscal de las competencias necesarias para dirigir y coordinar la investigación de estos ilícitos –especialmente a través del área de especialización en criminalidad informática– permitiría dotar al sistema penal español del dinamismo, coordinación técnica y capacidad estratégica que se precisa para enfrentar un fenómeno delictivo que evoluciona con una rapidez sin precedentes y cuyos graves efectos son cada vez más graves y peligrosos para los ciudadanos.

Ciertamente, la posibilidad de atribuir la dirección de la investigación criminal al Ministerio Fiscal tradicionalmente ha generado objeciones en diversos sectores sociales, jurídicos y académicos. Entre las objeciones más frecuentes han de mencionarse las relativas a una supuesta falta de imparcialidad del Ministerio Fiscal, el riesgo de injerencias de otros poderes del Estado, la sobrecarga de trabajo que ello implicaría para la Institución o la complejidad organizativa que una reforma de esta magnitud conlleva. Estas preocupaciones, aunque relevantes, deben analizarse –y así lo haremos a continuación– desde la perspectiva de los principios inspiradores del Estado de Derecho, de las funciones que puede y debe asumir el Órgano Judicial de Garantías y de la propia estructuración de la Institución en forma tal que garantice plenamente la capacidad del Ministerio Fiscal para actuar con autonomía técnica bajo los principios de legalidad e imparcialidad.

Con todo, sin perjuicio de las ventajas anteriormente expuestas, es imprescindible dejar constancia de la dificultad de ofrecer una valoración definitiva sobre los beneficios exactos que implicaría atribuir la dirección de la investigación penal al Ministerio Fiscal en tanto se desconozca el marco normativo concreto a que se sujetaría dicho modelo. Cualquier análisis sobre esta materia debe partir de la idea de que las ventajas –y también los eventuales inconvenientes– de esta iniciativa dependerán necesariamente de la forma en que el legislador

configure finalmente las normas procesales relativas a la actuación del fiscal investigador, a su capacidad de dirección y coordinación de la actividad policial o a los mecanismos de control/supervisión por parte del Juez de Garantías y, en definitiva, de cómo se definan los mecanismos necesarios para cohonestar adecuadamente dos grandes objetivos, mejorar la eficacia y agilidad en la investigación criminal y, al tiempo, asegurar el pleno respeto de los derechos y libertades del investigado, de las víctimas y de todos los afectados por la investigación y de las garantías inherentes al Estado de Derecho. Al momento de elaborar este informe, más allá de la propuesta que se recoge en el Anteproyecto, no existe un texto legal plenamente definido, por lo que las consideraciones que efectuamos han de tener necesariamente carácter general.

No es lo mismo, por ejemplo, un sistema en el que todos los decretos del fiscal sean recurribles, que otro en el que solo puedan impugnarse aquellas resoluciones de mayor relevancia para la fase de investigación. Tampoco generaría las mismas dinámicas un modelo que exija informar al investigado desde el primer momento de la existencia del procedimiento, frente a otro en el que dicha notificación solo se produzca cuando existan indicios razonables de criminalidad. Igualmente, sería distinto el impacto en un sistema que permita la presencia de acusaciones particulares o populares desde el inicio, frente a otro que prevea su intervención en fases posteriores para evitar interferencias o filtraciones. Estas diferencias no son menores, sino que afectan profundamente a la estrategia investigadora, al equilibrio de garantías y a la propia eficiencia del sistema. Por ello, cualquier análisis de esta materia debe hacerse con cautela, reconociendo que el alcance real de la reforma quedará determinado por la futura regulación.

No obstante, tomando como referencia los modelos vigentes en los países de nuestro entorno, en los que el fiscal dirige la investigación penal con plenas garantías, es posible identificar las ventajas estructurales que previsiblemente también se reproducirían en España. La experiencia comparada demuestra que un sistema dirigido por el fiscal no solo es perfectamente compatible con el Estado de Derecho, sino que puede reforzarlo, al aportar claridad funcional, coherencia

procesal y especialización técnica. A partir de este planteamiento, este informe analiza una a una las principales ventajas, antes apuntadas, que tendría para nuestro país la atribución de la investigación penal al Ministerio Fiscal, tanto en términos generales como –muy especialmente– en relación con las exigencias específicas de la criminalidad moderna y con las oportunidades de mejora que ofrece una reforma integral del proceso penal.