

Isabel M^a Villar Fuentes

**“Contrasto alla criminalità organizzata e conseguenti restrizioni alla privacy:
Indagine preliminare e situazioni d’urgenza
nel processo penale spagnolo”***

SOMMARIO: 1. Introduzione. - 2. Processo speciale per terrorismo?: Caratteristiche processuali peculiari nella legislazione spagnola sul terrorismo. - 3. Necessaria armonizzazione: Cooperazione europea; - 4. La raccolta e analisi di prove informatiche nelle indagini preliminari, a) Ipotesi d’urgenza, b) Principi informatori la raccolta e analisi di prove informatiche nelle indagini preliminari in casi d’eccezione, c) Casi eccezionali di detenzione, violazione della corrispondenza e intercettazione delle comunicazioni telefoniche e telematiche, d) Principio di specialità, e) Efficacia verso soggetti terzi, f) Il dovere di collaborazione, g) Viola il diritto alla segretezza della corrispondenza e della comunicazione, il diritto alla riservatezza o la legge di protezione dei dati personali?, h) Controllo e registro a distanza degli apparati informatici e banche dati, i) Il ruolo fondamentale dell’agente infiltrato nelle indagini preliminari con mezzi informatici e tecnologici; - 5. Conclusioni.

1. Introduzione

Le società democratiche sono impegnate già da diversi anni nella lotta contro il terrorismo, in tutte le forme in cui questo si è manifestato e per le più diversificate ragioni: religiose, ideologiche e nazionaliste. Ad ogni modo, è possibile segnalare come il XXI secolo, (in concreto a partire dagli attentati dell’11 Settembre a New York), rappresenti una nuova epoca di questo fenomeno.

Il *modus operandi* dei terroristi, la maniera di organizzarsi, l’attuazione in forma collettiva o individuale e perfino gli obiettivi, sono cambiati in modo radicale. Non è di certo questa la sede opportuna per analizzare tale questione specifica (come molte altre questioni ad essa relazionate), essendo per altro verso opportuno concentrare l’attenzione sul terrorismo dell’“era digitale”, e in particolare sul lavoro investigativo realizzato attraverso le nuove tecnologie, e sfruttato nelle indagini preliminari di un processo.

Il terrorismo per come si è evoluto soprattutto in questi ultimi dieci anni ha fatto emergere nuove e maggiori difficoltà per quel che riguarda la sua prevenzione, repressione e lotta stessa. Tra le altre peculiarità e novità emerse, possiamo segnalarne due di particolare rilevanza: la conoscenza e utilizzo di nuove tecnologie e la internazionalità.

In questo secolo il terrorismo può contare su una nuova arma, ossia l’insieme

* Tradotto da Alice Fabriani, studentessa di giurisprudenza all’Università “La Sapienza” di Roma.

degli strumenti e agevolazioni che il mondo tecnologico - e nello specifico l'utilizzo di internet- consente. Proprio per questa ragione è necessario interrogarsi su una questione: cioè, se le legislazioni statali vigenti si stanno adeguando con la giusta e proporzionata rapidità ed efficacia all'impiego delle medesime nuove tecnologie, e se gli Stati stanno operando un'opera di armonizzazione a livello internazionale, o perlomeno nel seno dell'Unione Europea, intendendo l'armonizzazione come strumento che aiuta a perseguire e scovare l'attività terroristica.

Lo sviluppo delle nuove tecnologie ha comportato un cambio enorme nel modo di sviluppare i programmi d'attuazione della società internazionale e, chiaramente non si escludono i piani espressamente elaborati per la lotta al terrorismo. È una realtà da considerare che i terroristi conoscono e facilmente accedono alle nuove tecnologie, basti notare la conseguenza più immediata: ha semplificato e reso più efficace tutta l'attività propagandistica, che a sua volta è utile non solo all'arruolamento di nuovi adepti all'organizzazione, ma anche alla pubblicità della stessa e alla "ripercussione". Però le nuove tecnologie sono state fondamentali anche nell'esecuzione degli attentati e nella fuga dopo averli commessi. Abbiamo segnalato anche l'internazionalità del terrorismo, caratteristica che può essere riscontrata tanto nell'organizzazione come nei suoi membri, e ciò significa che è una peculiarità radicata nel terrorismo stesso e nei suoi obiettivi. Paradigma esemplare dell'internazionalizzazione dell'attività terroristica è l'attitudine a colpire indiscriminatamente in qualunque parte del mondo.

Quanto detto costituisce per la comunità internazionale un insieme di ostacoli e difficoltà incalcolabili: i sistemi tradizionalmente impiegati per annientare il terrorismo sono "scaduti" e si fa sempre più impellente l'esigenza di adottare nuove forme e canali di prevenzione, lotta e persecuzione.

L'attentato dell'11 Settembre del 2001 alle Torri Gemelle a New York può considerarsi come il momento in cui inizia la nuova era di lotta al terrorismo. Basta osservare la reazione degli Stati Uniti in seguito agli attentati per rendersi conto che le misure adottate sono basicamente di carattere amministrativo e poliziesco. Il "patriot Act" del 26 Ottobre del 2001 proporzionò un insieme di misure che andavano modificando le disposizioni già esistenti ed altre innovative in tema di definizione dei reati di terrorismo, detenzione, interrogatorio e le sanzioni applicate, controllo e sorveglianza delle comunicazioni, il blocco dei capitali, il segreto bancario, l'immigrazione e l'identificazione biometrica¹.

¹ JIMÉNEZ PORTEA. F.J., *Estado de Derecho y Derechos fundamentales, "De la restricción de derechos*

La Francia applicò la Legge 55/389 dello Stato di emergenza del 1955², la quale prevedeva in linea generale le seguenti misure: l'applicazione della giurisdizione militare in tutto lo Stato francese o la possibilità che il Governo ordini perquisizioni domiciliari; la sospensione di spettacoli e manifestazioni pubbliche, la chiusura dei musei, degli istituti e dei centri scolastici, le biblioteche, le palestre e le piscine; la sospensione del servizio di trasporto scolastico e dei centri universitari; le forze dell'ordine pubblico sono abilitate a decretare il coprifuoco se ritengono che ci sia un rischio di un pregiudizio per l'ordine pubblico; tutti e 61 i principali punti di passaggio alla frontiera saranno soggetti a un controllo ferreo e restrittivo, incaricato del quale sarà la Polizia aerea e di frontiera (PAF) e gli agenti della Direzione Generale della Dogana (DGA); in più la dichiarazione dello Stato d'emergenza consente la restrizione del diritto alla libera circolazione delle persone e dei veicoli in luoghi e periodi temporali determinati. Questa Legge permette al Consiglio dei Ministri di decretare lo Stato "d'eccezione" e non definisce i confini della limitazione dei diritti fondamentali

I fatti accaduti a Parigi nella notte del 14 Novembre del 2015 e gli avvenimen-

a un «derecho procesal del enemigo», 628: "Después del atentado del 11 de septiembre de 2001, las cosas cambiaron sustancialmente, diseñándose una respuesta nueva, que se dirigió hacia dos frentes..."

² FAGGIANI, "Los estados de excepción. perspectivas desde el derecho constitucional europeo", in *www.ugr.es*. "Por su parte, Francia contempla en el art. 16 C. el ejercicio de los poderes de excepción, en el art. 36 C. el estado de sitio y en la Ley 55/385, del 3 de abril de 1955, regula el "état d'urgence" que puede ser aplicado alternativamente al estado de sitio, en casos de peligro inminente resultante de violaciones graves del orden público, o en caso de emergencia, por su naturaleza y gravedad, o de calamidad pública, dependiendo de la ponderación de los intereses en juego que se deja a la mera discrecionalidad de legislador."

El art. 16 de la Constitución francesa confiere al Presidente de la República poderes de excepción y derogatorios cuando concurren los siguientes supuestos: "Cuando las instituciones de la República, la independencia de la Nación, la integridad de su territorio o el cumplimiento de sus compromisos internacionales estén amenazados de manera grave o inmediata y el funcionamiento regular de los poderes públicos constitucionales esté interrumpido". Dicho artículo fue aplicado una sola vez por el general De Gaulle en 1961, para poner fin a la crisis generada por la guerra en Argelia, tras un golpe de estado por parte de los militares franceses. A pesar de las duras críticas desde el perfil garantista, su aplicación fue determinante para que Francia saliera de la crisis que se había generado. El estado de urgencia se proclamó en varias ocasiones: la primera, en 1955, antes de la independencia de Argelia; la segunda, el 13 de mayo de 1958, en Argelia, tras la muerte de tres soldados franceses ejecutados por el FLN (Frente Nacional de Liberación) que determinó la caída del gobierno de Pierre Pflimlin, y la asunción de la jefatura del Gobierno francés por Charles De Gaulle; en 1961, desde 23 de abril a 30 de septiembre, por el general de Gaulle después del golpe militar de los generales en Argelia y el 6 de octubre 1961, cuando desembocó en la masacre de argelinos en París. El estado de urgencia se aplicó también en Nueva Caledonia, desde diciembre de 1984 hasta el 30 de junio de 1985 y, por último, el 8 de noviembre de 2005, durante la Presidencia de Jacques Chirac, para poner fin a los disturbios en les "banlieues françaises" entre los ciudadanos franceses y los inmigrantes. El estado de sitio, en cambio, no se ha proclamado nunca en Francia durante la V República."

ti posteriori orientati alla localizzazione, disgregazione e detenzione dei soggetti integranti le cellule attivate, mostrarono la necessità di poter e dover reagire con agilità e certezza. Ancor di più se si considera che ad oggi uno dei membri è ancora in stato di latitanza.

Arrivati a questo punto ci si domanda tanto a livello della società internazionale quanto a livello comunitario se: gli Stati sono pronti per agire e reagire con efficacia di fronte al fenomeno del terrorismo? E a tal fine, le legislazioni nazionali hanno incluso le nuove tecnologie tra gli strumenti di lotta alla criminalità? Considerato il carattere internazionale della minaccia, esiste un grado di armonizzazione legislativa sufficiente in materia? E in Spagna, i meccanismi processuali penali proposti e vigenti nell'ordinamento, si considerano sufficientemente preparati per rispondere tempestivamente quando dovesse consumarsi un attentato, come quello realizzato a Parigi il 14 novembre? L'azione investigativa e le indagine realizzate con mezzi tecnologici, sono operative al punto di consentire la localizzazione e detenzione dei membri integranti le cellule terroristiche? La Legge Organica del 1 Giugno 4/1981, sullo stato d'eccezione, allarme e stato d'assedio, come può applicarsi all'innovativo tipo di indagine tecnologica? Comporta tutt'al più la sospensione delle garanzie individuali?

2. Processo speciale per terrorismo?

Una base comune e condivisa o l'utilizzo di principi comuni in determinate questioni processuali, per lo meno in ambito europeo, si ritiene possano essere necessari nonostante le critiche che in più occasioni questa ipotesi ha suscitato. L'esistenza di meccanismi che operano a velocità differenti nella fase dell'indagine e dell'investigazione nel processo penale offre ai terroristi la possibilità di sfruttare tale situazione per occultare la preparazione dell'attacco terroristico, così come le modalità d'esecuzione e i piani di fuga. Le differenze fra gli ordinamenti giuridici e la mancanza d'armonizzazione delle differenti legislazioni sono un punto di forza per i criminali, che tendono a servirsene a loro vantaggio.

Un primo sguardo al problema, da un punto di vista squisitamente processuale, mostra che le risposte date sono prive di un substrato di politica penale processuale, di carattere speciale, e questo si deve principalmente al rifiuto di accettare la teoria del "Diritto Penale del nemico", in cui il delinquente coincide in un "nemico della società"³.

³ CANO PAÑOS, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, "Los inicios de la lucha antiterrorista en Alemania. Análisis de la legislación penal y procesal en las décadas de 1970-1980",

Fatte le dovute premesse, la considerazione dei casi di terrorismo in ambito processuale pone la delicata questione dell'impiego, o meno, di un processo di natura speciale. Questione che ha suscitato dibattiti intensi e numerose proposte politiche che a volte si sostanziano nell'utilizzo di misure totalmente contrastanti con la necessaria protezione dei diritti fondamentali. (come fu il caso della Germania, nel corso degli anni '70 e '80, rinominato "giustizia d'eccezione in uno Stato d'assedio".)

a) Caratteristiche processuali peculiari nella legislazione spagnola sul terrorismo;

La Spagna ha ritenuto necessario regolare, disgraziatamente, le misure di politica penale e processuale penale in materia di terrorismo. Tra le altre consideriamo: la imprescrittibilità dei reati di terrorismo, quando abbiano causato la morte di una persona (art 131.4 CP); la competenza non è attribuita al "giudice naturale" e tanto la fase istruttoria e d'indagine, come la fase del giudizio e dell'azione penale concreta, corrispondono alla "Audiencia Nacional" (art 65 LOPJ in relazione con la disposizione transitoria della Legge Organica 4/1988 del 25 Maggio⁴).

<http://criminet.ugr.es>, 29: "no resulta exagerado afirmar que la legislación antiterrorista aprobada en Alemania en las décadas de 1970 y 1980 dio lugar a la creación de un sistema jurídico especial en sus vertientes penal, procesal y jurisdiccional, el cual fue bautizado por algunos como una "justicia de excepción en un estado de sitio". La legislación antiterrorista aprobada en Alemania en las décadas de 1970 y 1980 confirma sin duda la existencia de un "Derecho penal del enemigo" en todo este ámbito de la criminalidad. Partiendo de los postulados establecidos en su día por JAKOBS, el Derecho penal del enemigo hace referencia a un Derecho penal que trata a los infractores -a determinados infractores- no como ciudadanos, es decir, como sujetos que no han respetado los mínimos de convivencia condensados en las normas penales y que, por lo tanto, deben ser desautorizados mediante la pena, sino como enemigos, como meras fuentes de peligro que deben ser neutralizadas del modo que sea, cueste lo que cueste."

⁴JIMÉNEZ PORTEA, Estado de Derecho y Derechos fundamentales, "De la restricción de derechos a un «derecho procesal del enemigo»", Pamplona 2011, pág. 622 y ss.: "...se puede prorrogar la detención o prisión incomunicadas hasta un plazo de trece días en total (art. 509.2 y 3 LECrim). - Se puede también practicar un registro domiciliario sin autorización judicial, en casos de excepcional o urgente necesidad (art. 553 LECrim). El Ministro del Interior o el Secretario de Estado para la Seguridad podrá ordenar la intervención de comunicaciones, en caso de urgencia, dando posterior cuenta al juez, el cual la confirmará o revocará (art. 579.4 LECrim). - Por su parte, aunque sin circunscribirse exclusivamente al terrorismo, la Ley Orgánica 2/2002, de 6 de mayo, reguladora del control judicial previo del Centro Nacional de Inteligencia, permite la injerencia en los derechos fundamentales de la inviolabilidad del domicilio y el secreto de las comunicaciones -art. 18.2 y 3 CE-. Para ello, basta que el Director del CNI solicite a un Magistrado del Tribunal Supremo, designado de acuerdo con el artículo 127 LOPJ, una autorización judicial previa, la cual se adopta al margen de un proceso y sin un control jurídico-material de la solicitud. - Asimismo, de acuerdo con el artículo 51.2 LOGP, se pueden intervenir las conversaciones entre un recluso y su abogado, si bien aquí es necesaria una resolución judicial. Tanto el juez como el Fiscal, en su caso, pueden autorizar el uso de agentes encubiertos (art. 282 bis LECrim). - El

3. Necesaria armonizzazione

Per quanto riguarda la questione dell'armonizzazione degli ordinamenti giuridici in materia di lotta alla criminalità in generale, occorre distinguere due aspetti: da un lato un trattamento legislativo simile nei processi penale (specialmente rispetto alla questione dell'istruttoria, assunzione di prove, ecc...) e dall'altro una maggiore cooperazione sul piano tanto politico come giudiziale. Una base comune e condivisa o l'utilizzo di principi comuni in determinate questioni processuali, per lo meno in ambito europeo, si ritiene possano essere necessari nonostante le critiche che in più occasioni questa ipotesi ha suscitato. L'esistenza di meccanismi che operano a velocità differenti nella fase dell'indagine e dell'investigazione nel processo penale offre ai terroristi la possibilità di sfruttare tale situazione per occultare la preparazione dell'attacco terroristico, così come le modalità d' esecuzione e i piani di fuga⁵. Le differenze fra gli ordinamenti giuridici e la mancanza d'armonizzazione delle differenti legislazioni sono un punto di forza per i criminali, che tendono a servirsene a loro vantaggio.

a) Cooperazione Europea

Non esiste un'armonizzazione a livello mondiale e neanche in modo più concreto tra gli Stati membri dell'Unione Europea. E ciò malgrado la Decisione quadro dell'Unione Europea del 13 Giugno del 2002 che si prefigge di imporre e "statuire la primazia del Diritto Comunitario"⁶.

auto de procesamiento por delitos de terrorismo produce la suspensión automática de los cargos públicos que se ostente (art. 384 bis LECrim). Cabe limitar el acceso a la libertad condicional de los condenados (arts. 91 a 93 CP). - En el caso de los menores de edad implicados en actos de terrorismo, diversas reformas de la LORPM 5/2000, de 12 de enero, han incidido, entre otras cosas, en el cambio de competencia, otorgándosela también en estos casos a la Audiencia Nacional, aumentando las causas por las que cabe el internamiento en régimen cerrado y el alargamiento de los plazos máximos legales tanto de las medidas cautelares como de las definitivas. Por último, la Ley orgánica 6/2002, de 27 de junio, de Partidos Políticos, prevé impedir la creación o ilegalizar, en su caso, un partido político cuando incurra en las actividades descritas en su artículo

⁵ Ejemplo de ello lo encontramos en la huida de Salam Abdeslam, tras los atentados de París. Éste consiguió cruzar la frontera de Francia tras los atentados de París el 13 de Noviembre, para huir a Bélgica, donde al refugiarse en una casa, la Policía belga no pudo acceder en el domicilio, pues la ley belga no lo permite durante las horas de la noche.

⁶ TIEDEMAN, en Terrorismo y..., pág. 437, resalta que "el espacio único europeo de la Libertad, Seguridad y Justicia", sólo puede alcanzarse con una armonización de los Derechos internos o con mecanismos sustitutorios, que superen la cooperación oficial, que a todas luces es insuficiente.

Decisión Marco 2002 de 13 de junio: (5) La Unión Europea ha adoptado numerosas medidas específicas para combatir el terrorismo y la delincuencia organizada, entre las cuales figuran las siguientes: la Decisión del Consejo, de 3 de diciembre de 1998, por la que se encomienda a Europol la lucha contra los delitos cometidos o que puedan cometerse en el marco de actividades terroristas que atenten contra la vida, la integridad física, la libertad o los bienes de las personas (4); la Acción común 96/610/JAI del

È attraverso le Decisioni del Consiglio, così come tramite le Azioni Comuni che si è cercato di raggiungere una maggiore cooperazione e coordinazione in materia criminale e più specificatamente in tema di terrorismo.

Decisione del consiglio, 3 dicembre 1998, attribuisce a Europol la lotta contro i delitti commessi o che possano consumarsi nell'esercizio di attività terroristiche che attentano contro la vita, l'integrità fisica, la libertà o i beni delle persone.

Azione comune 96/610/jai del consiglio, 15 ottobre 1996, sulla creazione e mantenimento di un direttorio che conta su competenze, tecniche e conoscenze antiterroristiche specializzate al fine di facilitare la cooperazione anti-terrorista tra gli stati membri dell'unione europea.

Azione comune 98/428/jai del consiglio, 29 giugno 1998, attraverso la quale è stata creata una rete giudiziale europea con competenze sui reati di terrorismo e in particolare gode di rilievo l'articolo 2 della stessa.

Azione comune 98/733/jai del consiglio, 21 dicembre 1998, relativa alla tipizzazione come reato penale della partecipazione e concorso in una organizzazione criminale negli stati membri dell'unione europea.

Raccomandazione del consiglio, 9 dicembre 1999, relativa alla cooperazione nella lotta contro il finanziamento dei gruppi terroristici.

Decisione quadro, 13 giugno 2002, modificata con la decisione quadro 28 novembre 2008, che impone ai paesi membri dell'unione europea di avvicinare le relative legislazioni e d' introdurre alcune pene minime in relazione alla commissione di reati di terrorismo. Entrambe le decisioni definiscono il reato di terrorismo, così come i reati commessi contro la costituzione e il reato di partecipazione a gruppi terroristici, o casi di affinità allo svolgimento di attività terroristiche. Contengono inoltre le disposizioni relative alla trasposizione delle stesse negli ordinamenti degli Stati Membri.

Recentemente la Commissione ha presentato un piano d' azione per intensificare la lotta al finanziamento del terrorismo, in seguito agli avvenimenti di Parigi del 2 Gennaio del 2016, il quale è orientato al tracciamento dei terroristi seguendo i precisi movimenti e transazioni economiche, controllando il denaro plastico, il Bitcoin e le banconote da 500 euro. La quarta Direttiva

Consejo, de 15 de octubre de 1996, relativa a la creación y mantenimiento de un Directorio de competencias, técnicas y conocimientos antiterroristas especializados para facilitar la cooperación antiterrorista entre los Estados miembros de la Unión Europea (5); la Acción común 98/428/JAI del Consejo, de 29 de junio de 1998, por la que se crea una red judicial europea (6), con competencias sobre los delitos de terrorismo, y en particular su artículo 2, 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 (7); y la Recomendación del Consejo, de 9 de diciembre de 1999, relativa a la cooperación en la lucha contra la financiación de grupos terroristas (8)

sullo sbiancamento del capitale è stata adottata il 20 Maggio del 2015 e rinforzata dalla proposta della Commissione del 5 Giugno del 2016. Secondo quanto annunciato nel Piano d’Azione per intensificare la lotta al finanziamento del terrorismo, la Commissione propone una serie di cambi per impedire l’utilizzo del sistema finanziario al fine di investire o sostenere economicamente le attività terroristiche⁷.

Conseguenza di questa ambita armonizzazione è la formazione del SIS II, a rafforzare la cooperazione giuridica, che aspira ad essere una “misura compensatoria che contribuisce al mantenimento di un elevato livello di sicurezza nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia dell’Unione Europea, tramite il supporto dato della cooperazione operativa tra autorità di polizia e autorità giudiziarie che attuano in sede penale. Aspira al raggiungimento di un intercambio di informazione tra gli Stati Membri, “; aspira inoltre alla possibilità di contenere le descrizioni di persone ricercate al fine di riuscire a detenerle per poi consegnarle o estradarle. Oltre alle descrizioni, impone che venga disposto lo scambio di tutta l’informazione complementare che sia necessaria per i procedimenti di consegna e estradizione”⁸.

⁷ Comunicado de la Comisión: La Comisión refuerza las normas de transparencia a fin de combatir la financiación del terrorismo, la elusión fiscal y el blanqueo de capitales Estrasburgo, 5 de julio de 2016: *“Reforzar las competencias de las unidades de información financiera de la UE y facilitar su cooperación: Se ampliará la información accesible a las unidades de información financiera, que tendrán acceso a la información de los registros centralizados de cuentas bancarias y cuentas de pago y de los sistemas centrales de búsqueda de datos, que los Estados miembros deberán poner en marcha para identificar a los titulares de cuentas bancarias y de cuentas de pago.*

Afrontar los riesgos de financiación del terrorismo relacionados con las monedas virtuales: A fin de evitar la utilización indebida de las monedas virtuales para blanquear dinero y financiar el terrorismo, la Comisión propone incluir las plataformas de cambio de monedas virtuales y los proveedores de servicios de custodia de monederos electrónicos en el ámbito de aplicación de la Directiva contra el blanqueo de capitales. Estas entidades tendrán que aplicar controles de diligencia debida con respecto al cliente a la hora de intercambiar monedas virtuales por reales, poniendo fin al anonimato asociado a dichos intercambios.

Afrontar los riesgos vinculados a los instrumentos de prepago anónimos (por ejemplo, tarjetas de prepago): La Comisión también propone minimizar el uso de pagos anónimos con tarjetas de prepago, mediante la rebaja de los umbrales para la identificación de 250 € a 150 € y la ampliación de los requisitos de verificación de la identidad de los clientes. Se ha tenido en cuenta la proporcionalidad, especialmente en lo que se refiere a la utilización de esas tarjetas por los ciudadanos económicamente vulnerables.

Reforzar los controles en terceros países de alto riesgo: Tal y como establece la cuarta Directiva contra el blanqueo de capitales, la Comisión propone armonizar la lista de controles aplicables a los países con deficiencias en sus sistemas de lucha contra el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo. Los bancos tendrán que realizar controles adicionales («medidas de diligencia debida») en relación con los flujos financieros procedentes de estos países. Por razones de procedimiento, la lista de países, que reproduce la elaborada por el GAFI, será aprobada formalmente el 14 de julio.”

⁸ DECISIÓN 2007/533/JAI DEL CONSEJO de 12 de junio de 2007 relativa al establecimiento, funcionamiento y utilización del Sistema de Información de Schengen de segunda generación (SIS II).

Il 1 ° maggio 2017, il nuovo regolamento di Europol sono entrato in vigore e ha effetto in tutti gli Stati membri dell'UE. Il nuovo regolamento è stato adottato l'11 maggio 2016, quando il Parlamento europeo ha votato su poteri aggiornati che consentiranno a Europol di intensificare gli sforzi per combattere il terrorismo, il cybercriminalità e altre forme di criminalità seri e organizzate. Con il nuovo regolamento Europol è istituito come Agenzia dell'Unione europea per la cooperazione in materia di esecuzione di legge al fine di sostenere la cooperazione tra le autorità di contrasto dell'Unione.

4. La raccolta e analisi di prove informatiche nelle indagini preliminari

Nella parte relativa alla questione delle indagini preliminari e delle azioni investigative, che è l'argomento centrale di questa trattazione, la *Ley de Enjuiciamiento criminal* riformata con la Legge Organica 13/2015 del 5 di Ottobre per rafforzare le garanzie processuali e la regolazione delle misure d'investigazione informatica non è stata sufficiente per ovviare all'apparizione di nuove tipologie di delitto legate al contesto tecnologico in cui la società contemporanea si trova. Il Preambolo della LO 13/2015 è chiaro sulla questione quando segnala che "il rinnovarsi delle forme di delinquenza legate all'uso delle nuove tecnologie hanno dimostrato l'insufficienza di un quadro normativo concepito per tempi ben differenti"

Tutto ciò, amplificato dalla necessità che si trovi un equilibrio tra l'investigazione efficiente da un lato e il rispetto del diritto all'intimità e alla riservatezza (art 18.2 CE) e all'inviolabilità delle comunicazioni (art 18.3 CE) dall'altro.⁹

⁹ En el Preámbulo de la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica se señala que: "surge así la necesidad de encontrar un delicado equilibrio entre la capacidad del Estado para hacer frente a una fenomenología criminal de nuevo cuño y el espacio de exclusión que nuestro sistema constitucional garantiza a cada ciudadano frente a terceros." Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de Ley Orgánica de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal, el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológicas, pág. 6, en referencia a las diligencias de investigación relacionadas con las comunicaciones y con los dispositivos de almacenamiento masivo de datos: "No se prevé de una manera expresa la posibilidad de que pueda practicarse esta diligencia, pese a que la enorme cantidad de información que se acumula en los ordenadores puede tener un alto interés de cara a esclarecer numerosos hechos delictivos y olvidando que el acceso a tales contenidos supone una grave intromisión en el derecho a la intimidad que por tanto debe tener un marco que le dote de certeza y seguridad jurídica. En definitiva, las carencias de nuestras leyes procesales pueden dificultar o incluso impedir la persecución de formas graves de delincuencia. Es imprescindible, pues, una urgente reforma legislativa que dote de un marco legal, respetando los parámetros de calidad de Ley establecidos en la jurisprudencia del TEDH, a estas diligencias de investigación relacionadas con las comunicaciones y con los dispositivos de almacenamiento masivo de datos"

Il titolo VIII: “Degli strumenti e misure d’indagine e investigazione nell’ambito dei diritti riconosciuti all’art 18 della Costituzione Spagnola” si articola nel seguente modo:

Capitolo I: “Entrata e registro in luogo privato”

Capitolo II: “Registro e inventario di libri e documenti”

Capitolo III: “Detenzione e apertura della corrispondenza telegrafica”

Capitolo IV: “Disposizioni comuni sull’intercettazione delle comunicazioni telefoniche e telematiche, la cattura e registrazione delle comunicazioni orali tramite l’utilizzo di dispositivi elettronici, dispositivi tecnici di seguimiento, localizzazione e cattura dell’immagine, la registrazione di dispositivi di memorizzazione e controllo massivo dell’informazione e le banche dati nei sistemi informatici”

Capitolo VI: “Cattura e registrazione delle comunicazioni orali tramite l’utilizzo di dispositivi elettronici”

Capitolo VII: “Utilizzo di dispositivi tecnici di cattura dell’immagine, tracciamento e localizzazione”

Capitolo VIII: “Registrazione di dispositivi di memorizzazione e controllo massivo dell’informazione”

Capitolo IX: “Registrazione e controllo a distanza degli strumenti informatici e dei dati in essi contenuti”

Capitolo X: “Misure di assicurazione”

Concentriamoci adesso nelle indagini preliminari di tipo “informatico”, che sono principalmente: l’intercettazione delle comunicazioni telefoniche e telematiche, la cattura e registrazione delle comunicazioni orali tramite l’utilizzo di dispositivi elettronici, l’utilizzo di dispositivi tecnici di seguimiento, localizzazione e cattura dell’immagine, il registro dei dispositivi di memorizzazione e controllo massivo dell’informazione e il registro e controllo a distanza degli strumenti e sistemi informatici e dei dati in essi contenuti

È giusto trattare e riconoscere il passo in avanti fatto dal legislatore, ossia il tentativo di adeguare le indagini preliminari agli sviluppi delle TIC, anche se comunque, quel che è certo, è che manchi tale tentativo della concretezza necessaria perché le indagini siano efficaci e operative e, al tempo stesso, rispettose dei diritti fondamentali, o delle condizioni previste per una limitazione di questi ultimi. In una certa misura si può affermare che contenga alcune previsioni alquanto ambiziose, che cercano di servirsi di nuove tecnologie, seguendo il modus operandi delle organizzazioni criminali, che fanno delle nuove tecnologie un punto di forza della loro attività. Ciò nonostante,

considerando che di limitazione dei diritti si tratta (diritti compromessi e delicati come quello dell'intimità e riservatezza o del segreto e inviolabilità delle comunicazioni), è necessario sottoporre ad esame le misure che le previsioni suddette ambiscono a introdurre, nonostante le leali e nobili aspirazioni del Capitolo IV, Tit. VIII de la LECrim¹⁰.

Più o meno intensamente rischia di essere frustrata l'efficienza del tipo di indagine e investigazione che la LECrim introduce, logicamente è un effetto "negativo nell'indagine di qualunque reato, per quanto ciò sia previsto". Certo è che questo tipo di indagine, può risultare necessaria specialmente quando vengono trattati i "cyber delitti" e ancor di più nei casi di pornografia infantile, anche se la questione che qui interessa maggiormente è circoscritta all'ambito dell'attuazione terroristica.

a) Ipotesi d'urgenza

In ambito Europeo non incontriamo una regolazione uniforme; tra i vari Stati Membri, sono solo tre quelli che nel rispettivo testo Costituzionale considerano un vero e proprio "diritto d'eccezione": Spagna, Germania e Ungheria. La Costituzione Spagnola considera e regola due meccanismi distinti per quanto attiene alle "situazioni eccezionali": all'art 55: "i diritti riconosciuti agli artt. 17, 18.2 e 18.3 e art 37.2, potranno essere soppressi quando si dichiara lo stato d'eccezione o lo Stato d'assedio secondo i termini previsti nella Costituzione. Fa eccezione a quanto detto anteriormente, il disposto dell'17.3 nel caso di dichiarazione dello stato d'eccezione e 17.2. Una legge Organica potrà stabilire la forma e i casi in cui, in forma individuale e con il necessario intervento giudiziario e tramite un adeguato controllo parlamentare, i diritti riconosciuti agli art. 17.2 e 18.2 e 18.3 potranno essere sospesi per persone determinate, in relazione con l'investigazione corrispondente all'attività in concorso con bande armate e terroristiche.

Con la prima ipotesi d'urgenza, regolata nel primo comma dell'art 55 CE, si consente una limitazione di tipo collettivo dei diritti fondamentali nel caso in cui vengano dichiarati gli "Stati d'eccezione e d'assedio". Il contenuto normativo della disposizione costituzionale riceve sviluppo e attuazione tramite la Legge Organica 4/1988, 1 giugno, e degli stati d'allarme, eccezione e d'assedio, la seconda istituzione, limitazione individuale, dell'art 55.2 CE è la

¹⁰ En este punto cabe señalar, que en ocasiones se incurre en un escrúpulo excesivo, con ciertas diligencias, que no comprometen derecho fundamental alguno (Informe del Consejo Fiscal al anteproyecto de Ley Orgánica de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal, el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica. También CUERDA ARANA, *Nuevas amenazas de la Seguridad Nacional*, pág. 105.

sospensione delle garanzie individuali.

La legge 4/1981 prevede tre possibili casi d'urgenza: stato d'allarme, d'eccezione e d'assedio. Le ipotesi previste per ciascuno degli stati anzidetti sono articolate rispettivamente negli articoli 4 (allarme), 13 (eccezione) e 32 (assedio) della legge Organica.

Gli atti di terrorismo possono inquadrarsi nel mandato normativo dell'art 4: "quando il libero esercizio dei diritti e libertà del cittadino, il normale funzionamento delle istituzioni democratiche e dei servizi pubblici essenziali per la comunità o qualunque altro aspetto legato all'ordine pubblico, risultino gravemente alterati".

La Costituzione spagnola prevede la sospensione dei diritti fondamentali in caso d'urgenza, tanto nella loro misura collettiva, come individuale.

Così consideriamo l'Art 51.1 CE come fondamento normativo della potenziale sospensione dei diritti fondamentali di tipo collettivo quando venga dichiarato lo Stato d'eccezione. Per lo sviluppo normativo di questa disposizione fu approvata la L.O. 4/1981, 1 Giugno, regolando i casi in cui si dichiara lo Stato di allarme, eccezione e assedio.

Altro caso è quello previsto dall'Art 55.2 CE che consente di sospendere singolarmente e individualmente i diritti riconosciuti agli artt. 17.2, 18.2 e 18.3 rispetto a persone determinate coinvolte nelle indagini sull'attività di organizzazioni criminali e caratterizzate dall'elemento terrorista: "una legge organica potrà determinare la forma e i casi in cui, in forma individuale o previo necessario intervento giudiziario e l'adeguato controllo parlamentare, i diritti riconosciuti agli artt. 17.2, 18.2 e 18.3, potranno essere sospesi per una persona determinata, in virtù dello svolgimento di indagini sull'attività di bande armate o connotate da elementi terroristici¹¹. L'esercizio ingiustificato o abusivo delle facoltà riconosciute nella suddetta legge organica causeranno l'insorgere di una responsabilità di tipo penale per la violazione dei diritti e delle libertà riconosciuti dalla legge"; questa disposizione costituzionale contempla tale sospensione come diretta e assoluta¹², ed è sviluppata tramite la

¹¹ El ámbito de aplicación de la "legislación terrorista" es, por lo que se refiere a las personas afectadas, las "integradas en bandas armadas o relacionadas con actividades terroristas o rebeldes" que hayan sido autores, cómplices o encubridores de una serie de acciones delictuales. Y por lo que respecta a los delitos, sin ánimo exhaustivo, podemos señalar los delitos contra la vida y la integridad física, las detenciones ilegales bajo rescate, coacciones, amenazas, extorsiones, delitos contra la seguridad exterior del Estado, atentados contra la autoridad, sus agentes, funcionarios, asaltos a establecimientos militares... y otros delitos que la legislación penal califique como terroristas.

¹² FERNANDEZ SEGADO, La suspensión individual del ejercicio de derechos constitucionales, "La segunda de las instituciones que contempla el artículo 55 es relativamente novedosa, a nivel constitucional, en nuestros textos históricos, y, en mi opinión, carece de precedentes en el Derecho Constitucional Com-

regolazione della LO 1980 del 1 dicembre.¹¹

Lo sviluppo legislativo del precetto costituzionale, già di per sé suscettibile di polemica, è stato influenzato dagli avvenimenti politici, e ciò non poteva che dar luogo a una dispersa e frammentaria “legislazione antiterrorista”: questa veniva alla luce nell’anno 1978, grazie alla Legge 56/1978 del 4 Dicembre, circa le misure adottabili in caso di delitti commessi da gruppi organizzati e armati, arricchendosi con le Leggi Organiche 11/1980 (oggetto della Sentenza del *Tribunal Constitucional* 25/1981 del 14 Luglio che respinse per mancanza di legittimazione attiva del Parlamento Vasco il ricorso di incostituzionalità interposto da quest’ultimo) e 2/1981 (la famosa “legge in difesa della democrazia), per poi passare alla Legge Organica 9/1984 del 26 Dicembre contro l’attività di bande armate caratterizzata dall’elemento terroristico. L’ultimo anello della catena, tra l’altro abbastanza recente, è la Legge Organica 1/2003 del 10 Marzo, in materia di garanzia della democrazia nei Comuni e di sicurezza dei consiglieri.

Lo sviluppo legislativo del precetto costituzionale, già di per sé polemico, è stato condizionato dagli avvenimenti politici, cosa che ha portato alla creazione di una “legislazione antiterrorista” dispersa e frammentaria, opera che inizia già nell’ano 1978 con la legge 56/1978, 4 Dicembre, regolando le misure da adottare nel caso di delitti commessi da parte di gruppi organizzati e armati , passando per le Leggi Organiche 11/1980(oggetto della sentenza 25/1981 del Tribunale Costituzionale che respinse il ricorso presentato dal Parlamento Basco per carenza del requisito di legittimazione attiva a proporre ricorso di incostituzionalità); lo sviluppo legislativo segue con la L.O 9/1984, del 26 dicembre, emanata contro la attuazione di bande armate e connotate da elementi terroristici. L’ultimo anello di questa “catena legislativa”, molto recente, è stata la Legge Organica 1/2003, 10 Marzo, volta a regolare la garanzia della democrazia nei comuni e la sicurezza dei consiglieri¹³.

parado. Se trata de la «suspensión individual del ejercicio de determinados derechos constitucionales»
¹³ Comentario art. 55.1 CE, Isabel María Abellán Matesanz. Letrada de las Cortes Generales. Diciembre 2003. Actualizada por Sara Seira. Letrada de las Cortes Generales. 2011.

Finalmente, la legislación penal ordinaria ha acabado por integrar en su texto, junto al régimen común, éste de excepción. Del descrito complejo normativo, dentro del cual la suspensión de derechos no es más que una de las medidas previstas, destacamos únicamente, para lo que aquí interesa, algunos datos: El ámbito de aplicación de la "legislación terrorista" es, por lo que se refiere a las personas afectadas, las "integradas en bandas armadas o relacionadas con actividades terroristas o rebeldes" que hayan sido autores, cómplices o encubridores de una serie de acciones delictuales. Y por lo que respecta a los delitos, sin ánimo exhaustivo, podemos señalar los delitos contra la vida y la integridad física, las detenciones ilegales bajo rescate, coacciones, amenazas, extorsiones, delitos contra la seguridad exterior del Estado, atentados contra la autoridad, sus agentes, funcionarios, asaltos a establecimientos militares... y otros delitos que la legislación penal califique como terroristas.

I diritti e le garanzie, il cui esercizio in forma individuale può essere sospeso sono, a tenore del testo costituzionale:

- La garanzia della durata massima di 72 ore per la detenzione preventiva (art. 17.2 CE);
- la inviolabilità del domicilio e di conseguenza, la garanzia dello stesso data dalla risoluzione giudiziale normalmente richiesta per effettuare l'ingresso e operare perquisizioni o sequestri nel domicilio (art. 18.2);
- la segretezza della corrispondenza e delle comunicazioni.

La deroga al regime generale prevista nell'oggi vigente art 579.4 Lecrim può contare su una copertura costituzionale chiara, essendo che l'art 55.2 CE prevede che una Legge Organica potrà determinare la forma e i casi in cui, individualmente e con il necessario intervento giudiziario e l'adeguato controllo parlamentare, i diritti riconosciuti agli Artt. 17.2 , 18.2 e 18.3 possono essere sospesi per persone determinate in virtù del loro coinvolgimento nell'attività di bande armate o in operazioni dai connotati terroristici.

- b) Principi informativi dell'indagine preliminare in ambito tecnologico e informatico in casi d'eccezione

L'art 588 LE Crim propone alcuni principi guida, che dal canto loro cercano di delimitare e circoscrivere la possibile limitazione dei diritti fondamentali, in modo tale che effettivamente risulti ridotta la applicazione dell'art 55.2 CE per i casi che lo stesso prende in considerazione:

Los derechos y garantías cuyo ejercicio puede ser individualmente suspendido son, a tenor del texto constitucional:

La garantía de la duración máxima de setenta y dos horas de la detención preventiva (art. 17.2). La inviolabilidad del domicilio y, por consiguiente, la garantía de resolución judicial para efectuar en él entradas o registros (art. 18.2) El secreto de las comunicaciones (art. 18.3)

La legislación de desarrollo, a la suspensión de estos derechos y libertades añadió la privación de otras garantías:

- Clausura de los medios de difusión, lo que supone afectar la libertad de prensa (art. 20)

Suspensión de cargo público y privación del derecho de sufragio pasivo (art. 23.2) - Declaración de ilegalidad y disolución de partidos políticos y asociaciones, frente a la libertad de asociación (art. 22)

Sobre estas cuestiones, reguladas al margen del texto constitucional, el Tribunal Constitucional tuvo ocasión de pronunciarse en una sentencia 199/1987, de 16 de diciembre, declarando la nulidad de la clausura de medios de comunicación por considerarla un atentado desproporcionado a la libertad de expresión, pero sin pronunciarse expresamente sobre las restantes privaciones de derechos "extra constitutionem".

- Principio di specialità, in virtù del quale l'intervento della misura prevista sarà possibile sempre e quando sia in nesso di causalità con l'indagine su un delitto concreto;
 - Principio di Idoneità, esige che la misura adottata per intervenire debba definire l'ambito oggettivo e soggettivo d'attuazione e la durata temporale in funzione dell'utilità della stessa;
 - Principio di necessità e urgenza, che suppone che la misura solo potrà essere accordata quando non sia possibile applicare altre misure considerate meno gravi e di pari utilità per accertare i fatti; il principio opera anche nel caso in cui venga scoperto il fatto su cui verte l'indagine, l'autore, il luogo in cui si trova e le conseguenze del crimine, tutte operazioni che sarebbero altrimenti ostacolate senza l'applicazione di questa misura.
 - Principio di proporzionalità. Questo principio opera perché una misura sia sempre proporzionale al risultato da ottenere, quando il sacrificio dei diritti e interessi colpiti non sia superiore al beneficio che l'interesse pubblico e soggetti terzi possano trarre dalla sua adozione.
- c) Casi eccezionali di detenzione, violazione della corrispondenza e intercettazione delle comunicazioni telefoniche e telematiche

I casi di detenzione e apertura della corrispondenza (art 579.3 LECrim) e l'intercettazione delle comunicazioni telefoniche e telematiche (art 588 ter d.3 LECrim), suppongono una situazione d'urgenza in cui non è raccomandabile un'immediata autorizzazione giudiziaria, volta ad autorizzare la violazione dei diritti fondamentali, come sono quello relativo all'intimità e alla segretezza delle comunicazioni.

Il nuovo art. 579 della LECrim, già introduce alcune "peculiarità" per quanto riguarda la regolazione dell'apertura della corrispondenza scritta o telegrafica, in conseguenza a determinati reati, (1°) reati intenzionali, punibili con pene che vanno da un minimo di 3 anni di carcere, (2°) reati commessi nel seno di un gruppo o organizzazione criminale, (3°) reati di terrorismo.

Per esempio, il paragrafo 3 consente che questa misura possa essere autorizzata dal Ministero degli Interni o, secondariamente, il Segretario di Stato di Sicurezza, solo in caso d'urgenza e quando si tratti di reati relazionati con

operazioni di bande armate e azioni terroristiche. Questa misura nel Progetto preliminare si estendeva anche ai casi previsti agli artt.1 e 2 dell'art 579.1; ciò nonostante il Consejo Fiscal raccomandò di restringere l'ambito di applicazione, essendo che eccedeva quanto consentito già dall'art 55.2 CE¹⁴.

Una delle novità introdotte dall'art 579 è contenuta nel suo quarto co., in cui è presente una lista di casi in cui non si richiede l'autorizzazione giudiziaria per l'adozione della misura in questione. Sono i seguenti : a) spedizioni postali la cui finalità sia il trasporto di merci o che all'esterno consentano la constatazione del suo contenuto; b) le altre forme di spedizione che suppongono una comunicazione aperta, ciò implica, in altre parole, che dichiarino in forma diretta il contenuto o che autorizzino la corrispondente ispezione; e c) quando l'ispezione proceda secondo quanto previsto nella normativa doganale o nel rispetto delle legislazioni postali di una determinata classe di spedizione.

L'art 579 si riferisce tanto agli interventi postali, come a quelli telefonici e telematici.

Questo articolo ci serve per porre una questione: con questa nuova redazione, sarà necessario ricorrere a uno o più casi previsti dall'art 55 della CE?

Gli artt. 579 e 588 della LECrim, prevedono situazione "eccezionali", per le quali è d'uopo una risposta "eccezionale", che si riflette per esempio, nella circostanza che sarà il Ministero degli Interni ad autorizzare la misura, o l'estensione degli effetti della misura a persone che non sono direttamente relazionate con la commissione del reato, comportando per queste una limitazione dei diritti fondamentali.

➔ In questo modo le "specialità" suddette hanno a che vedere soprattutto con le operazioni d'investigazione sui delitti relazionati con operazioni terroristiche, permettendo che il Ministero degli Interni ordini il compimento dell'indagine, o in sua assenza accordando la stessa facoltà al Segretario dello Stato di Sicurezza. Le indagini si svolgono attraverso una comunicazione diretta e immediata con il giudice competente e, in ogni caso, dentro un arco temporale massimo di 24 ore, razionalmente. Il giudice, discrezionalmente, potrà decidere se revoca-

¹⁴ Informe del Consejo Fiscal al anteproyecto de Ley Orgánica de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal, el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica, págs. 51 y 52.

re, motivando tale decisione, o confermare l'operazione, nell'arco di 72 ore, a partire dal momento in cui la stessa è stata ordinata.

d) Principio di specialità

L'art. 588 bis della LECrim¹⁵ si riferisce espressamente alle operazioni di prevenzione, e questo comporta che la sua operatività sia oggettivamente circoscritta a un caso concreto. Di conseguenza è l'articolo stesso a proibire di operare applicando misure "ex ante" e preventive rispetto a una persona o un collettivo di persone. Arrivati a questo punto è necessario porsi una domanda rispetto al caso del controllo strategico delle telecomunicazioni, essendo un caso di misura preventiva, così come il caso della raccolta delle conversazioni, fax, mail... Questa risorsa è stata utilizzata da diversi Stati che hanno creato sistemi specifici come per esempio: ECHELON (EEUU, Canadá, Gran Bretaña, Australia, Nueva Zelanda); ENFOPOL (sulla base di una risoluzione del Consiglio 1999); SITEL (sistema spagnolo delle intercettazioni); CARNIVORE (sistema relativo alle comunicazioni elettroniche). La costituzionalità di questi sistemi può essere verificata considerando come parametro di riferimento la "sicurezza nazionale": se sono utilizzati per la sicurezza nazionale allora sono complessivamente accettati, mentre che nel caso in cui non si utilizzassero per la stessa sarebbero accettati per operare in attività di prevenzione generale. Ad ogni modo, questi sistemi e in concreto il SITEL, sono assolutamente leciti quando vengono attivati e impiegati in un'indagine reale rispetto a un delitto concreto e soggetti identificati, con la dovuta autorizzazione giudiziaria, salvo chiaramente nei casi "speciali" di cui stiamo trattando.

e) Efficacia rispetto a terzi

L'art 55.2 della Costituzione Spagnola espone e dispone chiaramente il divieto di estendere a soggetti terzi gli effetti della limitazione dei diritti fonamen-

¹⁵ Art. 588 bis a LECrim: "2. El principio de especialidad exige que una medida esté relacionada con la investigación de un delito concreto. No podrán autorizarse medidas de investigación tecnológica que tengan por objeto prevenir o descubrir delitos o despejar sospechas sin base objetiva."

¹⁶ Informe del Consejo Fiscal al anteproyecto de Ley Orgánica de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal, el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica, pág. 54: "exige que la intervención esté relacionada con la investigación de un delito concreto. Las intervenciones prospectivas sobre la conducta de una persona o grupo están prohibidas. Esta prohibición es conforme con la doctrina constitucional, que ha declarado que han de excluirse las investigaciones meramente prospectivas, 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".

tali. Ciò nonostante l'art 588 bis h) della LECrim¹⁶ in termini generali e l'art 588 ter c) LECrim¹⁷ prevedono la possibile estensione dell'efficacia della misura adottata anche rispetto a soggetti terzi nell'ambito dell'intercettazione delle comunicazioni telefoniche e telematiche.

In via generale il posizionamento di microfoni "ambiente" (cimice) non è regolato, e ciò rende maggiore la possibilità di contravvenire al divieto costituzionale disposto dall'art 55.2 CE rispetto alla restrizione dei diritti¹⁸ di soggetti terzi nelle operazioni di cui stiamo trattando.

Il secondo co. dell'art 55 determina l'ambito personale di applicazione in termini generali "per persone determinate, in relazione con l'indagine sull'attività di bande armate o terroriste". Ad ogni modo la parte finale del primo paragrafo del comma considerato suggerisce due letture: da una parte la sospensione può operare solo verso i soggetti che sono in relazione o operano direttamente all'interno dell'organizzazione armata o terrorista, e dall'altra sembra possibile estendere gli effetti della sospensione anche ad altri soggetti che non sono direttamente collegati con questa.¹⁹

f) Il dovere di collaborazione

La LECrim definisce e determina chiaramente il dovere di collaborazione di

¹⁶ Art. 588 bis h LECrim: "Podrán acordarse las medidas de investigación reguladas en los siguientes capítulos aun cuando afecten a terceras personas en los casos y con las condiciones que se regulan en las disposiciones específicas de cada una de ellas."

¹⁷ Art. 588 ter c LECrim: "Podrá acordarse la intervención judicial de las comunicaciones emitidas desde terminales o medios de comunicación telemática pertenecientes a una tercera persona siempre que: 1.º exista constancia de que el sujeto investigado se sirve de aquella para transmitir o recibir información, o

2º el titular colabore con la persona investigada en sus fines ilícitos o se beneficie de su actividad.

También podrá autorizarse dicha intervención cuando el dispositivo objeto de investigación sea utilizado maliciosamente por terceros por vía telemática, sin conocimiento de su titular."

¹⁸ Informe del Consejo Fiscal al anteproyecto de Ley Orgánica de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal, el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica, pág. 6. "*La colocación y uso de micrófonos de ambiente para la captación de conversaciones privadas de las personas sometidas a investigación, también carece de regulación legal específica en nuestro ordenamiento jurídico lo que, nuevamente, puede llegar a generar problemas de legalidad de las investigaciones policiales.*"

¹⁹ Informe del Consejo Fiscal al anteproyecto de Ley Orgánica de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal, el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica, pág. 54: La lectura literal conduciría a pensar que personas no relacionadas con Evidentemente, de una interpretación literal se deduce que ciudadanos no integrados ni relacionados directamente con bandas armadas o elementos terroristas pueden, sin embargo, verse afectados por la suspensión ya que la fórmula utilizada («en relación con las investigaciones...») es tremendamente amplia.

tutti gli operatori e degli altri soggetti incaricati in tre disposizioni: art 588bis c); art 588ter e); art 588 septies b). L'art 588 bis c), 3.h della LECrim stabilisce, nei limiti dell'applicazione delle regole generali di applicazione delle misure tecnologiche: *"h) il soggetto obbligato ad applicare la misura, nel caso in cui si conosca, con espresso riferimento al dovere di collaborazione e di segretezza, incorrendo nel caso in un reato di disobbedienza"*. Questo è il primo caso in cui la legge si riferisce al dovere di collaborazione, la cui mancanza di rispetto viene sanzionata come un reato di disobbedienza. Però, la stessa formulazione viene reiterata nell'art 588-ter e) della LECrim, specificatamente rispetto alle intercettazioni telefoniche: "1° Tutti i prestatori di servizio di telecomunicazioni, di accesso a una rete di telecomunicazione o i prestatori di servizio della società dell'informazione. Così come tutte le persone che in qualunque modo contribuiscano a diffondere e facilitare le comunicazioni tramite il telefono o qualunque altro mezzo o sistema di comunicazione telematica, logica o virtuale, sono obbligati a favorire al giudice, al Ministero Fiscale e agli agenti della Polizia Giudiziaria designati per l'attuazione della misura, l'assistenza e la collaborazione necessaria, al fine di facilitare il compimento nel caso di specie dell'intercettazione nelle telecomunicazioni". Ancora una volta nell'art 588-septies b) LECrim, viene reiterato il dovere di collaborazione rispetto all'inventario e registro di banche dati e dell'insieme delle apparecchiature informatiche, anche se non si considera espressamente per il caso del suo mancato rispetto, un reato di disobbedienza: "1. I prestatori di servizio e le persone segnalate nell'art 588-ter e) e i titolari o responsabili del sistema informatico o delle banche dati oggetto del registro sono obbligati a collaborare con gli agenti incaricati dell'indagine, al fine di attuare la misura prevista e di consentire l'accesso al sistema. Al tempo stesso sono obbligati a facilitare assistenza per consentire che i dati e le informazioni raccolte possano essere visualizzate e sottoposte a esaminazione.

- g) Viola il diritto alla segretezza della corrispondenza e della comunicazione, il diritto alla riservatezza e all'intimità o la legge di protezione dei dati personali?

L'identificazione tramite numero IP, l'art 588 k) LECrim, l'identificazione dei terminali servendosi della cattura dei codici di identificazione dell'apparecchio o dei suoi componenti (IMSI o IMEI), l'art 588 ter l) LECrim e l'identificazione dei titolari o dei dispositivi di connessione art 588 ter m) LECrim, generano molti dubbi sulla necessaria concessione, o meno, dell'autorizzazione giudiziaria. In definitiva, se effettivamente viene violata la

segretezza delle comunicazioni o il diritto alla riservatezza la risposta è sì. Però, considerando il caso in concreto, non sembrerebbe esserci violazione alcuna, posto che il codice dell'apparecchio non obbligatoriamente è vincolato a un soggetto concreto. Se così fosse la situazione non cambierebbe, salvo il caso in cui posteriormente si ordini o effettui l'intervento. Per quello che attiene alla violazione della legge sulla protezione dei dati personali, questa sussiste in ciascuno dei casi suddetti.

h) Controllo e registro a distanza degli apparati informatici e banca di dati

L'art 588-*septies* a) y b) propongono una grande sfida, che se portata a termine potrebbe risultare uno dei maggiori passi in avanti che l'indagine criminale in ambito informatico possa fare. Si prevede che il giudice possa " autorizzare l'utilizzo di dati di identificazione e codici, così come l'installazione di software, che permettano, in forma telematica e "remota", l'esame a distanza e senza conoscere il proprietario o utente del contenuto di un computer, dispositivo elettronico, sistema informatico, strumento di memorizzazione e conservazione massiva di dati informatici o banche dati, sempre che sia in corso un'indagine che persegua uno dei seguenti reati: a)reati commessi nel senso di una organizzazione criminale; b) reato di terrorismo; c) reato commesso contro minori o persone con capacità giuridica modificata in via giudiziale; d) reato contro la Costituzione, reato di alto tradimento e relativo alla difesa nazionale; e) reati commessi attraverso strumenti informatici o tramite qualsiasi altra tecnologia impiegata nel settore della diffusione dell'informazione e delle telecomunicazioni o nel settore del servizio delle comunicazioni."

Questa ipotesi si distingue da quella prevista nell'art 588-*sexies* a), b) e c), secondo la quale registrare l'attività dei dispositivi di memorizzazione massiva dell'informazione non sarà effettuata a distanza, ma " nel caso dell'operazione di registro di un domicilio può essere prevista un'ulteriore operazione che consiste nel sequestro dei computer, strumenti di comunicazione telefonica o telematica, o dispositivi di memorizzazione massiva dell'informazione digitale, o anche nell'accesso ad archivi telematici di dati. Se il caso lo richiede, la risoluzione del giudice istruttore dovrà estendere il ragionamento che giustifica tali operazioni, alle ragioni che legittimano gli agenti incaricati ad accedere all'informazione contenuta nei dispositivi sequestrati". Ciò significa in altre parole che il controllo e registro dei suddetti dispositivi sarà realizzato in forma fisica e immediata, anche se quello che prevede l'art 588-*septies* a), b) e c) è un accesso "a distanza" effettuato tramite un *spyware* o "*troyan*". Data la complessità tecnica di questa questione e la molteplicità delle soluzioni in-

formatiche per risolverla, è lamentabile la mancanza di qualche specificazione in più, essendo che quanto è segnalato non è altro che una linea guida generale indirizzata alla Polizia Giudiziaria, che incontra per questa ragione non poche difficoltà nel metterla in pratica.

- i) Il ruolo fondamentale dell'agente infiltrato nelle indagini preliminari in ambito informatico

Sorprende il fatto che l'agente infiltrato informatico, art 288 bis.6 LECrim, si trova, in quanto alla regolazione giuridica del suo ruolo e della sua figura, nella parte del testo legale relativa alle indagini preliminari di tipo informatico e tecnologico, nella maggiore parte dei casi la sua presenza è essenziale nel momento in cui si mettono in pratica e sviluppano tali indagini. La delimitazione oggettiva delle azioni giudiziarie, delle indagini preliminari e dell'agente infiltrato è la medesima e lo stesso articolo che tratta del ruolo dell'agente rimette all'articolo relativo al tali azioni.

L'art 283-*bis* 6. LECrim segnala che: "il giudice istruttorio potrà autorizzare i funzionari della Polizia Giudiziale ad operare sotto un'identità fittizia nelle comunicazioni che sono realizzate nei canali ristretti di comunicazione, con il fine di determinare la presenza di uno dei reati a cui si riferisce il 4° co. dell'art. 283-*bis* o di uno qualsiasi dei reati previsti all'art. 588 ter a)."

Specialmente con riferimento ai canali ristretti di comunicazione, il progetto Preliminare prevedeva che "nei canali di comunicazione aperti a una pluralità indeterminata di persone per l'individuazione e determinazione dei delitti che possano essere commessi attraverso mezzi informatici o tramite telecomunicazioni o servizi di comunicazione. Quando per effetto dell'utilizzo della suddetta identità, il funzionario sia accettato nelle comunicazioni che si realizzano in canali ristretti, questo potrà continuare a mantenere e operare tramite identità fittizia".

In questi casi, è opportuno segnalare che è possibile che nel caso in cui l'agente operi in canali di comunicazione aperta, non sia necessaria per questo l'autorizzazione del Giudice o del Ministero Fiscale. Così lo intende il Tribunal Supremo nella sentenza 767/2007, 3 Ottobre, in cui spiega che l'utilizzo del "nickname" fu impiegata in spazi pubblici e in funzione assolutamente preventiva. Di conseguenza nei canali aperti dove oltretutto non è solito identificarsi previamente e personalmente, non sarebbe stato opportuno che il funzionario di polizia attuasse con questo "nickname", ancor di più quando in questo ambiente è normale l'utilizzo di nomi che non sono soliti corrispondere alla denominazione reale, anzi, consistono in veri e propri soprannomi o pseudonimi.

Proprio per questo sarebbe stato opportuno imporre una delimitazione, la stessa che già il progetto preliminare includeva (anche se considerava necessaria l'autorizzazione giudiziaria per l'utilizzo dell'identità fittizia anche nei canali aperti).

L'entrata in un foro chiuso, dove inoltre opportuna una previa identificazione personale e in più si sta investigando su persone concrete che si cerca attraverso la falsa identità di ingannare, è chiaramente necessaria l'autorizzazione giudiziale, perché in questo caso l'attività influisce su un diritto fondamentale. Che occorre, in un caso simile a quella già visto dell'entrata in un domicilio, se si tratta di un "entrata nel canale su invito"? detto in altre parole se si entra in un canale aperto con l'identità fittizia e l'agente infiltrato viene poi invitato in un canale ristretto, considerando quanto detto antecedentemente, si considera necessaria autorizzazione giudiziaria.

In relazione all'ultimo paragrafo del sesto comma dell'art 288-*bis*, che il solo riferito espressamente alla regolazione dell'AEI, segnala che: *"L'agente infiltrato informatico, specificatamente autorizzato, potrà intercambiare o inviare per se stesso archivi illeciti (ossia, tali per il contenuto) e analizzare i risultati degli algoritmi applicati per l'identificazione dei suddetti archivi illeciti."* Il Consejo Fiscal, firmato da Consuelo Madrigal (Fiscal General dello Stato) critica e afferma che la redazione dell'articolo non è del tutto corretta, essendo che quanto interessa effettivamente agli investigatori è il risultato degli algoritmi, cioè quello che serve per identificare gli archivi informatici (in concreto l'HASH che consiste nella chiave alfanumerica degli archivi).

Questa identificazione è di vitale importanza quando si tratta di conoscere i percorsi ed le eventuali modifiche apportate agli stessi, per tenere localizzati gli archivi, specialmente se gli stessi (che per il contenuto si considerano illeciti) sono stati messi in circolazione dall'agente informatico infiltrato, per consentirne l'utilizzo, localizzarlo e eliminarlo e soprattutto per evitare che si provochi un reato.

5. Conclusioni

La L.O. 13/2015 del 5 Ottobre che modifica la LECrim al fine di rafforzare le garanzie processuali e di regolazione delle misure di investigazione informatica, ha costituito un grande passo per quel che riguarda l'utilizzo delle nuove tecnologie nell'investigazione criminale.

Ciò nonostante e indipendentemente da questo, il legislatore sempre dovrà affrontare e cavalcare le novità nel "modo" di fare la criminalità. Questa realtà dimostra come, per quanto il legislatore pretenda di mettersi al servizio della giustizia, tanto nella fase di preparazione quanto in quella di giudizio di un

reato, non possa colmare le lagune e coprire con la sua attività materie o situazioni in cui il criminale, grazie alle opportunità offerte dall'era digitale, è sicuramente più rapido nel trovare scorciatoie e facilitazioni.

Se a questo aggiungiamo la mancanza di armonizzazione e le distinte regolazioni del fenomeno negli Stati nazionali, ancor di più tra gli Stati membri dell'Unione Europea, il risultato è che la delinquenza conosce perfettamente le lagune e vuoti delle legislazioni, e di questo va a beneficiarne. Questa circostanza risulta più gravosa e problematica quando parliamo di terrorismo e, disgraziatamente, i recenti avvenimenti lo hanno dimostrato. Inoltre la differenza nella velocità con cui gli Stati perseguono e svolgono l'investigazione sull'attività criminale favorisce il perpetuarsi dell'azione criminale e la fuga dei criminali.

Il problema del Terrorismo e del suo possibile trattamento eccezionale, che prevede la restrizione di numerosi diritti fondamentali, ottiene una copertura costituzionale nell'art 55.2 CE. Articolo, che per ragioni ovvie ha trovato applicazione concreta in varie leggi organiche, considerate necessarie per far fronte all'attività terroristica dell'ETA. Ad ogni modo, l'art 55.2 CE torna ad essere rimarcato nella LO 13/2015, per poter regolare certe "eccezioni" o "specialità" previste per determinate indagini, tenendo in considerazione che il legislatore nel Progetto Preliminare della suddetta legge pretendeva di ampliare i casi di possibile restrizione dei diritti fondamentali in circostanze che differenziavano da quelle legate all'attività di bande armate o terroristiche.

Nella regolazione delle indagini svolte attraverso sistemi informatici e sull'utilizzo dei mezzi stessi, si è tenuto da conto il tema del terrorismo e specialmente dell'avanzata della "cyber- delinquenza", anche se alle volte considera dei requisiti o delle condizioni che non sono soliti verificarsi quando trattiamo il tema della criminalità in rete (come ad esempio l'esistenza di un'organizzazione criminale)

Il sistema processuale penale Spagnolo e in generale il sistema europeo, consta di una serie di garanzie, che in certi casi possono ostacolare le indagini sulle operazioni criminali. Si fa riferimento in questo caso alla proibizione di attività di previsione e programmazione, che rimangono relegate alla Sicurezza Nazionale. Certe "specialità" previste per le indagini in questione dalla LO 13/2015, com'è il caso della possibile estensione degli effetti della misura adottata a soggetti terzi, sembrano aprire leggermente la strada all'azione della Polizia giudiziaria nell'investigazione svolta per certe tipologie di delitti.

Ancora una volta, il legislatore si trova nella difficile situazione di dover bilanciar la sicurezza sociale e il rispetto dei diritti e delle libertà fondamentali, con l'aggravante che le situazioni che affronta sono senz'altro più complicate di

quanto accadeva 20 anni fa. Un terrorismo internazionale, che conta su una moltitudine di focolai e obiettivi e un insieme di mezzi tecnologici che favoriscono l'organizzazione, la propaganda, la commissione dei crimini e in ultima istanza la fuga.