

DPyC

REVISTA DE DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA

DELITOS ECONÓMICOS • CONTRAVENCIONAL •
GARANTÍAS CONSTITUCIONALES • PROCESAL
PENAL • EJECUCIÓN DE LA PENA

 **INCLUYE
VERSIÓN DIGITAL**

THOMSON REUTERS
LA LEY

ISSN: 0034-7914
RNPI: En trámite

Todos los derechos reservados
© **La Ley S.A. Editora e Impresora**

Dirección, administración y redacción
Tucumán 1471 (C1050AAC)
laley.redaccionjuridica@tr.com

Ventas
CASA CENTRAL
Tucumán 1471 (C1050AAC)
Tel.: 4378-4700 / 0810-266-4444

LOCAL I FACULTAD DE DERECHO - UBA
Figuroa Alcorta 2263 (C1425CKB)
Tel. / Fax: 4806-5106

Atención al cliente: 0810-266-4444
Buenos Aires - Argentina

*Hecho el depósito que establece la ley 11.723.
Impreso en la Argentina. Printed in Argentina.*

Nota de la Dirección: Las opiniones vertidas en los comentarios firmados son privativas de quienes las emiten.

Se terminó de imprimir en la 1ra. quincena de junio de 2021, en los talleres gráficos de La Ley S.A.E. e I., Bernardino Rivadavia 130, Avellaneda - Provincia de Buenos Aires, República Argentina

DPyC

REVISTA DE DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA

DELITOS ECONÓMICOS • CONTRAVENCIONAL •
GARANTÍAS CONSTITUCIONALES • PROCESAL
PENAL • EJECUCIÓN DE LA PENA

Director:

EUGENIO RAÚL ZAFFARONI

Año XI | Número 5 | Junio 2021

 **INCLUYE
VERSIÓN DIGITAL**

THOMSON REUTERS
LA LEY

DIRECTOR

Eugenio Raúl Zaffaroni

ÁREA PROCESAL

Miguel Á. Almeyra

COORDINADORES

Matías Bailone

Gabriel Ignacio Anitua

EDITOR RESPONSABLE

Francisco J. Crocioni

COMITÉ ACADÉMICO

Eduardo Aguirre Obarrio (Argentina, 1923-2011)

Carlos Julio Lascano (Argentina)

Lola Aniyar de Castro (Venezuela, 1937-2015)

Luis Arroyo Zapatero (España)

David Baigún (Argentina, 1926-2015)

Nilo Batista (Brasil)

Roberto Bergalli (Argentina, 1936- 2020)

Jorge de la Rúa (Argentina, 1942-2015)

Edgardo Alberto Donna (Argentina)

Luigi Ferrajoli (Italia)

José Luis Guzmán Dalbora (Chile)

Julio B. J. Maier (Argentina, 1939-2020)

Sergio Moccia (Italia)

Francisco Muñoz Conde (España)

Esteban Righi (Argentina, 1938-2019)

Gladys Romero (Argentina, 1933-2014)

Norberto Spolansky (Argentina, 1939-2018)

Juarez Tavares (Brasil)

John Vervaele (Holanda)

José Sáez Capel (España)

COMITÉ DE REDACCIÓN

Gabriel Ignacio Anitúa

María Laura Böhm

José Ángel Brandariz García

Leonardo Brond

Javier de Luca

Rubén E. Figari

Mariano Gutiérrez

Manuel Maroto Calatayud

Juliana Oliva

Jorge Paladines Rodríguez

Marcela Paura

Jonathan Polansky

Rodrigo M. Raskovsky

Marcelo Riquert

Cristina Sánchez Henríquez

Máximo Sozzo

Valeria Vegh Weis

Myrna Villegas Díaz

Diego Zysman Quirós

Facundo Maggio

Solange Capuya

Sofía Lanzilotta

Marcos Frezzini

Luciano Bianchi

Gustavo Aboso

María Pilar Marco Francia

Gabriela Gусis

Nadia Espina

CON EL AUSPICIO DE

ASOCIACIÓN LATINOAMERICANA DE DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA (ALPEC)

DIRECCIÓN ACADÉMICA

Mónica Pinto

COMITÉ HONORARIO

Agustín Gordillo
Aída Kemelmajer
Alberto J. Bueres
Carlos Etala

Cecilia Grosman
Eugenio Bulygin
Eugenio R. Zaffaroni
Héctor Alegria

José Tobías
Julio C. Rivera
Nelly Minyersky
Noemí Lidia Nicolau

COMITÉ ACADÉMICO

Administrativo

Carlos F. Balbín
Fernando R. García
Pullés
Ernesto A. Marcer
Guido Santiago Tawil

Constitucional

Alberto B. Bianchi
Roberto Gargarella
María Angélica Gelli
Juan V. Sola

Internacional Privado

María Susana Najurieta
Alfredo Mario Soto
María Elsa Uzal

Internacional Público

Susana Ruiz Cerutti
Silvina González Napolitano
Raúl Vinuesa

Familia

Carlos Arianna
Luis Ugarte
Adriana Wagmaister

Civil

Carlos Hernández
Sebastián Picasso
Sandra Wierzba
Diego Zentner

Penal

Mary Beloff
Alberto Edgardo Donna
Daniel Pastor

Laboral

Mario Ackerman
Adrián Goldin
Julio César Simón

Comercial

Rafael Mariano Manóvil
Horacio Roitman

Filosofía

Ricardo Guibourg
Rodolfo Vigo

Derechos Humanos

Laura Giosa
Roberto Saba

Ambiental

Néstor Cafferatta
Leila Devia
Silvia Nonna

COMITÉ EDITORIAL

Penal

Fernando Córdoba
Fernando Díaz Cantón
Ivana Bloch
Marcelo Ferrante
Marcos Salt
Marcelo Sgro

Criminología

Gabriel Ignacio Anitua
Matías Bailone
Máximo Sozzo

Familia

Silvia Eugenia Fernández
Eleonora Lamm
Ida Scherman

Civil

Carlos Calvo Costa
Luis Daniel Covi
María Victoria Famá
Adriana Krasnow
Luis F. P. Leiva Fernández
Carlos Parellada
Máximo Gonzalo Sozzo

Laboral

Lucas Caparrós
Juan Pablo Mugnolo
Claudia Priore

Constitucional

María Gabriela Ábalos
Marcela Basterra
María Laura Clérico
César Sebastián Vega

COMITÉ EDITORIAL *(Continuación)*

Internacional Público

Emiliano Buis
Alejandro Chehtman
Natalia Luterstein
Nahuel Maisley

Internacional Privado

Paula María All
Nieve Rubaja
Luciana Scotti

Administrativo

Alfonso Buteler
María Paula Renella
Susana Vega

Comercial

Hugo Acciarri
Pablo Heredia
Lorena Schneider
Pamela Tolosa

Filosofía

Marcelo Alegre
Claudio Eduardo
Martyniuk
Renato Rabbi-Baldi
Cabanillas

Derechos Humanos

Leonardo Filippini
Calógero Pizzolo
Silvina Zimerman

Ambiental

Mariana Catalano
José Esaín

Director Editorial

Fulvio G. Santarelli

Jefa de Redacción

Yamila Cagliero

Editores

Nicolás R. Acerbi Valderrama
Florencia Candia
Elia Reátegui Hehn
Marlene Slattery

ÍNDICE

DERECHO PENAL

DOCTRINA

Una perspectiva diferente a la posición de garantía <i>Solange J. Capuya</i>	5
Autonomía y libre culto vs. juramento hipocrático <i>Jonatan Canavese</i>	36

PROCESAL PENAL

DOCTRINA

Ejecución inmediata de la condena y efecto suspensivo de los recursos: algunos límites constitucionales a la presunción de inocencia <i>Gabriel Pérez Barberá</i>	47
Disponibilidad de la acción en el Código Procesal Penal Federal <i>Gonzalo Anzorreguy</i>	62
La construcción de la verdad en el sistema acusatorio <i>Cecilia Vazquez Fain</i>	69
Las causas penales por violación de la cuarentena como expresión exagerada del poder punitivo del Estado y el principio de oportunidad como alternativa válida de solución <i>Mario Augusto Fernández Moreno</i>	81

NOTA A FALLO

PREJUICIO Condenado a pena de muerte. Revisión de la sentencia de condena. Actuación deficiente de la defensa. Disidencia.	89
La última petición de un condenado a muerte <i>Yanina Di Blasio</i>	99

DERECHO A LA INTIMIDAD EN EL PROCEDIMIENTO PENAL

Instalación y uso por los agentes de policía de dispositivo de localización global de navegación por satélite (GNSS) en el vehículo utilizado por el acusado. Tráfico de drogas. Nulidad. 116

Los dispositivos o medios técnicos de seguimiento y localización en la investigación penal. Comentario al fallo del Tribunal Supremo de España sobre medios tecnológicos de seguimiento y localización en la investigación penal y su injerencia en el derecho a la intimidad
Santiago Plou 123

ABUSO SEXUAL

Víctima de doce años de edad. Sector vulnerable. Titular de una doble protección jurídica por ser mujer y niña. Investigación criminal como garantía del derecho a la verdad. Enfoque de género. Valoración de la prueba. Confirmación de sentencia condenatoria. 138

La vulnerabilidad de la víctima y la perspectiva de género vinculados a los delitos sexuales
Luis Ceserani 148

DEBIDO PROCESO PENAL

Agravación de la calificación penal. Límites. Doble conformidad judicial. Acceso a la jurisdicción. 153

Un límite crucial al recurso acusatorio: el doble conforme. La Suprema Corte bonaerense en su laberinto
Gustavo A. Herbel - Ricardo S. Favarotto 157

PRISIÓN DOMICILIARIA EN CONTEXTO MUNDIAL DE PANDEMIA SANITARIA

Imputado por delito de cohecho y negociaciones incompatibles con la función pública. Ponderación de los riesgos que la emergencia sanitaria por pandemia COVID-19 incrementa en relación con su núcleo familiar conviviente. Falta de firmeza de la condena. Sistema de Monitoreo Electrónico. Procedencia del beneficio. 171

Firmeza de una sentencia penal condenatoria. El fallo "Boudou"
Carlos E. Llera 179

DELITO DE QUEBRANTAMIENTO DE CONDENA

Consumación del delito. Impedimento de contacto. Llamada telefónica a la víctima. Llamada no recepcionada. Efectos. 182

El quebrantamiento de condena en el derecho español
Franco Arrieta Cano 187

CRIMINOLOGÍA

¿El punitivismo es la solución?: un análisis sobre agresores sexuales
Lucrecia Garyulo 197

TESIS, TESINAS Y TRABAJOS FINALES

Criterios e indicadores restrictivos de la excarcelación
Ramiro López Malah 211

DERECHO A LA INTIMIDAD EN EL PROCEDIMIENTO PENAL

Instalación y uso por los agentes de policía de dispositivo de localización global de navegación por satélite (GNSS) en el vehículo utilizado por el acusado. Tráfico de drogas. Nulidad.

Con nota de Santiago Plou

1. — Una confidencia anónima, a la que sigue la simple constatación de unos viajes en automóvil desde un lugar a otro y la existencia de antecedentes policiales, no puede justificar una invasión estatal de la intimidad —en el caso, mediante la utilización de dispositivos de localización y seguimiento—, ni siquiera con la precipitada cobertura de una resolución judicial. Se vulnera así el círculo de derechos que el sistema constitucional reconoce a todo ciudadano y se incurre en la prohibición de valorar prueba ilícita, en los términos que proclama el art. 11 de la LOPJ (España). El vacío probatorio que sigue a la declaración de nulidad de esa prueba impide sostener el juicio de autoría.
2. — La utilización de dispositivos de localización y seguimiento tiene una incidencia directa en el círculo de exclusión que cada ciudadano define frente a terceros y frente a los poderes públicos. La afectación de la intimidad es incuestionable, más allá de que existan actos de injerencia que, sin estar expresamente reservados a la autorización judicial, pueden ser plenamente válidos al perseguir un fin constitucionalmente legítimo en una sociedad democrática. La entrada en vigor de la LO 13/2015 (España) descarta cualquier duda acerca de la voluntad legislativa de blindar ese espacio de intimidad y subordinar la legitimidad del acto de intromisión a la previa autorización judicial.
3. — No se puede avalar un entendimiento de la utilización de dispositivos de geolocalización que relativice su potencial eficacia invasora en la intimidad del investigado.
4. — No se puede aceptar como norma general que tres elementos indiciarios sean suficientes para arrebatar a cualquier ciudadano el inicial blindaje que le proporciona su derecho a la intimidad. Una confidencia anónima, sin más, que no ofrezca otros elementos de corroboración que los antecedentes policiales y la realidad de unos viajes, no debería haber llevado a respaldar una resolución judicial habilitante para la restricción de derechos.

5. — Todo indica, por tanto, que la información confidencial, aquella cuyo transmitente no está necesariamente identificado, debe ser objeto de un juicio de ponderación reforzado, en el que su destinatario valore su verosimilitud, credibilidad y suficiencia para la incoación del proceso penal. Un sistema que rindiera culto a la delación y que asociara cualquier denuncia anónima a la obligación de incoar un proceso penal, estaría alentado la negativa erosión, no solo de los valores de la convivencia, sino el círculo de los derechos fundamentales de cualquier ciudadano frente a la capacidad de los poderes públicos para investigarle.

T Supremo de Madrid, (Sala 2 Penal), 13/05/2020. - Sentencia Nº 141/2020

[Cita on line: TR LALEY ES/JUR/20/2020]

Madrid, mayo 13 de 2020.

Esta sala ha visto de casación con el Nº 2749/2018, interpuesto por la representación procesal de D. Balbino, contra la sentencia dictada el 25 de junio de 2018, por el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, con sede en Burgos, en el Rollo de Sala Nº 15/2018, que desestimó el recurso de apelación contra la sentencia de fecha 29 de noviembre de 2017 dictada en el procedimiento abreviado Nº 27/2017 por la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de León, en la que fue condenado el recurrente como autor responsable de un delito de tráfico de drogas, habiendo sido parte en el presente procedimiento el condenado recurrente representado por el procurador D. Jesús Manuel Morán Martínez; y defendido por el letrado D. Ricardo Rodiño Vázquez, interviniendo asimismo el Excmo. Sr. Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez.

Antecedentes de hecho

Primero.- El Juzgado de instrucción Nº 7 de Ponferrada, tramitó procedimiento abreviado núm. 227/2016 por delito de tráfico de drogas, que causan grave daño a la salud, contra D. Balbino; una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de León, Sección 3ª, (proc. abreviado Nº 27/2017) y dictó Sentencia en fecha 29 de noviembre de 2017 que contiene los siguientes hechos probados: “Único.- Se declara probado que “el día 7 de junio de 2016, sobre las 12:55 horas, el acusado Balbino salió de Villagarcía de Arosa a bordo del vehículo matrícula ... propiedad de Damaso en dirección a la provincia de León con la sola finalidad de distribuir, a cambio de abundantes beneficios económicos y causando un evidente me-

noscabo a la salud de terceras personas, cocaína entre terceras personas.

En el momento de su detención sobre las 17:00 horas estando ya en el partido judicial de Ponferrada, Balbino portaba 99,98 gramos de cocaína con una pureza de 76,36%.

Las sustancias incautadas estaban destinadas a la distribución y venta a terceras personas y tienen un valor estimado en el mercado ilícito de 5.763,84 euros."

En la tarea de traficar con dicha droga Eleuterio era ayudado por Enrique, mayor de edad, con DNI ..., sirviéndole de conductor y conociendo que Eleuterio, en esos viajes se dedicaba a traficar con droga (sic)

Segundo.- En la citada sentencia se dictó el siguiente pronunciamiento: "Que debemos condenar y condenamos a Balbino, como autor responsable de un tráfico de drogas en la modalidad de causar grave daño a la salud de los art. 368.1 del C.P. sin concurrencia de circunstancias modificativas de a responsabilidad penal a la pena de cuatro años de prisión con inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena, y a la multa de 10.000 euros con responsabilidad personal subsidiaria de un día de prisión por cada 100 euros impagados y el abono de la mitad de las costas procesales.

Para el cumplimiento de la pena de prisión impuesta a Balbino abonará el tiempo que estuvo en prisión provisional desde el 08/06/2016 hasta el 02/08/2016.

Que debemos condenar y condenamos a Félix, como cómplice responsable de un delito de tráfico de drogas en la modalidad de causar grave daño a la salud del art. 368.1 del C.P. sin concurrir circunstancias modificativas de la responsabilidad penal a la pena de dos años de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y a la multa de 5.000 euros con responsabilidad personal subsidiaria de un día de prisión por cada 100 euros impagados y al abono de la mitad de las costas procesales.

Se acuerda el comiso de las sustancias, efectos, bienes y ganancias aprehendidas con sujeción a lo dispuesto en el art. 127 y 374 del CP vigentes al tiempo de cometer los hechos.

La presente resolución no es firme y contra ella cabe interponer recurso de apelación ante la Sala de lo Penal del TSJ de Castilla y León.

Una vez firme la presente sentencia procederá la destrucción de las sustancias intervenidas, incluyéndose las muestras reservadas para el acto del jui-

cio oral, para el caso de que no haberse llevado a cabo con anterioridad su destrucción."

Tercero.- Contra la anterior sentencia se interpuso recurso de apelación por la representación procesal del condenado, oponiéndose al mismo en Ministerio Fiscal, dictándose sentencia núm. 20/2018 por el Tribunal Superior de Justicia de Castilla-León, con sede en Burgos en fecha 25 de junio de 2018, en el rollo de apelación núm. 15/2016, cuyo Fallo es el siguiente: "Que, desestimando los recursos de apelación interpuestos por los condenados contra la sentencia dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de León en el procedimiento de que dimana el presente Rollo, debemos confirmar y confirmamos íntegramente la misma, con costas por mitad a los apelantes."

Cuarto.- Notificada en forma la anterior resolución a las partes personadas, se preparó recurso de casación por la representación de D. Balbino que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

Quinto.- Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, la representación legal del recurrente formalizó el recurso alegando el siguiente motivo de casación:

Motivo primero.- Al amparo del art. 852 LECrim., y 5.4. LOPJ, por vulneración del derecho fundamental del art. 18.1 C.E., y art. 24.2 C.E., en relación con lo dispuesto en el art. 11.1 LOPJ, por vulneración del derecho a la intimidad y a la presunción de inocencia.

Motivo segundo.- Al amparo de lo dispuesto en el art. 849.1 LECrim., por infracción del art. 368 del Código Penal., en relación con lo dispuesto en el art. 66.1, apartado 6°, del Código Penal, respecto de la individualización de la pena.

Sexto.- Conferido traslado para instrucción, el Ministerio Fiscal por escrito de fecha 5 de noviembre de 2018, interesó la desestimación del motivo, y por ende, la inadmisión del recurso; la Sala lo admitió a trámite, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

Séptimo.- Hecho el señalamiento para el fallo, se celebró la votación y deliberación prevenida el día 4 de marzo de 2020.

Fundamentos de derecho

1.- La sentencia núm. 539/2017, 29 de noviembre, dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de León, luego confirmada en apelación por

el Tribunal Superior de Justicia de Castilla-León mediante resolución de fecha 25 de junio de 2018, condenó al acusado Balbino, como autor responsable de un delito contra la salud pública, a la pena de 4 años de prisión, con inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y multa de 10.000 euros, con responsabilidad personal subsidiaria de 1 día de prisión por cada 100 euros impagados.

Contra esta sentencia se interpone recurso de casación por la representación legal del acusado. Se formalizan dos motivos, impugnados ambos por el Ministerio Fiscal. Ya anticipamos que la estimación del primero de ellos, por vulneración de derechos fundamentales, hará innecesario el examen del segundo, que se apoya, al amparo del art. 849.1 de la LECrim, en la indebida aplicación del art. 368, en relación con el art. 66.1, apartado 6 del Código Penal, que debería haber conducido —se razona— a una pena inferior a la finalmente impuesta en la instancia, en una interpretación proporcionada a la real gravedad de los hechos.

2.- El primero de los motivos sostiene, con la cobertura de los arts. 5.4 de la LOPJ y 852 de la LECrim, vulneración del derecho fundamental a la intimidad del art. 18 de la CE.

Razona la defensa que el auto de fecha 24 de mayo de 2016, que autorizó la instalación y uso por los agentes de policía de un dispositivo de localización global de navegación por satélite (GNSS) en el vehículo habitualmente utilizado por el acusado, es nulo de pleno derecho. Argumenta el recurrente que el oficio de fecha 20 de mayo de 2016 de la Guardia Civil de Ponferrada, dirigido al Juzgado de instrucción núm. 7 de esa localidad, era manifiestamente insuficiente para justificar la injerencia en el derecho fundamental a la intimidad de Balbino. La información obtenida por los agentes, que luego permitió interceptar y detener al acusado cuando éste portaba 99,98 gramos de cocaína con una pureza del 76,36%, sólo fue posible —se aduce— a partir de una violación del espacio de intimidad que nuestro sistema constitucional reconoce y reserva a cada ciudadano. Esa contaminación de la fuente probatoria habría proyectado sus perjudiciales efectos al resto de las pruebas ponderadas por el órgano decisorio. Su clara conexión de antijuridicidad impediría la producción de efectos desde el punto de vista probatorio (art. 11 LOPJ).

Tiene razón la defensa y el motivo ha de ser estimado.

2.1.- La utilización de dispositivos y medios técnicos de seguimiento y localización cuenta con la cobertura jurídica del art. 588 quinques, apartados b) y c)

de la LECrim. La reforma operada por la LO 13/2015, 5 de octubre, quiso así dar respuesta a una necesidad ya sentida años atrás, en la que el conocimiento por los investigadores del lugar exacto —presente, pasado o futuro— en el que podía hallarse una persona, podía resultar absolutamente decisivo para el esclarecimiento del hecho imputado.

El legislador consideró necesario someter a autorización judicial la instalación de ese tipo de dispositivos, pese a que la jurisprudencia de esta Sala no caminaba de forma decidida en esa misma dirección. El debate acerca de la conveniencia de la habilitación judicial no era exclusivo de la dogmática ni de la jurisprudencia españolas. Puede ser suficiente en tal sentido la cita de la conocida sentencia del Tribunal Supremo americano de 23 de enero de 2012 —caso *United States c. Antoine Jones*, 565 US—. en la que, después de intensos debates que llevaron a lo que algún jurista ha llamado un esfuerzo argumental agónico, los Magistrados pudieron liberarse de la rígida singularidad del sistema constitucional americano que asocia la defensa de la privacidad a la del derecho de propiedad. Con una vocación eminentemente rupturista, el Tribunal Supremo americano consideró nula la prueba que había llevado a los agentes a la instalación de un GPS en el vehículo usado por el sospechoso. Se declaró que esa diligencia de investigación menoscababa la privacidad del sospechoso y, por consiguiente, vulneraba la cuarta enmienda.

La jurisprudencia del TEDH —sentencia 2 de septiembre de 2010, caso *Uzun v. Alemania*—, incluyó en el contenido material del art. 8.1 del CEDH el derecho de todo ciudadano a mantener contacto con cualesquiera otras personas y a desarrollar relaciones personales sin ser sometido a innecesarias injerencias en su vida privada. Pese a ello, consideró que la legislación alemana, que no exige autorización judicial para la instalación de esos dispositivos, no vulneraba los principios del Convenio de Roma, siempre que se definan legalmente los presupuestos de limitación temporal y su adopción respete las exigencias del principio de proporcionalidad.

Esta Sala ha tenido ocasión de pronunciarse en varias oportunidades acerca de la legitimidad del empleo por los investigadores de este tipo de dispositivos. La ausencia de una cobertura normativa precisa, paralela de ordinario a su utilización en procedimientos penales para la investigación de delitos de especial gravedad ha venido condicionando nuestra respuesta. La STS 798/2013, 5 de noviembre, ante la alegada quiebra del derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones por parte del recurrente —que invocaba en su favor la STEDH 2 de septiembre de 2010 (caso *Uzun c. Alemania*)—, descartó cualquier vulneración constitucional. Se trataba de la utilización de este tipo

de instrumentos adoptada por iniciativa del Servicio de Vigilancia Aduanera para conocer la ubicación geográfica de un barco que portaba un importante cargamento de droga. La sentencia subraya la normalidad de la utilización de esas balizas y concluye: "...siendo así no se aprecia violación alguna del derecho a la intimidad. El uso de radiotransmisores (balizas de seguimiento GPS), para la localización de embarcaciones en alta mar por la policía no vulnera el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones o supone una injerencia excesiva sobre el derecho fundamental a la intimidad a los efectos de exigir un control jurisdiccional previo y una ponderación sobre dicha afectación constitucional. Para esta Sala Segunda Tribunal Supremo la ausencia de relevancia constitucional se deriva de que se trata de "diligencias de investigación legítimas desde la función constitucional que tiene la policía judicial, sin que en su colocación se interfiera en su derecho fundamental que requeriría la intervención judicial" (SSTS 22.6.2007, 11.7.2008, 19/12/2008), e incluso la sentencia TEDH citada en el recurso, caso *Uzun c. Alemania* de 02/09/2010, en un caso de intervención de una cabina telefónica habitualmente usada por un supuesto terrorista, si bien consideró que tal vigilancia a través del sistema GPS, y procesamiento de los datos obtenidos constituía una injerencia en la vida privada, art. 8 Convenio, también precisó que la vigilancia GPS, por su propia naturaleza debe distinguirse de otros métodos de seguimiento acústico o visual que, por regla general son más susceptibles de interferir en el derecho de la persona al respeto de su vida privada, porque revelan unas informaciones sobre la conducta de una persona, sus operaciones o sus sentimientos".

La STS 523/2008, 11 de julio, avaló la utilización de este tipo de dispositivos que, en el caso enjuiciado, habían sido adosados por agentes de policía a una embarcación. La equívoca invocación por la defensa del derecho a la inviolabilidad domiciliaria (art. 18.2 de la CE), facilitó el argumento mediante el que la Sala desestimó la alegada vulneración de derechos fundamentales: "...el submotivo 2 b) concierne a la vulneración del derecho a la "intimidad de domicilio", reconocido en el art. 18.2 CE. Para lo que se aduce que en el puente del (buque) fue colocado por el SVA una baliza de seguimiento y localización. En primer lugar, no consta que para situar el artilugio fuera necesario entrar en algún recinto que constituyera un domicilio de los previstos en los arts. 554 o 561 LECrim. (...) Atendidos los documentos de los folios 3510 a 3515 y las declaraciones en el juicio oral de los funcionarios del SVA con números terminados en... y ... respecto a la colocación exterior de la baliza en la magistrat. Por otra parte, nada permite afirmar que la baliza fuera utilizada para clase alguna de injerencia en las conversaciones o mensajes de los investigados".

Similar desenfoco está en la base del discurso argumental mediante el que la defensa del recurrente intentó obtener la nulidad probatoria por la utilización de una baliza. En la STS 55/2007, 23 de enero, se alegaba la vulneración del derecho a la libertad ambulatoria por la utilización de una baliza —dato, por otra parte, no acreditado— sin el debido control judicial: "...al margen de lo discutible que pudiera resultar el que, en efecto, esa instalación de un dispositivo localizador en un buque, deba de ser tenida como una verdadera injerencia en el derecho a la libertad ambulatoria y, por ello, precisando del requisito de autorización judicial, lo cierto es que, como con tanto acierto señala la Sentencia recurrida en su Fundamento Jurídico Cuarto, ni tan siquiera ha quedado acreditado en el presente caso que se hubiera llevado a cabo esa operación de balizamiento de cuya práctica intentan deducirse consecuencias anulatorias para las pruebas obtenidas y, en concreto, para la ocupación de la sustancia de tráfico prohibido".

No han faltado precedentes que han desconectado el valor intrusivo de este tipo de dispositivos respecto del contenido material del derecho constitucional a la intimidad. Es el caso de la STS 562/2007, 22 de junio: "...en el segundo de los motivos de su oposición denuncian la vulneración de su derecho fundamental al proceso debido y a la intimidad que concretan en el hecho de haber colocado una baliza de seguimiento sin autorización judicial. La sentencia impugnada da respuesta a la pretensión deducida como motivo de casación con una argumentación que ha de ser reproducida para la desestimación del motivo. El artificio colocado permitió a los agentes de investigación el seguimiento por mar de la embarcación respecto a la que existían fundadas sospechas de su dedicación al tráfico de drogas. La colocación de esa baliza permitió realizar el seguimiento de la embarcación, ubicarla en alta mar y para su colocación, en los exteriores del barco, no se precisó ninguna injerencia en ámbitos de intimidad constitucionalmente protegidos. Se trata, en definitiva, de una diligencia de investigación, legítima desde la función constitucional que tiene la policía judicial, sin que en su colocación se interfiriera en un derecho fundamental que requeriría la intervención judicial".

La misma desconexión entre el uso de una baliza y el derecho a la intimidad, late en la argumentación de la STS 906/2008, 19 de diciembre. Esta resolución enfatiza el margen de error propio del sistema de localización a partir de los datos electrónicos asociados a una llamada telefónica. En su FJ 1º puede leerse lo siguiente:

"...respecto de la utilización de herramientas electrónicas, sistema GPS, que pudieran producir injerencias, no autorizadas, en la intimidad del investigado,

al permitir, entre otras utilidades, que fuera especialmente ubicado, el propio Tribunal de instancia, con todo acierto, se encarga de replicar este extremo afirmando que, en efecto, podría asistirle la razón al recurrente si esa localización (SITEL o Sistema de Intervención Telefónica) permitiera conocer el lugar exacto en el que el comunicante se encontraba, pero que, cuando como en este caso, esa ubicación sólo puede concretarse con una aproximación de varios cientos de metros, que es la zona cubierta por la BTS o estación repetidora que capta la señal, en modo alguno puede considerarse afectado, al menos de forma relevante, el derecho a la intimidad del sometido a la práctica de la diligencia”.

La STS 439/2014, 10 de julio, no abordó el problema que estamos contemplando, al haber mediado autorización judicial para la aplicación de una baliza de geolocalización en el vehículo del investigado.

Ya bajo la vigencia del art. 588 quinques b), la STS 475/2018, 17 de octubre, rechazó la reivindicada nulidad de la instalación de un dispositivo GPS que, si bien no contó inicialmente con autorización judicial, ésta fue dispensada con posterioridad.

2.2.- El hecho de que nuestro sistema jurídico, hasta la entrada en vigor de la LO 13/2015, 5 de octubre, no haya venido exigiendo autorización judicial para la utilización de este tipo de dispositivos, ha suscitado las dudas propias de todo cambio normativo que obliga a rectificar pautas de actuación policial, hasta ahora validadas por la jurisprudencia de esta Sala. El aval otorgado por el TEDH a aquellos modelos constitucionales que no condicionan la validez de la injerencia a la obtención de autorización judicial, alienta la controversia y refuerza la argumentación de quienes ven en la utilización de este tipo de dispositivos una injerencia de menor intensidad en el ámbito de la intimidad protegida constitucionalmente.

Sea como fuere, que la utilización de dispositivos de localización y seguimiento tiene una incidencia directa en el círculo de exclusión que cada ciudadano define frente a terceros y frente a los poderes públicos está ya fuera de cualquier duda. La afectación de la intimidad es incuestionable, más allá de que, conforme a la jurisprudencia constitucional y de esta Sala, existan actos de injerencia que, sin estar expresamente reservados a la autorización judicial, pueden ser plenamente válidos al perseguir un fin constitucionalmente legítimo en una sociedad democrática. La entrada en vigor de la LO 13/2015 descarta cualquier duda acerca de la voluntad legislativa de blindar ese espacio de intimidad y subordinar la legitimidad del acto de intromisión a la previa autorización judicial.

Es cierto que el conocimiento por los poderes públicos, en el marco de una investigación penal, de la ubicación espacio-temporal del sospechoso, encierra una injerencia de menor intensidad que otros actos de investigación perfectamente imaginables. La intimidad como valor constitucional adquiere importantes matices axiológicos en función del alcance y la intensidad de la intromisión que cada uno de esos instrumentos tecnológicos permita. Sin embargo, tal forma de razonar no puede llevarnos a banalizar el acto de intromisión estatal que la utilización de un GPS representa en el círculo de derechos fundamentales de cualquier ciudadano. No faltarán los casos en que el conocimiento del lugar exacto en que se halla una persona se limite a otorgar una ventaja operativa a los investigadores. Pero son también imaginables espacios de ubicación que pierden su aparente neutralidad para precipitar una radiografía ideológica o religiosa del investigado. La asistencia a actos públicos de una determinada formación política, el seguimiento de actos de culto de una u otra confesión religiosa, la presencia en centros de ocio expresivos de la opción sexual del investigado o, en fin, la permanencia en un centro sanitario para cualquier intervención quirúrgica, son datos personales que pueden afectar al núcleo duro de la intimidad y quedar al descubierto si no se protege adecuadamente al ciudadano frente a la tentación de los poderes públicos de extremar injustificadamente los mecanismos de injerencia.

La Sala, por tanto, no puede avalar un entendimiento de la utilización de dispositivos de geolocalización que relativice su potencial eficacia invasora en la intimidad del investigado. Es preciso reconocer que, a diferencia de lo que acontece con otras medidas de injerencia —cfr. arts. 588 ter a) o 588 quater b)—, la nueva regulación no menciona la exigencia de que el acto jurisdiccional habilitante sea el desenlace de un juicio de proporcionalidad. El legislador no consideró procedente definir los parámetros cuantitativos o cualitativos de gravedad del delito que haría viable el empleo de estos dispositivos en la investigación. Este silencio, sin embargo, no puede interpretarse como una relajación de las exigencias constitucionales proclamadas por el art. 588 bis a). Los principios de proporcionalidad, necesidad y excepcionalidad siguen actuando como presupuestos de legitimidad, cuya concurrencia ha de quedar expresamente reflejada en la resolución judicial habilitante. De ahí que el discurso justificativo basado en una pretendida voluntad legislativa de debilitar el deber judicial de motivación de las resoluciones restrictivas de derechos, no puede ser admitido.

En cualquier caso, el propio legislador ha incorporado para los supuestos acreditados de urgencia, frente a la vía ordinaria de autorización judicial (art. 588 quinques b, apartado 1º), una vía alternativa de con-

validación de lo ya resuelto por la Policía Judicial (art. 588 quinques b, apartado 4). Se concede así al intérprete un margen de flexibilidad para dar respuesta a aquellos casos fronterizos en los que, ya sea por razones de urgencia, ya por un déficit de motivación, la reivindicación de ilicitud probatoria constituya el objeto principal del recurso.

2.3.- Nada de esto, sin embargo, sucedió en el supuesto de hecho que nos ocupa. Ni el dictamen del Fiscal ni el auto del Juez de instrucción incluyen una detenida ponderación de los derechos y valores en conflicto, cuando los agentes de policía pidieron el sacrificio de la intimidad del investigado.

Los elementos ofrecidos por la Guardia Civil de Ponferrada a la consideración del Juez y del Fiscal, en su oficio de 20 de mayo de 2016, fueron los siguientes: a) una confidencia anónima en la que se decía que el acusado, con domicilio en Villagarcía de Arosa estaba realizando viajes desde esa localidad a Ponferrada (León), transportando cocaína para ser suministrada a varias personas; b) la existencia de antecedentes policiales por delito de tráfico de drogas en la base policial del Ministerio del Interior; c) la constatación, a través del sistema de cámaras de la Dirección General del Tráfico, de que el acusado se desplazaba desde Villagarcía de Arosa a Ponferrada.

No podemos aceptar como norma general que esos tres elementos indiciarios sean suficientes para arrebatar a cualquier ciudadano el inicial blindaje que le proporciona su derecho a la intimidad. Una confidencia anónima, sin más, que no ofrezca otros elementos de corroboración que los antecedentes policiales y la realidad de unos viajes, no debería haber llevado a respaldar una resolución judicial habilitante para la restricción de derechos.

Las suspicacias acerca del significado procesal de la denuncia anónima —decíamos en la STS 318/2013, 11 de abril— están históricamente justificadas. La Novísima Recopilación (Título XXXIII, Ley VII) prohibió la investigación de los hechos denunciados anónimamente, salvo que tuvieran carácter de notoriedad. La necesidad de poner límites a la delación, está presente en la redacción de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1872 (arts. 166 y 168) y en la Compilación General de 1879 a descartar la denuncia anónima como vehículo idóneo para desencadenar el proceso penal.

Todo indica, por tanto, que la información confidencial, aquella cuyo transmitente no está necesariamente identificado, debe ser objeto de un juicio de ponderación reforzado, en el que su destinatario valore su verosimilitud, credibilidad y suficiencia para la incoación del proceso penal. Un sistema que rindiera

culto a la delación y que asociara cualquier denuncia anónima a la obligación de incoar un proceso penal, estaría alentado la negativa erosión, no sólo de los valores de la convivencia, sino el círculo de los derechos fundamentales de cualquier ciudadano frente a la capacidad de los poderes públicos para investigarle. Pero nada de ello impide que esa información, una vez valorada su integridad y analizada de forma reforzada su congruencia argumental y la verosimilitud de los datos que se suministran, pueda hacer surgir en el Juez, el Fiscal o en las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, el deber de investigar aquellos hechos con apariencia delictiva de los que tengan conocimiento por razón de su cargo.

Esta idea está presente en la jurisprudencia de esta Sala (cfr. SSTS 11/2011, 1 de febrero; 1047/2007, 17 de diciembre; 534/2009, 1 de junio; 834/2009, 16 de julio; 1183/2009, 1 de febrero y 1335/2001, 19 de julio). También en la doctrina jurisprudencial del TEDH ha admitido la legalidad de la utilización de estas fuentes confidenciales de información, siempre que se utilicen exclusivamente como medios de investigación y no tengan acceso al proceso como prueba de cargo (sentencia Kostovski, de 20 de Noviembre de 1989, sentencia Windisch, de 27 de Septiembre de 1990).

La propia Fiscalía General del Estado, en su Instrucción núm. 3/1993, 16 de marzo, tras recomendar a los Fiscales la indispensable prudencia concluía que “...la ponderación de la conveniencia de iniciar una fase de investigación preparatoria con origen en una denuncia anónima transmisora de una noticia delictiva, habrá de calibrar, fundamentalmente, el alcance del hecho denunciado, su intensidad ofensiva para un determinado bien jurídico, la proporcionalidad y conveniencia de una investigación por hechos cuyo relator prefiere ampararse en el ocultismo y, en fin, la legitimidad con la que se pretenden respaldar las imputaciones delictivas innominadas”.

Todo apunta, por consiguiente, a que una confidencia anónima, a la que sigue la simple constatación de unos viajes en automóvil desde Villagarcía de Arosa a Ponferrada y la existencia de antecedentes policiales, no puede justificar una invasión estatal de la intimidad, ni siquiera con la precipitada cobertura de una resolución judicial. Se vulnera así el círculo de derechos que nuestro sistema constitucional reconoce a todo ciudadano y se incurre en la prohibición de valorar prueba ilícita, en los términos que proclama el art. 11 de la LOPJ. El vacío probatorio que sigue a la declaración de nulidad de esa prueba, impide sostener el juicio de autoría.

Procede la estimación del recurso, con la consiguiente absolución del acusado.

3.- Conforme al art. 901 de la LECrim, procede la declaración de oficio de las costas procesales

Fallo

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido: Que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación promovido por la representación legal de Balbino, contra la sentencia núm. 539/2017, 29 de noviembre, dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de León, luego confirmada en apelación por el Tribunal Superior de Justicia de Castilla-León mediante resolución de fecha 25 de junio de 2018, en causa seguida contra el mismo por un delito contra la salud pública, casando y anulando dicha resolución y procediendo a dictar segunda sentencia, con declaración de oficio de las costas procesales. Comuníquese esta resolución y la que seguidamente se dicta al Tribunal sentenciador a los efectos legales procedentes, con devolución de la causa que en su día remitió, interesando acuse de recibo. Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso, e insértese en la colección legislativa. Así se acuerda y firma. — *Manuel Marchena Gómez*. — *Antonio del Moral García*. — *Pablo Llarena Conde*. — *Susana Polo García*. — *Carmen Lamela Díaz*.

Recurso Casación N° 2749/2018

Segunda Sentencia

Madrid, mayo 13 de 2020.

Esta sala ha visto recurso de casación N° 2749/2018 y por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de León se dictó sentencia de fecha núm. 539/2017, 29 de noviembre, luego confirmada en apelación por el Tribunal Superior de Justicia de Castilla-León mediante resolución de fecha 25 de junio de 2018. Esta última

ha sido casada y anulada por sentencia pronunciada el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo integrada por los Excmos. Sres. expresados al margen y bajo la ponencia del Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez, se hace constar lo siguiente:

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez.

Antecedentes de hecho

Único.- Se aceptan y dan por reproducidos los antecedentes de hecho y hechos probados de la sentencia recurrida.

Fundamentos de derecho

Único.- Por las razones expuestas en el FJ 2° de nuestra sentencia precedente, resulta obligada la estimación del primero de los motivos entablados, declarando que la resolución dictada por el Juez de instrucción núm. 7 de Ponferrada, por la que se acordó, sin la debida motivación, la instalación de un dispositivo de seguimiento y localización del acusado Balbino, fue contraria al derecho a la intimidad y ha de ser declarada nula (art. 11 LOPJ).

Fallo

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido: Que estimando el recurso de casación promovido por su representación legal, debemos absolver y absolvemos al acusado Balbino del delito contra la salud pública por el que venía siendo acusado. Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso, e insértese en la colección legislativa. Así se acuerda y firma. — *Manuel Marchena Gómez*. — *Antonio del Moral García*. — *Pablo Llarena Conde*. — *Susana Polo García*. — *Carmen Lamela Díaz*.

Los dispositivos o medios técnicos de seguimiento y localización en la investigación penal

Comentario al fallo del Tribunal Supremo de España sobre medios tecnológicos de seguimiento y localización en la investigación penal y su injerencia en el derecho a la intimidad

Santiago Plou (*)

Sumario: I. Introducción.— II. Antecedentes.— III. Fundamentos de derecho.— IV. Tratamiento jurisprudencial.— V. Algunos parámetros orientadores.— VI. Cuestiones a considerar.— VII. Conclusiones.

I. Introducción

La Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de España, con sentencia del 13 de mayo pasado, no solo reafirmó lo normado por la Ley Orgánica 13/2015 en materia de utilización de dispositivos o medios técnicos de seguimiento y localización, sino que limitó aún más la discrecionalidad jurisdiccional para ordenar su utilización. Ello, toda vez que delimitó las exigencias de fundamentación que requiere la Ley de Enjuiciamiento Criminal para ordenar el uso de medios técnicos de seguimiento y localización en la investigación penal.

El Tribunal Supremo de España (TSE), en un breve pero valioso fallo en la materia fijó un criterio de interpretación restrictivo para la fundamentación de la orden judicial habilitante para la utilización de dispositivos de seguimiento y localización en la investigación penal. Para así proceder, hizo lugar al recurso de la defensa del

Sr. Balbino y anuló la resolución dictada por el juez de instrucción N° 7 de Ponferrada. Ello por haber acordado, sin la debida motivación, la instalación de un dispositivo de seguimiento y localización en el vehículo del acusado.

El fallo en cuestión, con un sucinto repaso jurisprudencial, analiza dos cuestiones centrales: por un lado, la utilización de balizas (localizadores) como medios de investigación policial y su capacidad de intromisión o vulneración del derecho a la intimidad de los sujetos investigados. Por el otro, se analiza si los elementos indiciarios ofrecidos por la Guardia Civil de Ponferrada a consideración del juez fueron suficientes para fundar la orden y, de esa forma, romper el inicial blindaje que proporciona el derecho a la intimidad.

II. Antecedentes

El Sr. Balbino fue condenado por la Sección 3ra. de la Audiencia Provincial de León a la pena de cuatro años de prisión, inhabilitación especial para el derecho al sufragio pasivo y multa de 10.000 euros por considerarlo autor del delito de tráfico de drogas (art. 368.1 del Cód. Penal).

(*) Abogado por la Universidad Abierta Interamericana. Maestrando en Derecho Penal (Universidad de Buenos Aires) y cumpliendo funciones en la Defensoría General de la Nación.

Contra dicha condena la defensa interpuso el recurso de apelación pertinente, el cual fue desestimado por el Tribunal Superior de Justicia de Castilla-León. Nuevamente la representación del Sr. Balbino recurre la decisión e interpone recurso de casación ante el máximo tribunal español.

La defensa, en su argumento central, alegó la vulneración del derecho a la intimidad y a la presunción de inocencia (arts. 18.1 y 24.2 de la Constitución de España). Sostuvo para ello que el auto ordenado por el juez instructor que autorizó la instalación y uso por los agentes de policía de un dispositivo de localización global de navegación por satélite (GNSS) era nulo por haberse dictado sin la debida fundamentación.

Alega la defensa que la información obtenida por los agentes policiales a partir de las balizas de geolocalización, que luego permitiera interceptar y detener al acusado cuando este portaba 99.98 gramos de cocaína, solo fue posible a partir de una vulneración del derecho a la intimidad del acusado. En consecuencia, esa contaminación inicial de la fuente probatoria habría proyectado sus perjudiciales efectos al resto de las pruebas cuya conexión antijurídica impediría la producción de efectos (regla de exclusión).

III. Fundamentos de derecho

Respecto de los fundamentos, debemos comenzar señalando —tal como referencia la sentencia— que la utilización de dispositivos o medios técnicos de seguimiento y localización cuentan con la cobertura jurídica del art. 588 *quinquies*, apartado b) y c) de la LECrim. La reforma operada por la Ley Orgánica 13/2015, del 5 de octubre, vino así a dar respuesta a la necesidad ya sentida años atrás, en la que el conocimiento por parte de los investigadores del lugar exacto en el que podía hallarse el investigado podía resultar decisivo para el éxito de la investigación.

La reforma, que establece la necesidad de autorización judicial previa para la colocación de los dispositivos de seguimiento y localización, puso fin a la discusión de la dogmática y la jurisprudencia española acerca de si la policía judicial estaba facultada para su utilización sin control judicial previo. Ello debido a que con

anterioridad la jurisprudencia de la Sala no caminaba de forma decidida en esa dirección.

El juez Marchena Gómez, ponente en la sentencia, comienza su análisis del caso citando la sentencia de la Suprema Corte de Estados Unidos en el caso “U.S. v. Antoine Jones”⁽¹⁾. Allí el máximo tribunal norteamericano consideró que sí se afecta la expectativa razonable de privacidad ⁽²⁾ cuando se instala un sistema GPS (Global Positioning System) ⁽³⁾ en un vehículo utilizado por el individuo investigado. Por lo tanto, se declaró nula la colocación y utilización del dispositivo sin orden judicial (o por fuera de los límites por ella fijados) por haber menoscabo el derecho a la privacidad del sospechoso y, en consecuencia, vulnerado lo normado por la Cuarta Enmienda.

Seguidamente, el TSE recuerda la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en el caso “Uzun v. Alemania”⁽⁴⁾ (2010), en el cual se reconoce que el art. 8.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) incluye el derecho de todo ciudadano a desarrollar relaciones personales sin ser sometido a injerencias innecesarias en su vida privada. No obstante,

(1) SC de Estado Unidos, caso “United States v. Antoine Jones”, 565 US del 23/01/2012.

(2) La teoría de la “Expectativa razonable de privacidad” fue desarrollada por la Suprema Corte de Estados Unidos en “Katz vs. United States”, 389 U.S. 347 (1967). Allí la SC estableció que para determinar si cierta injerencia en el ámbito de la persona supera lo tolerable en un Estado de Derecho se debía hacer un doble análisis Subjetivo-Objetivo: 1) Verificar si el propio sujeto tenía una real expectativa de que se encontraba en una situación dentro del ámbito de su privacidad; 2) si la sociedad está dispuesta a reconocer tal expectativa como razonable.

(3) Sistema de localización de alta precisión cuya fuente son los datos que arrojan los satélites en órbita. No solo existen balizas que utilizan sistema GPS, también se utiliza el sistema de módulos de satélites independientes (sistema Alpha), el sistema de radiofrecuencia, el sistema de comunicación de GSM (telefonía móvil) y los dispositivos de descarga de localización (Qlog). Sobre los diversos sistemas de posicionamiento y localización ver: CABELLO GIL, L. M., “Datos de Geolocalización como medida de investigación. Avances en el sistema jurídico procesal penal”, tesis doctoral en Derecho por la Universidad Nacional de Educación a Distancia, España, 2017, ps. 10, 30 y ss.

(4) TEDH, caso “Uzun v. Alemania”, 2 de septiembre de 2010.

se consideró que la legislación alemana, que no exige autorización judicial para la instalación de los dispositivos en cuestión, no vulnera los principios del Convenio de Roma. Ello será así siempre que se definan legalmente los presupuestos de limitación temporal y que su adopción respete las exigencias del principio de proporcionalidad.

Luego, señala el juez Marchena Gómez, la Sala ha tenido oportunidad de expedirse sobre la utilización de este tipo de dispositivos en varias ocasiones. Destaca que —con anterioridad al año 2015— la ausencia de una cobertura normativa precisa, sumado a que su utilización ha sido —de ordinario— para la investigación de delitos de especial gravedad, ha ido condicionando la respuesta del Tribunal.

Realizado el exordio, la Sala de lo Penal de la máxima instancia española pasa a efectuar un repaso jurisprudencial de su propia doctrina, la que consistió en el análisis de siete precedentes. Cinco de ellos en los cuales se avaló la utilización de balizas de geolocalización por parte de la policía judicial sin contar con orden judicial previa (5). Luego, el sexto precedente enumerado, al mediar orden judicial previa y motivada, avaló su utilización (6). Finalmente, el último y más reciente precedente sobre la cuestión, ya bajo la vigencia de la reforma e introducción del art. 588 *quinquies* de la LECrim, rechazó la reivindicada nulidad de la instalación del dispositivo GPS que, si bien no contó inicialmente con autorización judicial, esta fue dispensada con posterioridad (7).

No obstante, respecto de los primeros cinco precedentes cabe efectuar algunas consideraciones. Por un lado, en cuatro de ellos se dio la circunstancia en la cual fueron colocadas balizas de localización en buques o embarcaciones para su seguimiento en alta mar. Por otro lado, tal como señaló el TS, tres de los recurrentes incurrieron en ciertos desenfoces al encaminar sus recursos en la pretendida vulneración de sus derechos a la inviolabilidad de las comunicaciones, del domicilio o la libertad ambulatoria. Fi-

nalmente, el quinto precedente mencionado se trató de una geolocalización a través del sistema SITEL (Sistema de Intervención Telefónica), en el cual se enfatiza el margen de error propio que solo permitiría una aproximación de varios cientos de metros, que es la zona cubierta por la estación repetidora que capta la señal.

Continuando con el análisis, el máximo tribunal español sostiene que la utilización de dispositivos de localización y seguimiento tiene una incidencia directa en el círculo de exclusión del ciudadano y que la afectación al ámbito de la intimidad resulta incuestionable. Ello sin perjuicio que —conforme a la jurisprudencia constitucional y de la Sala del TS— existan actos de injerencia que, sin estar expresamente reservados a la autorización judicial, puedan ser plenamente válidos al perseguir un fin constitucionalmente legítimo.

A su vez, una diferenciación importante fincó en el menor nivel de intromisión en la privacidad que implicaría el conocimiento por los poderes públicos de la ubicación espaciotemporal del investigado respecto de otros medios o actos de investigación más invasivos. Sin embargo, señaló el juez Marchena Gómez, dicho razonamiento no puede llevarnos a banalizar el acto de intromisión que supone la utilización de un dispositivo GPS, ya que —de utilizarse prolongadamente— podría significar una radiografía ideológica o religiosa del investigado. Así, por ejemplo, la asistencia a actos políticos o de culto, la presencia en centros de ocio expresivos de la opción sexual o de la realización de determinado tratamiento médico, son datos personales dignos de afectar el núcleo duro de la intimidad del investigado.

Llegando al final, el ponente de la Sala se pronuncia sobre una cuestión central que hace en parte a la relevancia del presente caso. Si bien reconoce que, a diferencia de la regulación de otras medidas, la nueva regulación no menciona la exigencia de que el acto jurisdiccional habilitante sea el desenlace de un juicio de proporcionalidad, ello no puede interpretarse como una relajación de las exigencias constitucionales. Aun cuando no se hayan previsto los parámetros cuantitativos o cualitativos de gravedad del delito que harían viable la medida, los principios de proporcionalidad, necesidad y

(5) STSE 798/13; STSE 523/08; STSE 55/07; STSE 562/07 y STSE 906/08.

(6) STSE 439/14.

(7) STSE 475/18.

excepcionalidad deben actuar como presupuestos de legitimidad de la resolución judicial habilitante.

Se concede igualmente, sostiene el juez Marchena Gómez, un supuesto de urgencia frente a la vía ordinaria de autorización judicial, que es la alternativa de convalidación judicial posterior de lo ya resuelto por la Policía Judicial en casos de fronterizos de urgencia o déficit de motivación.

Por otro lado, el TSE realiza un análisis del mérito de los elementos con los que contaba el juez instructor al realizar la ponderación de los derechos y valores en conflicto. Concluye así, que el solo oficio de la Guardia Civil de Ponferrada que mencionaba una confidencia anónima, la existencia de antecedentes policiales por el delito investigado y la constatación de que el acusado se desplazaba desde Villagarcía de Arosa a Ponferrada, no son elementos suficientes para arrebatar a cualquier ciudadano el inicial blindaje que le proporciona el derecho a la intimidad.

Finalmente, el Máximo Tribunal español señaló la valoración que merece la confidencia anónima **(8)** según la extensa doctrina sentada por la propia Sala. Al respecto, indicó que debe ser objeto de un juicio de ponderación reforzado. En tal sentido, recordó que su destinatario debe merituar su verosimilitud, credibilidad y suficiencia para la incoación del proceso penal. Recordó a su vez, las instrucciones de la Fiscalía

(8) Al respecto sostuvo el TSE: "(...) [L]a información confidencial, aquella cuyo transmitente no está necesariamente identificado, debe ser objeto de un juicio de ponderación reforzado, en el que su destinatario valore su verosimilitud, credibilidad y suficiencia para la incoación del proceso penal. Un sistema que rindiera culto a la delación y que asociara cualquier denuncia anónima a la obligación de incoar un proceso penal, estaría alentado la negativa erosión, no solo de los valores de la convivencia, sino el círculo de los derechos fundamentales de cualquier ciudadano frente a la capacidad de los poderes públicos para investigarle. Pero nada de ello impide que esa información, una vez valorada su integridad y analizada de forma reforzada su congruencia argumental y la verosimilitud de los datos que se suministran, pueda hacer surgir en el Juez, el Fiscal o en las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, el deber de investigar aquellos hechos con apariencia delictiva de los que tengan conocimiento por razón de su cargo".

General del Estado en las que se recomendó a los Fiscales la indispensable prudencia en la valoración de la denuncia anónima.

Podemos concluir entonces, que de forma previa a la LO 13/2015 la jurisprudencia del TSE ha validado la utilización de este tipo de dispositivos sin autorización judicial. Sin embargo, dicha tendencia fue rectificada a partir del presente fallo, el cual obliga reevaluar las pautas de actuación policial y restringir el ámbito de discrecionalidad en la investigación penal.

IV. Tratamiento jurisprudencial

Respecto de la valiosa jurisprudencia emanada del Tribunal Supremo de España, por haber sido detalladamente expuesta por la Sala al emitir la sentencia que nos convoca, nos dispensa de profundizar al respecto, pues cualquier aditamento sería sobreabundante y reiterativo.

En el derecho continental el Tribunal Constitucional Federal alemán (TCF) nos brinda un importante aporte en la materia, puesto que en el año 2005 se pronunció sobre la legitimación de la colocación de balizas de seguimiento GPS por parte de la policía sin contar con orden judicial habilitante. Varios son los señalamientos que cabe realizar al respecto. En primer lugar, tal como lo remarcó el TSE en la sentencia aquí estudiada, el sujeto era sospechoso por hechos relacionados al terrorismo, por lo que sin duda alguna se trataba de un delito de gravedad. En segundo lugar, la medida ordenada por el Fiscal estaba prevista en el Código Procesal Penal alemán y no requería autorización judicial previa. En tercer lugar, lejos de subestimar la posibilidad lesiva de la injerencia, el TCF advirtió especialmente sobre los peligros que surgen de la utilización de los modernos métodos de investigación penal en relación con la posible afectación de los derechos fundamentales. Finalmente, y a consecuencia de lo anterior, también alertó al parlamento sobre la necesidad de verificar si las previsiones procesales resultaban idóneas en vista a futuras evoluciones tecnológicas.

De esta manera, el TCF estimó que el uso de tecnología GPS para controlar los movimientos, seguir y localizar a una persona investigada, aun cuando efectivamente signifique una injerencia

en la vida privada, su alcance e intensidad no llega a una afectación tal que invalide lo actuado. Recordemos que la decisión luego fue convalidada por el TEDH en el citado caso “Uzun c. Alemania” (2010), en el cual se sostuvo que la medida fue proporcional a la gravedad de los hechos investigados y que la injerencia no fue excesiva al punto vulnerar el art. 8 del CEDH (9).

Ya en el *common law* la Suprema Corte de Estado Unidos (SC) nos brinda diversos precedentes que, por su relevancia y temática, vale la pena y resulta oportuno recordar. En el caso “Knotts” (1983), se legitimó la instalación de un radiotransmisor en una lata de cloroformo que la policía vendió al sospechoso y que este colocó en el interior de su vehículo, lo que permitió ser seguido por la policía. En su decisión, la SC reconoció la validez de lo actuado al equiparar la geolocalización con el seguimiento policial tradicional. Para ello sostuvo que una persona que se desplaza por las carreteras y la vía pública no tiene una expectativa razonable de privacidad. Concluyó así que la Cuarta Enmienda en nada obsta que la policía pueda aumentar sus capacidades de vigilancia valiéndose para ello de la ciencia y tecnología. (10)

De forma contraria, en el caso “Karo” (1984), el máximo tribunal estadounidense estimó que la utilización de un radiotransmisor para conocer los movimientos de un sujeto dentro de su residencia requería de orden judicial previa. Se reconoció así, que las residencias o domicilios particulares son lugares reservados a la intimidad individual y que todo individuo espera una intimidad libre de injerencia estatal no autorizada (11).

(9) Ver BOUZZA ARIÑO, O., “Notas de jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, Revista de Administración Pública, Madrid, 2011, ps. 195-6. Ver también PÉREZ GIL, J., “Los datos sobre localización geográfica en la investigación penal. Protección de datos y proceso penal”, Editorial LA LEY, Madrid, junio 2010, 1ra edición, p. 309.

(10) SC de Estados Unidos, caso “United States v. Knotts”, 460 U.S. 276 (1983), citado en ORTIZ PRADILLO, J. C., “La investigación del delito en la era digital”, Estudios de Progreso, Fundación Alternativas, Madrid (España), 2013, p. 20.

(11) Ver SC de Estados Unidos, caso “United States v. Karo”, 468 U.S. 705 (1984), citado en ORTIZ PRADILLO, ob.

Nuevamente llegamos al citado caso “Jones” (2012), en el cual la CS estadounidense se pronunció considerando que sí se afecta la expectativa razonable de privacidad cuando se instala un sistema GPS en el vehículo utilizado por el individuo investigado. Aquí, sin embargo, se valoró la prolongación temporal de la invasión a la privacidad del sujeto. Mientras en el primer caso (Knotts) el dispositivo se empleó durante varias horas, en el presente caso los movimientos del vehículo fueron controlados las 24 horas durante 28 días ininterrumpidos (12).

Ahora bien, llegados hasta aquí, debemos mencionar un precedente que, si bien no consiste en la colocación de dispositivos de seguimiento y localización, resulta relevante por dos cuestiones. En primer lugar, porque la temática reside en el seguimiento a través dispositivos móviles, cuestión que se encuentra íntimamente relacionada con la colocación de los dispositivos de seguimiento que nos ocupa. En segundo lugar, porque varios años después tuvo una incipiente recepción en nuestro derecho interno.

Nos referimos al caso “Carpenter v. United States” (13), en el cual la CS estadounidense estableció la necesidad de un *warrant* (orden judicial con estándar de causa probable) para acceder a la localización de dispositivos móviles. Señaló así la necesidad de proteger la vida privada de las consecuencias del mal uso de las nuevas tecnologías, puesto que ello podría afectar espacios reservados de la vida íntima de las personas. Es la primera vez, y por ello también su importancia, que el máximo tribunal estadounidense se pronuncia sobre el uso de los datos de geolocalización de los dispositivos móviles en relación con el derecho a la privacidad (14).

cit., p. 20.

(12) Ver SC de Estados Unidos, caso “United States v. Jones”, 565 U.S. (2012), citado en ORTIZ PRADILLO, ob. cit., p. 20.

(13) SC de Estados Unidos, “Carpenter v. United States”, 585 U.S. (2018).

(14) Ver en FERNÁNDEZ, D. - O’FARREL, I., “Privacidad en el contexto digital: la geolocalización de dispositivos móviles”, Suplemento Especial Legal Tech, Ed. Thomson Reuters, Bs. As. 2018, p. 2 y ss.

En el ámbito de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, si bien no encontramos pronunciamiento sobre el tópico en cuestión, sí se ha advertido sobre la necesidad de que los Estados reparen en el mayor riesgo que generan las nuevas tecnologías en relación con la vida privada de las personas. De esta forma, se insta a ampliar los esfuerzos para una mayor protección de los ámbitos reservados a la privacidad de la persona frente a las nuevas tecnologías (15).

Llegados a la esfera nacional, aunque no contamos con jurisprudencia en la materia, podemos señalar dos recientes resoluciones judiciales interlocutorias que resultan de particular interés por su vinculación temática. Con recepción del mencionado caso “Carpenter”, el Juzgado Penal Contravencional y de Faltas N° 10 (16) resolvió en dos oportunidades anular las medidas dispuestas por los fiscales, en virtud de las cuales se requería a las empresas de telecomunicaciones que —sin previa autorización judicial— informaran el listado de las celdas de conexión en las que habría impacto las señales de determinadas líneas telefónicas. Sostuvo así el juez, que una medida orientada a conocer la ubicación geográfica de los titulares de la línea excede a las facultades del Ministerio Público y requiere de una orden fundada del órgano jurisdiccional.

Respecto de las resoluciones mencionadas debemos hacer algunos señalamientos. Por un lado, lo que resulta evidente, ambas pertenecen a un universo jurídico más amplio y respecto del cual pueden hallarse fácilmente mayores lineamientos. Pero por el otro, remarcamos su importancia porque creemos que el enfoque allí adoptado y orientado a la autodeterminación informativa (17) como derivación de la ga-

(15) CIDH, caso “Escher c. Brasil”, 220, 6 de junio de 2009.

(16) Juzgado Penal, Contravencional y de Faltas Nro. 10 de la Ciudad de Buenos Aires, expediente 24452/2018, registro interno 1429, 3 de septiembre de 2018; y expediente 25380/2018, registro interno 1435, 4 de septiembre de 2018.

(17) El concepto de autodeterminación informativa fue reconocido por primera vez como derecho fundamental por el Tribunal Constitucional Federal alemán en el año

1983 (Ref. BvR 209/1983) como respuesta a la posibilidad del tratamiento masivo de datos. Allí se reconoció la facultad del individuo a decidir por sí mismo y dentro de qué límites procede a revelar situaciones referentes a su propia vida.

rantía de intimidad es el camino acertado para comenzar a abordar una temática largamente postergada en nuestro país. De esta manera, entendemos que resultará conveniente que las medidas de investigación tecnológicas se aborden de forma conjunta y sistematizada, fijando diversos criterios acordes al nivel de injerencia de cada medida. Sumado a ello, su relevancia también se encuentra en el desarrollo resolutivo, pues recorre precedentes e instrumentos internacionales en la materia que, sin lugar a duda, serán las bases sobre las cuales deberá trabajar tanto la legislación como la jurisprudencia y la doctrina de nuestro país.

V. Algunos parámetros orientadores

La falta de previsión local nos lleva a buscar ciertos parámetros dentro de los cuales el legislador deberá iniciar la trabajosa y postergada tarea de regular la utilización de estos dispositivos de localización. Dicho trabajo legislativo, junto con las restantes medidas de investigación no reguladas, no admite demasiada demora si consideramos los presurosos y constantes avances tecnológicos y su imprescindible utilización en la investigación penal. De lo contrario, los jueces se verán forzados —una vez más— a forjar interpretaciones amplias y flexibles de otros preceptos legales a fin de sortear las lagunas legales existentes.

Ahora bien, además de la jurisprudencia, otros parámetros orientadores surgen de las recomendaciones de organismos internacionales y ordenamientos extranjeros que nos brindan los principios básicos y las exigencias legales necesarias para legitimar la utilización de estas medidas. Por supuesto, la regulación deberá ser sumamente respetuosa de las garantías y derechos constitucional y convencionalmente protegidos, especialmente el derecho a la intimidad y privacidad (18).

1983 (Ref. BvR 209/1983) como respuesta a la posibilidad del tratamiento masivo de datos. Allí se reconoció la facultad del individuo a decidir por sí mismo y dentro de qué límites procede a revelar situaciones referentes a su propia vida.

(18) Recordemos que la privacidad personal se encuentra protegida por los art. 18, CN, 11 CADH y 17 PIDCyP.

En esta línea, encontramos un valiosísimo instrumento en el marco de la Organización de Estados Americanos (OEA), el cual constituye una “Guía Práctica de Técnicas Especiales de Investigación.”⁽¹⁹⁾ Este instrumento tiene como finalidad lograr que su utilización sea acorde con el orden constitucional y legal de los Estados, así como de las Convenciones y Tratados Internacionales.

Allí encontramos nueve principios rectores de las Técnicas Especiales de Investigación (TEI), entre las que se encuentra la vigilancia electrónica. A continuación, entonces, haremos una breve mención de cada uno de los principios que fundamentan el empleo de las TEI:

- *Principio de legalidad*: se debe respetar la Constitución Política del Estado, las Convenciones y Tratados Internacionales, la legislación interna, así como las normas y disposiciones que regulen su empleo.

- *Principio de excepcionalidad*: deben emplearse de manera excepcional, en casos de ausencia o insuficiencia de otros medios de prueba menos invasivos.

- *Principio de subsidiariedad*: deben aplicarse cuando los mecanismos habituales de investigación no resulten idóneos en el procedimiento investigativo, generalmente en supuestos de criminalidad organizada o delitos complejos. Esto no implica el agotamiento previo de todas las alternativas para luego acudir a las TEI, sino que la autoridad evalúe primero si cuenta con otras técnicas idóneas.

- *Principio del debido procedimiento*: implica que solo la autoridad competente puede autorizar el empleo de una TEI, así como los alcances, límites y ámbito de aplicación.

- *Principio de reserva*: se deben desarrollar en estricta reserva y confidencialidad para el logro de sus fines y salvaguarda de quienes las ejecuten.

- *Principio de pertinencia*: se debe evaluar el costo-beneficio de su utilización y la compleji-

dad de la investigación. Optimización de recursos y probabilidad de éxito.

- *Principio de especialidad*: las instituciones involucradas deben contar con el personal especializado para su utilización.

- *Principio de celeridad*: debe tenerse en cuenta que el éxito de su empleo radica en la oportunidad de sus actuaciones, pero siempre dentro del ámbito de aplicación de la ley.

- *Principio de proporcionalidad*: su empleo debe ser proporcional a la naturaleza de la investigación, y sus plazos de duración, tendientes a no conculcar el derecho de las personas que se verán afectadas por su uso. El juez debe establecer la debida ponderación caso por caso, a través de una decisión debidamente motivada.

Otro parámetro importante lo hallamos, como mencionamos con anterioridad, en la legislación española modificada según la reforma introducida a la LECrim en el año 2015, la cual vino a actualizar el catálogo de medidas investigativas. Para ello, con estricto reconocimiento de los principios y estándares internacionales en la materia, se previó con adecuada precisión tanto la utilización de las medidas investigación en cuestión como los supuestos de procedencia y su limitación.

Así, observamos que en el art. 588 *bis*, referido las disposiciones comunes, se establece como requisito para la procedencia de la autorización judicial habilitante que esta se libre con arreglo a los principios de especialidad, idoneidad, excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad. Con respecto a este último en particular, cabe señalar que se regula expresamente la necesidad de valorar las circunstancias del caso y la estimación del sacrificio de los derechos e intereses afectados en relación con el beneficio que resulte para el interés público. A su vez, esta valoración del interés público se debe basar en la gravedad del hecho, su trascendencia social, el ámbito tecnológico de producción, la intensidad de los indicios existentes y la relevancia del resultado perseguido.

Asimismo, se regula el contenido que deberá tener la solicitud tanto del Ministerio Fiscal como de la Policía Judicial para requerir la uti-

(19) OEA, “Guía Práctica de Técnicas Especiales de Investigación en casos de Delincuencia Organizada Transnacional”, Artec, Washington D.C., 2019, p. 18 y ss.

lización de las medidas allí previstas. De esta forma, se requiere —en lo posible— la especificación de la descripción del hecho e identidad del investigado, las razones que justifiquen tal medida, los medios a emplear, la extensión, duración, forma de ejecución y el sujeto obligado a cumplirla.

De igual forma, se regulan seguidamente los términos de la resolución judicial consecuente, la cual deberá estar debidamente fundada, con vista previa al Ministerio Fiscal y en un plazo máximo de veinticuatro horas desde que se presente la solicitud. Se prevé también la posibilidad por parte del juez de solicitar una ampliación o aclaración de la solicitud recibida.

A continuación, se determina la necesidad del secreto de las actuaciones, la delimitación de su duración, las posibles prórrogas y la posibilidad de su procedencia aun cuando afecte a terceras personas. También establece la necesidad del cese cuando desaparezcan las circunstancias que le dieron origen y la destrucción de los registros una vez concluido el proceso o cuando sean ajenos al interés de la investigación.

Llegados al art. 558 *quinquies*, incs. b) y c), se detalla específicamente los supuestos de utilización de dispositivos o medios técnicos de seguimiento y localización. Para ello se exige la concurrencia de acreditadas razones de necesidad y proporcionalidad, así como también la necesidad de especificar el medio técnico que será utilizado y el deber de colaboración de los prestadores de servicios de comunicación en caso de ser solicitados. Además, se regula el supuesto de urgencia, por el cual la Policía Judicial puede proceder sin orden judicial cuando concurran fundadas razones que hagan temer que, de no actuarse de inmediato, se frustrará éxito de la investigación. Asimismo, debe darse cuenta a la mayor brevedad posible y en un máximo de veinticuatro horas a la autoridad judicial, la que podrá ratificar la medida u ordenar su inmediato cese, en cuyo caso la información obtenida carecerá de efectos en el proceso.

Finalmente, se establece el límite máximo de tres meses para la duración de la medida con posibilidad de efectuar prórrogas excepcionales hasta un máximo de dieciocho meses. Ello siempre que estuviera justificado a la luz de los

resultados obtenidos. Se prevé también la obligación de la Policía Judicial de entregar los soportes originales o copias auténticas con la información obtenida cuando se le solicite y, en todo caso, cuando terminen las investigaciones. Por último, se regula la necesidad de custodiar el material obtenido a fin de evitar su utilización indebida.

Otra referencia sumamente relevante la encontramos en los proyectos legislativos presentados en los años 2016 y 2018 tanto en el Congreso Nacional como en la legislatura de Ciudad de Buenos Aires. Dichos proyectos contemplaban, entre las distintas medidas investigativas previstas, la posibilidad localizar y seguir a los investigados mediante dispositivos remotos. Sin embargo, las técnicas aludidas no tuvieron acogida favorable, por lo que no han sido sancionadas ni, por supuesto, implementadas.

De esta forma, observamos que en el año 2016 se presentó un primer proyecto de ley destinado a reformar el Código Procesal Penal (aprobado por ley 27.063), con el fin de acentuar el sistema acusatorio y reforzar las herramientas con las que cuenta el sistema judicial para combatir la delincuencia organizada, compleja o transnacional.

En la remisión del texto legislativo del Poder Ejecutivo al Congreso Nacional para su tratamiento, se destaca que —en todos los casos— se han respetado los estándares internacionales recomendados por la ONU, el Consejo de Europa, la Corte IDH y el TEDH. Así las cosas, vemos que se incluye la posibilidad de vigilar al investigado mediante dispositivos de localización y seguimiento.

En consecuencia, se prevé la necesidad de realizar una audiencia unilateral en la que el fiscal solicite la autorización pertinente para la utilización de la medida. Luego, se regula el deber del juez de librar la orden con estricto arreglo a los parámetros de razonabilidad específicamente normados: idoneidad, gravedad del delito, subsidiariedad, necesidad y proporcionalidad de la medida. Se establece también una duración máxima de tres meses prorrogables, con la posibilidad de exigirle al Ministerio Público Fiscal (MPF) que especifique el medio técnico a utilizar. Asimismo, se regula la prohi-

bición de proceder respecto de terceros no investigados salvo cuando la medida llevada a cabo sobre el investigado tenga efectos inevitables sobre terceros ajenos. Finalmente, se prevé la forma de registro y cadena de custodia de la información obtenida a cargo del Ministerio Público y la obligación de guardar secreto de todo aquel que tomare contacto con elementos aun no incorporados al legajo de prueba (20).

Luego, en el año 2018 se presentó un nuevo proyecto legislativo en el Congreso que, entre otras modificaciones al mencionado Código, preveía la implementación de medios de vigilancia a través de dispositivos de seguimiento y localización. El texto es similar al presentado en el año 2016 con algunas particularidades que resulta oportuno señalar. En primer lugar, en las disposiciones generales se especifica que las técnicas serán aplicables únicamente atendiendo los principios de necesidad, razonabilidad y proporcionalidad (regulación más rigurosa que la anterior). En segundo lugar, se prevé la necesidad de que el MPF —en la audiencia unilateral— presente la prueba que dé sustento a la petición. Luego, se establece la posibilidad de que la medida sea solicitada por el querellante en los supuestos de conversión de la acción penal conforme el art. 33 del Código Procesal Penal Federal. A su vez, se elimina el límite genérico de tres meses en la duración de las medidas y se establece que, transcurrido un año del otorgamiento, el juez deberá controlar los motivos que fundan la continuidad. Finalmente, se establece el catálogo de delitos que harán precedentes las medidas (21).

De forma similar, también en el año 2018 se presentó un proyecto de reforma del Código Procesal Penal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en el cual también se preveía la me-

(20) Proyecto de reforma del Código Procesal Penal de la Nación (ley 27.063), expediente PE-7-16 remitido por el Poder Ejecutivo Nacional al Congreso de la Nación el día 27 de septiembre de 2016. Disponible en el sitio web de acceso libre del Sistema Argentino de Información Jurídica (SAIJ), dependiente del Ministerio de Justicia y DDHH de la Nación.

(21) Proyecto de reforma del Código Procesal Penal de la Nación (ley 27.063), expediente S.-18/18., con ingreso a la Cámara de Senadores con dictamen de comisión el día 11 de abril de 2018, Orden del Día Nro. 35.

didada investigativa aquí estudiada. La primera particularidad que presenta respecto de los anteriores reside en la posibilidad de que el fiscal solicite fundadamente y en entrevista personal, medidas de investigación que impliquen una intromisión en la intimidad del imputado sin estar expresamente contempladas en dicho Código. En el caso, se establece que el juez actuará atendiendo los principios de necesidad, razonabilidad y proporcionalidad con criterio restrictivo y resolverá por escrito de forma fundada. A su vez, deberá consignar la duración de la medida, los límites y condiciones bajo las que se desarrollará. Finalmente, se establece que el fiscal podrá solicitar, también en entrevista personal y de forma fundada, la ampliación y prórroga de las medidas requeridas (22).

Un último parámetro para tomar en consideración resulta de la concreción y determinación legal precisa de qué se entiende por *delito grave* a los efectos de justificar la utilización de tales medidas de investigación que restringen o limitan los derechos fundamentales. En ese sentido, recordemos que España ha sido condenada dos veces por el TEDH en materia de escuchas telefónicas por no precisar con exactitud qué personas y por qué delitos pueden intervenir las comunicaciones. A partir de allí, los tribunales españoles han exigido como requisito previo a efectuar cualquier intervención telefónica, la necesidad de hallarse ante un delito de gravedad (23).

No obstante, a la hora de buscar referencias internacionales para la determinación de los delitos de gravedad nos encontramos con criterios muy disímiles que dificultan la distinción y precisión. Además, ello se complejiza si tenemos en cuenta que no solo se basan en un criterio penológico, sino también en la naturaleza del delito en concreto y otras referencias y términos genéricos como “organizaciones complejas” o “tecnologías de la información”.

Así, por ejemplo, una referencia la podemos encontrar en el art. 2.b de la “Convención de Na-

(22) Proyecto de reforma del Código Procesal Penal presentado en la Legislatura de la Ciudad de Buenos Aires el 18 de junio de 2018, bajo el número PDLEY-2018-21-AJG, referencia EX -2018-17115138-MGEYA-SSJUS.

(23) Ver PRADILLO ORTIZ, ob. cit., p. 41 y ss.

ciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos (24)”, la cual define el *delito grave* como “la conducta que constituya un delito punible con una privación de libertad máxima de al menos cuatro años o con una pena más grave.”

Por otro lado, en la legislación española, en el art. 33.2 del Código Penal se encuentra la tipificación de *delito grave* atendiendo a aquellos delitos que llevan aparejada una pena de prisión superior a cinco años. No obstante, en el ámbito procesal encontramos otra referencia, la LECrim utiliza un criterio distinto para la determinación de los parámetros para acordar la prisión provisional de un sospechoso, pues el art. 503 exige que el delito esté castigado con pena igual o superior a dos años de prisión (incluso menos cuando contara con antecedentes penales de delitos dolosos no cancelados). A su vez, para legitimar la utilización del agente encubierto como medida excepcional de investigación, el art. 282 bis LECrim enumera un catálogo de delitos que pueden ser cometidos por delincuencia organizada, lo que constituye un parámetro importante a tener en cuenta. Mas aun si consideramos que ha sido utilizado como referencia por la jurisprudencia española a la hora de disponer las intervenciones telefónicas. Finalmente, para proceder a la inclusión de muestras de ADN de una persona en las bases de datos policiales, se establece una enumeración distinta y tan variada que va desde los delitos que afecten el derecho a la vida hasta aquellos que afecten el patrimonio (25).

Nos advierte al respecto y con mucha claridad Juan Carlos Ortiz Pradillo, al señalar que la ausencia de criterios legislativos claros ha llevado a la jurisprudencia española a valorar la gravedad del delito no solo en relación con la escala punitiva, sino también atendiendo otros criterios muy diversos. Menciona, por ejemplo, criterios basados en el bien jurídico protegido, la trascendencia y repercusión social de los hechos, la existencia de organizaciones complejas

o la utilización de las tecnologías de la información para la comisión del delito.

Luego, observamos que en las Directivas y Decisiones Marco europeas la exigencia en la punibilidad para la determinación del delito de gravedad es incluso menor. Así, vemos que el art. 2.1 de la Decisión Marco de 2002 para autorizar la orden de detención y entrega de personas entre los Estados miembros exige que se trate de un delito cuya pena o medida de seguridad sea al menos de doce meses. O bien, cuando tuviere por objeto el cumplimiento de una condena a una pena o medida de seguridad no inferior a cuatro meses de prisión. Similar regulación establece la Directiva 2005, la cual se refiere a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales y financiamiento del terrorismo (26).

La disparidad continúa si observamos, por ejemplo, el Código Procesal Penal alemán, el cual establece un amplio catálogo de delitos considerados “graves” o de “especial trascendencia” en virtud de los cuales se podría autorizar la utilización diversas medidas de investigación. Luego, el Código francés también autoriza la utilización de determinadas medidas de gran injerencia sobre la intimidad personal para aquellos delitos cuya pena prevista fuera igual o superior a dos años de prisión. Finalmente, también podemos señalar el Código italiano, el cual establece un sistema mixto para autorizar la interceptación telefónica. Por un lado, establece un catálogo de delitos taxativamente enumerados. Por el otro, establece que es igualmente admisible la medida cuando se trate de delitos en los que la pena prevista sea igual o mayor a cinco años de prisión (27).

Llegados al ámbito local podemos encontrar al menos cuatro referencias. En primer lugar, la principal referencia respecto a la naturaleza del delito la encontramos en el catálogo detallado en el art. 2° de la ley 27.319 (28), por el cual se enumera taxativamente los delitos por los cua-

(24) Ver Organización de Naciones Unidas, “Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos”, Oficina de Naciones Unidas con la Droga y el Delito, Viena, 2004, p. 5.

(25) Ver ORTIZ PRADILLO, ob. cit., p. 42.

(26) *Ibidem*, p. 42.

(27) *Ibidem* p. 43, nota al pie.

(28) Ley 27.319, “Ley para la Investigación, Prevención y Lucha de los delitos complejos. Herramientas. Facultades.” Dicho catálogo ha pasado a integrar el art. 182

les será procedente la utilización de técnicas especiales de investigación. Luego, del art. 316 del Código Procesal Penal de la Nación que regula los supuestos de exención de prisión podemos deducir al menos dos parámetros punitivos que hacen a la gravedad del delito: cuando el mínimo penal sea superior a los tres años de prisión (29) o cuando su máximo supere los ocho años de prisión. Finalmente, el art. 56 *bis* de la Ley de Ejecución Penal y el art. 14 del Código Penal nos brindan otra referencia respecto de la naturaleza delictual que hace a la gravedad del ilícito. Establecen un catálogo taxativo de figuras delictivas por las cuales no podrá concederse la libertad condicional ni otros beneficios liberatorios anticipados, quedando configurado así un régimen especial y más gravoso en la ejecución de la pena (30).

En consecuencia, vistas las diversas previsiones legales y criterios jurisprudenciales para definir lo que se considerará *delito grave*, resultará conveniente entonces legislar con detallada precisión los supuestos de procedencia. Ello, aun cuando pueda dejarse cierto ámbito de discrecionalidad para la actuación jurisdiccional en el caso concreto, pues la propia técnica legislativa imposibilita prever de forma genérica la multiplicidad de circunstancias fácticas.

Finalmente, no escapa a nuestra consideración la existencia de aquellos delitos que, por su propia naturaleza, requieren necesariamente la utilización de determinadas medidas tecnológicas de investigación. Así, por ejemplo, Ortiz Pradillo menciona el caso de las injurias graves o amenazas efectuadas a través de redes sociales, en la cual la identificación del autor, y, por ende, del titular de la IP desde la cual se cometió el

de Código Procesal Penal Federal cuya implementación rige parcialmente.

(29) Dicho parámetro surge al confrontar el art. 26 del Código Penal al que remite el art. 316 del CPPN. A su vez, la referencia ha sido reafirmada por el art. 277, apartado 2, inc. a) del Código Penal.

(30) Corroborados los antecedentes parlamentarios de las leyes modificatorias que introdujeron dichas prohibiciones a los arts. 56 *bis* de la ley 24.660 y 14 del Código Penal (leyes nro. 25.892, 25.948 y 27.375), podemos afirmar la intención del legislador de prohibir los beneficios mencionados para quienes fueren condenados por aquellos delitos considerados especialmente graves.

hecho, exigirá inevitablemente la utilización de determinadas medidas tecnológicas de investigación (en el caso, la solicitud de determinados datos a las operados de servicios de internet). Ello puede ocurrir en ciertos delitos aun cuando no sean considerados de especial gravedad.

VI. Cuestiones a considerar

Llegados hasta aquí, con la guía jurisprudencial citada y los parámetros señalados, podemos realizar algunas consideraciones y mencionar ciertas inquietudes surgidas durante la investigación que pueden resultar útiles para el debate que se avecina.

Para comenzar, debemos tener en cuenta que la ubicación geográfica y desplazamiento de un objeto, siempre que pueda ser vinculado a una persona física identificable, integra el concepto de dato de carácter personal. Así se desprende de la Ley de Protección de Datos Personales (31) y también así lo ha entendido la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) en sus informes referidos a los datos emitidos por GPS instalados en vehículos. (32) Ello resulta relevante ya que al momento de legislar deberá tenerse en vista no solo la legislación nacional en materia de tratamiento y protección de datos personales, sino también los compromisos internacionales asumidos.

Otra cuestión para considerar, si lo que se pretende es dar el debate de los distintos medios de investigación tecnológicos de forma conjunta como aquí se propicia, es el extenso y riquísimo material jurisprudencial que surge del dualismo intimidad vs. tecnología. Especialmente el que emana de la Suprema Corte de Estados Unidos en el *commom law* y del Tribunal Constitucional Federal de Alemania en el derecho continental, así como también del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

A su vez, ya no en el ámbito de los tribunales sino en el de las convenciones, declaraciones e informes de organismos internacionales, encontramos similar dualismo entre intimidad y tecnología. Así, vemos que las organiza-

(31) Ley de Protección de Datos Personales 25.326.

(32) Ver AEPD Informe 193/2008, citado en CABELLO GIL, ob. cit., p. 98.

ciones internacionales como la ONU, la UE o la OEA han realizado conferencias y declaraciones exhortando a los países a que extremen los recaudos en la protección de la intimidad de sus ciudadanos frente al avance tecnológico. Incluso se han pronunciado a favor de moratorias en la utilización de nuevas técnicas de vigilancia (como es el caso de la Declaración de Madrid 2009). En simultáneo, y en lo que en algún punto podría llegar a considerarse contradictorio, también han tenido un rol preponderante impulsando reformas y actualizaciones en las legislaciones nacionales para adaptarlas a los tiempos e implementar técnicas especiales de investigación en la lucha contra organizaciones complejas y la delincuencia transnacional (33).

En definitiva, advertimos que se trata de la vieja antinomia fundamental entre garantías y eficacia en la persecución del delito (tutela judicial efectiva) pero trasladada al contexto digital (34). Pues la puja de intereses ahora será entre la privacidad como derecho fundamental y los medios tecnológicos de investigación como herramienta imprescindible para la persecución de delito en el actual contexto digital. El desafío estará, entonces, en alcanzar el equilibrio de tensiones e intereses contradictorios a través de preceptos normativos claros y precisos, así como también a través de la valoración judicial en la proporcionalidad de las medidas dispuestas en el caso concreto.

Ahora bien, debemos tener en cuenta que, si bien la posibilidad de localización y seguimiento de individuos investigados puede darse por múltiples medios tecnológicos, en lo que aquí respecta, es decir la colocación de balizas, deberá tenerse especialmente en cuenta el objeto en el cual se coloca. Y ello es así porque no tendrá

la misma injerencia la colocación de balizas sobre un buque o aeronave que la que podría tener respecto de un vehículo particular (35).

Tampoco desconocemos que los avances tecnológicos hacen posible la colocación de forma subrepticia de rastreadores o localizadores de pequeñas dimensiones en prendas u otros objetos aún más personales que un vehículo. De admitirse estas medidas, que son notoriamente más invasivas, deberá ejercerse un juicio de proporcionalidad aún más restrictivo en favor de las garantías, pues se lesionan además otros derechos constitucionalmente protegidos. En el caso, la posible invasión al ámbito privado vulneraría la inviolabilidad del domicilio de quien porta el transmisor en su prenda.

Por otro lado, observamos que parte de la doctrina equipara los seguimientos a través de balizas o dispositivos remotos con los tradicionales seguimientos policiales. Sostienen así, que la utilización de dichas técnicas tan solo mejoraría las capacidades humanas valiéndose para ello de la ciencia y tecnología. A su vez, ello contribuiría a optimizar los recursos utilizados, significando solo una forma cualificada de seguimiento policial. Sin embargo, aquí debemos distanciarnos, puesto que no parece tener fundamento lógico que la posibilidad de seguir los movimientos de forma permanente y continua durante días, con modalidad remota y con una precisión rayana a la certeza pueda equipararse a los seguimientos tradicionales. Especialmente si consideramos que estos suelen realizarse durante períodos de tiempo y espacio acotados, lo que implica necesariamente la delimitación de la injerencia.

En esta inteligencia, resulta claro que las balizas o dispositivos de seguimiento remoto aumentarían la efectividad de la investigación, pero con ello se aumenta la inevitable injerencia en la vida privada del sujeto, la que —de utilizarse de forma prolongada— puede llegar a crear verdaderos perfiles de personalidad. Así, como bien se dijo con anterioridad, pueden conocerse los aspectos más privados del sujeto:

(35) Mas aún, si consideramos las medidas de investigación tecnológicas de forma amplia, tampoco resultará la misma injerencia y lesividad del seguimiento a través de la telefonía celular que de una tablet.

(33) En este sentido podemos mencionar, entre otras, la Conferencia Internacional de Comisionados de Intimidad y Protección de Datos (Declaración de Madrid 2009), la Declaración Ministerial Relativa a la Protección de la Intimidad en las Redes Globales de la OEA (Ottawa 1998), la Convención contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas de la ONU (Viena 1988), Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional de la ONU (Palermo 2000) y la Convención contra la Corrupción ONU (Mérida 2003).

(34) Ver BINDER A. M., "Elogio de la audiencia oral y otros ensayos", Coordinación Editorial, Nueva León (México), 2014, p. 98.

datos relativos a la salud, religión, afecciones personales, orientaciones o preferencias sexuales, afiliación sindical o política, etc. En consecuencia, la equiparación pretendida nos llevaría a banalizar la práctica de seguimiento remoto y su potencial lesivo y exigir los mismos estándares de proporcionalidad, lo cual resulta irrazonable.

En tal sentido, se expide Julio Pérez Gil al sostener: “Los dispositivos de seguimiento o localización geográfica pueden además obtener información que tiene su origen a una enorme distancia de quien la recibe, que puede referirse a un lapso temporal amplio y que inevitablemente irán más allá del ámbito abarcado por la investigación” (36).

En sentido contrario, se ha sostenido: “[E]l uso de balizas reduce los períodos de exposición de los vigilados a aquellos sucesos ajenos al interés del proceso penal y, consiguientemente, presentan unas ratios muy bajas, incluso irrelevantes si se comparan con otros medios de investigación, de penetración en el derecho a la intimidad” (37). Debemos advertir al respecto, que dicha selección del material útil para el proceso penal se realiza únicamente con posterioridad, una vez obtenida la información y cuando la injerencia sobre la intimidad y privacidad del sujeto ya ha tenido lugar, no siendo susceptible de reparación ulterior.

Otro punto para valorar lo hallamos en que el carácter automatizado que implica la propia naturaleza del dispositivo, lo cual provoca la imposibilidad de especificar en cada momento el objeto de investigación y, en todo caso, variarlo en atención a las circunstancias. Ello puede conducir a una captación indiscriminada de información toda vez que se dificulta la delimitación de la vigilancia al sujeto investigado, pudiendo afectar a terceros que se hallen cercanos a él (38).

(36) Ver PÉREZ GIL, ob. cit., p. 300.

(37) Ver VALLÉS CAUSADA, L. M., “La policía judicial en la obtención de inteligencia sobre comunicaciones electrónicas para el proceso penal”, Tesis Doctoral, (Dtor.) DÍAZ MARTÍNEZ, M., UNED, Madrid, diciembre 2012, p. 404. Citado en CABELLO GIL, ob. cit. nota al pie p. 272.

(38) Ver PÉREZ GIL, ob. cit. p. 300 y ss.

En esa línea, creemos atinado evaluar la posibilidad de controlar los seguimientos remotos con seguimientos convencionales y tradicionales alternados, a fin de corroborar —entre otras cuestiones— que el objeto sobre el que se instaló el rastreador continúe siendo utilizado por el investigado y no haya sido transferido a un tercer sujeto. Ello a su vez, tendrá el beneficio de la prueba testifical del agente en el caso de que el investigado negare los movimientos.

Sin embargo, tampoco escapa a nuestra consideración que los seguimientos remotos también implican ciertas desventajas de mayor o menor significancia según el carácter de la investigación y el delito investigado. Y ello puesto que el localizador tan solo indicará el espacio y tiempo en que se encuentra el sujeto, siendo imposible, por ejemplo, conocer determinados aspectos relativos a la compañía con la que cuenta, qué acciones realiza, qué objetos o sustancias transporta, etc.

Otro tópico importante es aquel relativo a la posibilidad de actuación policial para colocar localizadores en supuestos de urgencia sin contar con orden previa de autoridad competente. Este supuesto, previsto en la legislación española, luce razonable ante circunstancias excepcionales que no admitan demora sin poner en riesgo el éxito de la investigación. No obstante, se deberá actuar con particular prudencia a fin de que no implique una puerta de acceso a la arbitrariedad policial. Para ello, cumple especial relevancia el inmediato control posterior por parte de la autoridad judicial, que deberá sopesar las circunstancias y su procedencia. En caso de arbitrariedad policial manifiesta y grave, además de descartar la información obtenida, se deberá merituar la posible responsabilidad penal de los agentes.

Finalmente, otro punto importante a destacar se encuentra en la necesidad de regular los parámetros legales para la duración de la medida, estableciendo un máximo con posibilidades de prórrogas y un límite terminal infranqueable. La importancia de establecer límites a la duración de la medida en el tiempo es evidente, pues cuanto más se prolongue la medida mayor será la injerencia sobre el ámbito personal del sujeto. Para ello, resultará central el control judicial permanente y periódico, requiriendo el material

recabado a fin de ejercer el debido control de proporcionalidad acorde al nivel de injerencia, la duración de la medida, la posible afectación de terceros y la pertinencia del material obtenido para los fines la investigación.

VII. Conclusiones

Parece claro, a la luz del estudio realizado, que la intervención del legislador en el ámbito trabajado se presenta como ineludible e impostergable, puesto que los presurosos avances tecnológicos y las legislaciones atrasadas conducen a la inevitable dificultad judicial de proceder sobre ámbitos no regulados. El desfase entre los modernos medios técnicos de investigación y la ajada legislación procesal penal redundan en claro perjuicio para la persecución del delito.

Siendo este el camino, creemos que los proyectos legislativos infructuosos deben retomarse para generar un debate más amplio que abarque la totalidad del universo tecnológico disponible al servicio de la investigación penal. Ello no implica legitimar todas las medidas, puesto que las hay de diverso nivel de injerencia, por lo que habrá que evaluarse en cada caso si se está dispuesto a legitimar su uso y en su caso, en qué medida.

En esa línea, el debate debe ser tan amplio como sea posible, con la participación no solo de los juristas destacados del derecho procesal sino también de los jóvenes profesionales especializados en las nuevas tecnologías. A su vez, la previsión legal de las medidas debe ser de forma particular e individualizada acorde a la naturaleza jurídica y la capacidad lesiva de cada una respecto de los derechos fundamentales. Debe atenderse así, los estándares de claridad, previsibilidad y calidad de las normas recomendados por el TEDH.

En esta dirección, entendemos que el debate debe ser abarcativo de la pluridimensionalidad de las técnicas de investigación, sin desconocer ni evitar el tratamiento de medidas como los registros remotos en sistemas informáticos, la vigilancia acústica, los dispositivos de captación de voz e imágenes; e incluso las medidas de vigilancia masiva como el reconocimiento facial o los identificadores biométricos.

Inclusive, en vista de los rápidos avances y desarrollos tecnológicos, resulta atinada la formación de una comisión permanente relativa a la implementación de las técnicas de investigación en su totalidad. Allí se generará el ámbito propicio capaz de analizar, evaluar y recomendar de forma continua la actualización legislativa, teniendo en cuenta los lineamientos que surjan de su implementación práctica jurisprudencial, sus conveniencias o desavenencias. Creemos que esta es una interesante opción para avanzar en el campo tecnológico digital e insertar un sistema tan enraizado en la cultura del papel.

Aunado a ello, la previsión legal acorde a los principios y criterios ya enunciados redundará en la tan necesaria seguridad jurídica, no solo para los ciudadanos sino también para los operadores judiciales y fuerzas de seguridad. No obstante, la jurisprudencia —tal como nos enseña el TSE— irá forjando los estándares de fundamentación acorde a la naturaleza jurídica de cada medida en relación con las circunstancias del caso y los derechos y garantías comprometidos.

A su vez, dentro del múltiple campo de la geolocalización, en el cual existen diversas medidas para su procedencia (dispositivos rastreadores satelitales, antenas telefónicas, GPS de móviles y tablets, etc.), resulta conveniente proceder al debate legislativo en forma conjunta, sin perjuicio de su regulación individual y precisa acorde a su intensidad. Debemos advertir en este punto, relativo a la precisión, que el exceso de minuciosidad también puede obstaculizar de forma notoria la práctica judicial, que puede verse paralizada o demorada, por ejemplo, al exigírsele que se individualice el rastreador a utilizar en cada caso.

Es evidente, por todo lo expuesto, que la postura que aquí se propicia es aquella en beneficio de la regulación legal expresa con la exigencia de orden judicial previa y debidamente motivada. Esta inclinación personal se funda en la creencia de que la tesis opuesta, facultad policial autónoma (como es el caso de Alemania convalidado por el TEDH), puede dar lugar a arbitrariedades que socaven las garantías constitucionales, especialmente el derecho a la intimidad y a la vida privada.

Siguiendo esta línea, con la previsión legal en cuanto a requisitos y límites y la motivación tanto del requerimiento como de la orden judicial, atendiendo al criterio restrictivo sujeto al examen de razonabilidad, necesidad, excepcionalidad, idoneidad y proporcionalidad de la medida, creemos que debe legitimarse su utilización para delitos que así lo ameriten.

De forma contraria, mientras tanto y ante la ausencia de previsión legal, estimamos que ampararse en la amplitud probatoria y la genérica facultad de las fuerzas de seguridad para prevenir y perseguir el delito e investigar en materia penal, aun con orden judicial, no reúne los recaudos mínimos de previsión y precisión necesarios para legitimar tal injerencia.