EL IMPACTO DE LAS NUEVAS TECONOLOGÍAS EN LA INVESTIGACIÓN DEL DELITO: SEGURIDAD *VERSUS* INTIMIDAD

THE IMPACT OF NEW TECHNOLOGIES ON CRIME INVESTIGATION: SECURITY VERSUS PRIVACY

Caty Vidales Rodríguez*

***RESUMEN**: A estas alturas del siglo XXI está fuera de toda discusión la importante repercusión que en todos los ámbitos han tenido las llamadas nuevas tecnologías de la información y la comunicación. La obtención, almacenamiento y utilización de datos que propician los modernos sistemas pueden constituir una seria amenaza para el derecho a la intimidad. En este nuevo escenario tecnológico, la delincuencia no ha podido sustraerse a tan trascendentales cambios. Es evidente que la aparición y su uso generalizado ha originado, en algunos casos, nuevas modalidades delictivas y, en otros, una sustancial modificación en la mecánica comisiva de figuras más tradicionales que, a través de estos medios, ven amplificada la lesión de bienes jurídicos relevantes. Pero también, y este el aspecto que se pretende desarrollar en lo que sigue, los avances tecnológicos han supuesto una auténtica revolución en la investigación del delito y en la persecución de sus autores. En este sentido, no cabe duda de que los lectores de placas de matrícula, los sistemas de reconocimiento facial o las consolas portátiles de lectura de huellas dactilares, por citar tan solo algunos ejemplos, constituyen herramientas capaces de incrementar considerablemente la eficacia policial y hacerlo, además, de forma más eficiente y segura. Ahora bien, igual de incuestionable parece que el empleo de algunas de estas herramientas es susceptible de afectar gravemente a derechos fundamentales. Precisamente, conciliar las exigencias derivadas del respeto a estos con el imparable desarrollo de la tecnología es el principal desafío a arrostrar. Desde luego, son muchas y de calado las cuestiones que suscita esta problemática. En el trabajo que se propone únicamente se va a hacer referencia a dos de los métodos más invasivos y que, por ello, han generado una mayor polémica: la técnica de seguimiento mediante sistemas de geolocalización y el empleo de drones en la vigilancia policial.*
***Palabras clave**: Seguridad. Intimidad. Nuevas tecnologías. Investigación criminal.*

***ABSTRACT**: At this point in the 21st century, the significant impact that the so-called new information and communication technologies have had in all areas is beyond dispute. The collection, use, and storage of data that modern systems facilitate can constitute a serious threat to the right to privacy. In this new technological scenario, crime has not been able to escape such far-reaching changes. It is clear that the emergence and widespread use of these systems has led, in some cases, to new forms of crime and, in others, to a substantial change in the way in which more traditional forms of crime are perpetrated. But also, and this is the aspect that we intend to develop, technological advances have meant a real revolution in the investigation of crime and in the prosecution of its perpetrators. In this sense, there is no doubt that license plate readers, facial*

* Universitat Jaume I, Facultad de Ciencias Jurídicas y Económicas, Departamento de Derecho Público, Castellón, España.
https://orcid.org/0000-0002-7551-6285

recognition systems or portable fingerprint reading consoles, to cite just a few examples, are tools capable of considerably increasing police efficiency and doing so more efficiently and safely. However, it seems equally clear that the use of some of these tools is likely to seriously affect fundamental rights. The main challenge is precisely to reconcile the requirements of respect for these rights with the unstoppable development of technology. There are, of course, many important issues involved in this problem. In the proposed paper, reference will be made only to two of the most invasive methods, which have therefore generated the most controversy: the technique of tracking by means of geolocation systems and the use of drones in police surveillance.
***Keywords**: Security. Privacy. New technologies. Criminal Investigation.*

1 INTRODUCCIÓN

Innecesario es señalar la importancia que tiene el derecho a la intimidad. Su inclusión en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948[1], en el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de 1950[2] y en la Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966[3], así lo atestiguan.

La Constitución Española lo recoge en el artículo 18 al garantizar el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Del mismo modo, en el apartado segundo declara que el domicilio es inviolable y, como consecuencia de esa inviolabilidad, impide toda entrada o registro en contra de la voluntad del titular o sin autorización judicial excepcionando, únicamente, los casos de delito flagrante. Se proclama también el secreto de las comunicaciones, salvo que exista resolución judicial y, por último, se establece que la ley ha de limitar el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos.

Como ha reconocido el Tribunal Constitucional, se trata de "derechos personalísimos", "derechos de la personalidad" o "derechos ligados a la persona" que se vinculan directamente con la dignidad humana e implican un ámbito de la vida privada sustraído a intromisiones extrañas. A modo de ejemplo, puede citarse la sentencia 231/1988, de 2 de diciembre, que caracteriza el derecho a la intimidad como "un derecho personalísimo

[1] *Artículo 12.*- Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques (DECLARACIÓN…, 1948).

[2] *Artículo 8.- Derecho al respeto a la vida privada y familiar.* 1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás (NADH, 1966).

[3] *Artículo 17.*- 1. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación (NADH, 1966).
2. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.

ligado a la misma existencia del individuo que tiene por objeto garantizar la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario para mantener una calidad mínima de la vida humana"[4].

Reconocida la importancia de este derecho, no es menos cierto que las llamadas nuevas tecnologías de la información y la comunicación tienen una importante repercusión en todos los aspectos de la intimidad a los que se refiere el artículo 18 del texto constitucional. En efecto, no parece admitir discusión que la obtención, almacenamiento y utilización de datos, propiciados por los modernos sistemas empleados, pueden constituir una seria amenaza para el derecho a la intimidad, hasta el punto de que haya provocado una redefinición tanto de su naturaleza, como de la extensión de su protección en este nuevo escenario tecnológico (LUCENA CID, 2012, p. 117-144).

Obviamente, la delincuencia no ha podido sustraerse a tan trascendentales cambios. Es evidente que la aparición y su uso generalizado ha originado, en algunos casos, nuevas modalidades delictivas y, en otros, una sustancial modificación en la mecánica comisiva de figuras más tradicionales que, a través de estos medios, ven amplificada la lesión de bienes jurídicos relevantes. Pero también, y este el aspecto que se pretende desarrollar en lo que sigue, los avances tecnológicos han supuesto una auténtica revolución en la investigación del delito y en la persecución de sus autores. En este sentido, no cabe duda de que los lectores de placas de matrícula, los sistemas de reconocimiento facial o las consolas portátiles de lectura de huellas dactilares, por citar tan solo algunos ejemplos, constituyen herramientas capaces de incrementar considerablemente la eficacia policial y hacerlo, además, de forma más eficiente y segura. Ahora bien, igual de incuestionable parece que el empleo de algunas de estas herramientas es susceptible de afectar gravemente a derechos fundamentales. Ha de tenerse en cuenta que ya la sentencia del Tribunal Constitucional 173/2011, de 7 de noviembre, advertía de la necesidad de establecer una serie de garantías frente a los riesgos que existen para los derechos y libertades públicas – en particular, la intimidad personal – a causa del uso indebido de la información, así como de las TIC durante la investigación criminal. Precisamente, conciliar las exigencias derivadas del respeto a estos con el imparable desarrollo de la tecnología es el principal desafío a arrostrar. Complica más este panorama las permanentes demandas sociales de mayor seguridad – reales o inducidas – que pueden llegar, incluso, a justificar el sometimiento a un régimen de vigilancia

[4] En igual sentido apuntan, entre otras, las sentencias 214/1991, de 11 de noviembre; 151/1997, de 29 de septiembre; 185/2002, de 14 de octubre; 241/2012, de 17 de diciembre; o, 170/2013, de 7 de octubre.

permanente y generalizada ante el temor a nuevas amenazas, sobre todo cuando estas se relacionan con el terrorismo o la delincuencia organizada.

En cualquier caso, cabe señalar que es fácil sucumbir ante la atracción de políticas públicas de marcado carácter securitario que suelen contar con un amplio apoyo popular exento de toda crítica. Mas, como se advierte en el *Documento de Trabajo sobre los programas de vigilancia de los Estados Unidos y la UE, y su repercusión sobre los derechos fundamentales de los ciudadanos europeos*, elaborado por la Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos del Interior del Parlamento Europeo, si no se respeta el Estado de Derecho, se perderá "legitimidad y desgastarán los cimientos de la misma sociedad democrática a la que intentan proteger".

Con la pretensión de dar una respuesta satisfactoria al conflicto de los intereses en juego, que puede reconducirse a la permanente fricción entre intimidad y seguridad, se aprobó la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica. Esta importante modificación, sin duda, suscita muchas e interesantes cuestiones que, sin embargo, no van a ser abordadas en esta sede[5]. Las presentes consideraciones han de limitarse a poner de manifiesto las principales novedades que afectan a la problemática propuesta para, a continuación, analizar con algo más de detenimiento, dos de los aspectos susceptibles de generar una mayor polémica: la técnica de seguimiento mediante sistemas de geolocalización y el empleo de aviones no tripulados, los conocidos drones, o aviones controlados de forma remota en la vigilancia policial.

2 LA REGULACIÓN DE LAS MEDIDAS DE INVESTIGACIÓN TECNOLÓGICA

Como ha quedado dicho, la Ley Orgánica 13/2015 supuso la introducción de medidas tendentes a regular el empleo de las nuevas tecnologías en la investigación criminal. En el Preámbulo de dicha ley queda patente la afección que las mismas pueden suponer en el ámbito de los derechos a la intimidad, al secreto de las comunicaciones y a la protección de datos personales que garantiza la Constitución, por eso aspira a dar respuesta a la necesidad de "encontrar un delicado equilibrio entre la capacidad del Estado para hacer frente a una fenomenología criminal de nuevo cuño y el espacio de exclusión que nuestro sistema constitucional

[5] Al respecto puede verse, entre otros, De Bueno Mata (2015, p. 1-8), González Montes Sánchez (2015, p. 1-4); Marchena Gómez, M. y González-Cuéllar Serrano (2015), Muerza Esparza (2015), Flores Prada (2016, p. 53-66); Izquierdo Tellez (2016, p. 231-255).

garantiza a cada ciudadano frente a terceros"[6]. Con esta pretensión se modifica la rúbrica del Título VIII que pasa a denominarse *De las medidas de investigación limitativas de los derechos reconocidos en el artículo 18 de la Constitución* y que, junto a la entrada y registro en lugar cerrado (Capítulo I), el registro de libros y papeles (Capítulo II), a la detención y apertura de la correspondencia escrita y telegráfica (Capítulo III), regula la interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas (Capítulo V), la captación y grabación de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos (Capítulo VI), la utilización de dispositivos técnicos de captación de la imagen, de seguimiento y de localización (Capítulo VII), el registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información (Capítulo VIII) y los Registros remotos sobre equipos informáticos (Capítulo IX).

Las disposiciones que se incorporan van precedidas de unas Disposiciones comunes (Capítulo IV) que se refieren a la solicitud de la autorización judicial, a la resolución, al secreto, a la duración, al control judicial de la medida, a la afectación de terceras personas, a la utilización de la información obtenida en un procedimiento distinto y descubrimientos casuales, al cese de la medida y, por último, a la destrucción de registros[7]. Interesa destacar que la autorización judicial para acordar alguna de las técnicas de investigación a las que se refiere la ley ha de respetar determinados principios. En concreto, el artículo 588 bis a) alude a los siguientes:

a) *especialidad*, en cuya virtud se exige que la medida sea adoptada en relación con un delito concreto proscribiendo, en consecuencia, una autorización con fines preventivos o aquellas encaminadas a descubrir delitos o despejar sospechas sin que exista una base objetiva;
b) *idoneidad*, que habrá de servir para fijar los parámetros objetivos y subjetivos, así como la duración de la medida;
c) *excepcionalidad y necesidad*, que impide el recurso a alguna de tales prácticas en caso de que existan otras menos gravosas y únicamente se justifica su uso cuando la averiguación de factores importantes (descubrimiento o comprobación del hecho, identidad del responsable, su paradero o la localización de los efectos del delito) se dificulte considerablemente de no hacerse así;
d) *proporcionalidad*, que obliga a realizar una ponderación entre todos los intereses que confluyen, atendiendo a las circunstancias

[6] Preámbulo de la Ley Orgánica 13/2105, de 5 de octubre.
[7] Sobre estos aspectos, puede verse la Circular 1/2019, de 6 de marzo de la Fiscalía General del Estado, sobre *disposiciones comunes y medidas de aseguramiento de las diligencias de investigación tecnológicas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal.*

> concretas del caso y que ha de conseguir un beneficio mayor para el interés público y de terceros que la afección al derecho tutelado. A tal efecto, el apartado quinto del referido precepto determina atender a la gravedad del hecho, su trascendencia social o el ámbito tecnológico de producción, la intensidad de los indicios existentes y la relevancia del resultado perseguido con la restricción del derecho.

Vemos pues que, bajo determinados presupuestos, es posible limitar los derechos implicados recogiendo, para ello, los requisitos que ya venía exigiendo una consolidada jurisprudencia constitucional a efectos de admitir una injerencia[8]. Lo que no puede desconocerse es que la aprobación de la Ley Orgánica 13/2015 supone una considerable mejora. Como ha puesto de manifiesto Tirado Estrada (2017, p. 92),

> ha dotado a nuestro ordenamiento procesal penal de una mayor seguridad jurídica mediante una regulación precisa en materia de garantías exigibles en los supuestos de interceptación de telecomunicaciones y de empleo de dispositivos técnicos de captación y grabación de comunicaciones orales directas, imágenes y sonidos e incluso de medios de seguimiento y localización, que con anterioridad era manifiestamente deficitaria.

Por cuanto que cada diligencia tiene previstas unas reglas específicas, en cumplimiento de lo anunciado, a continuación, únicamente habré de referirme, en primer lugar, al seguimiento mediante sistemas de geolocalización. En segundo lugar, debido a que el empleo de drones en la investigación policial supone una mayor intromisión, resulta obligado hacer una referencia a la regulación de los dispositivos de captación de la imagen y de la captación y grabación de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos. Así es por cuanto que estos aparatos pueden ir provistos de *software* que permite analizar la identidad de personas a través del reconocimiento facial o biométrico, tecnología infrarroja y equipos de audio que posibilitan la grabación y captación de imágenes a larga distancia e, incluso, a través de las paredes.

[8] Al respecto, pueden verse las sentencias del Tribunal Constitucional STC 207/1996, de 16 de diciembre; 56/2003, de 24 de marzo; 70/2002, de 3 de abril; 253/2006, de 11 de septiembre; 173/2011, de 7 de noviembre; 142/2012, de 2 de julio; 115/2013, de 9 de mayo; 43/2014, de 27 de marzo 39/2016, de 3 de marzo o 28/2020, de 24 de febrero.

Comenzando por la **utilización de dispositivos técnicos de seguimiento y localización**, el hecho de que se admita que el conocimiento por parte de los poderes públicos de la ubicación espacial de una persona incide en la intimidad, hace que sea necesario requerir autorización judicial para su práctica. En atención a lo dispuesto en el artículo 588 quinquies b), para que tal permiso se produzca, deben concurrir razones de necesidad y ha de tratarse, además, de una medida proporcionada. Únicamente puede soslayarse esta exigencia en el caso de que la situación de urgencia haga peligrar la investigación de no colocarse de manera inmediata el dispositivo o medio técnico de seguimiento y localización. En este sentido, la *Circular 4/2019, de 6 de marzo, sobre utilización de dispositivos técnicos de captación de la imagen, de seguimiento y de localización,* señala que "no resultará suficiente con la justificación de que la diligencia aportará datos a la investigación, sino que, por el contrario, deberá acreditarse una necesidad tal que, de no llevarse a cabo, pudiera frustrarse el resultado de la investigación". Eso sí, en tal supuesto, la Policía Judicial dará cuenta a la autoridad judicial a la mayor brevedad posible y, en todo caso, antes de que transcurra el plazo de veinticuatro horas. En caso de que no se autorizase la colocación del dispositivo, se acordará el cese inmediato y la información obtenida carecerá de efecto probatorio alguno, según lo establecido en el apartado cuarto del citado precepto.

En cuanto a la duración de la utilización de estos mecanismos de seguimiento y localización, se autorizará por un período máximo de tres meses, aunque excepcionalmente, tomando en consideración los resultados obtenidos, el juez podrá acordar prórrogas sucesivas por el mismo o inferior plazo, sin que en ningún caso puedan extenderse más allá de 18 meses.

Respecto de la **grabación de la imagen**, el artículo 588 quinquies a) permite a la Policía Judicial que, cuando sea necesario para facilitar su identificación, localizar los instrumento o efectos del delito o para obtener datos relevantes para el esclarecimiento de los hechos[9], obtenga y grabe imágenes de la persona investigada en lugares o espacios públicos, sin autorización judicial por cuanto que no afecta a ninguno de los derechos fundamentales que consagra el artículo 18 de la Constitución.

En este sentido, señala la citada Circular de la Fiscalía General del Estado 4/2019, que "el criterio que va a determinar cuándo se afecta o no el derecho fundamental no va a ser el lugar donde se coloque el dispositivo de captación de la imagen (público o privado), sino el lugar o espacio público o privado donde se encuentre el sujeto objeto de la grabación; será este lugar, bien por estar protegido por la inviolabilidad domiciliaria, bien

[9] De no existir este motivo, podría suponer una intromisión ilegítima de conformidad con lo dispuesto en el artículo 7 de Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

por generar una razonable expectativa de privacidad (por ejemplo, el aseo de un establecimiento público), el que determine la naturaleza y alcance de la medida". En definitiva, la clave está en si en el espacio de que se trate, el individuo tiene alguna posibilidad de ejercer su derecho a la intimidad – o, si se prefiere, a la privacidad – con independencia de la titularidad pública o privada del sitio y, de ser así, no podrá eludirse la autorización judicial. En palabras de López Ortega (2017, p. 28-29), "lo relevante no es que se obtenga información privada de las personas (dimensión negativa de la intimidad), sino que la actividad de vigilancia, en sí misma considerada, comporta la restricción de la libertad de la persona se retrae ante el temor de estar siendo observada. Se trata de una acción que afecta a la dimensión positiva de la intimidad, a la esfera de la autodeterminación personal".

Finalmente, los artículos 588 quater a) a 588 quater e) se refieren a la **captación y grabación de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos**. Hasta la incorporación de estos preceptos a la ley rituaria, se venía entendiendo que se trataba de una modalidad de interceptación de las comunicaciones; si bien, la falta de cobertura legal provocó que la sentencia del Tribunal Constitucional 145/2014, de 22 de septiembre, anulara las grabaciones obtenidas mediante la colocación de unos micrófonos en la celda de una comisaría. Se viene, por tanto, a paliar una grave deficiencia que, según se nos dice en el Preámbulo de la ley, pivota en torno a dos ideas: "la primera, la exigencia de que sea el juez de instrucción el que legitime el acto de injerencia; la segunda, la necesidad de que los principios rectores de especialidad, excepcionalidad, idoneidad, necesidad y proporcionalidad actúen como elementos de justificación de la medida".

El primero de los preceptos citados permite autorizar la colocación y utilización de estos mecanismos, tanto en la vía pública o en otros espacios abiertos, como en lugares cerrados. El apartado tercero establece que la escucha y grabación de estas conversaciones se podrá complementar con la obtención de imágenes cuando así lo autorice expresamente la resolución judicial que la acuerde. Es, precisamente, esta previsión la que autoriza a hacer una interpretación extensiva que obligue a requerir autorización judicial cuando la mera grabación de imágenes afecte a la intimidad del sujeto, como así ha sido reconocido por la tantas veces aludida Circular 4/2019, de la Fiscalía General del Estado.

Del mismo modo, puede afirmarse que, lejos de afectar únicamente al secreto de las comunicaciones, incide en el derecho a la intimidad y a la propia imagen e, incluso, de llevarse a cabo en el interior del domicilio del investigado, repercute en el derecho a su inviolabilidad que, recordemos, también garantiza el artículo 18 de la Constitución. No son estos, sin embargo, los únicos derechos implicados pues, como apunta la *Fiscalía General del Estado en la Circular 3/2019, de 6 de marzo, sobre captación y*

grabación de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos, dependiendo del contenido, si este fuera incriminatorio, pueden resultar comprometidos los derechos a no confesarse culpable y a no declarar contra uno mismo, manifestaciones del genérico derecho de defensa al que alude el artículo 24.2 del texto constitucional.

En cuanto a los requisitos que han de concurrir, al tratarse de una práctica invasiva, se limita a la investigación de delitos que revistan cierta gravedad. Así, se alude a los que tengan señalada una pena máxima de, al menos, tres años de prisión, a los cometidos en el seno de un grupo u organización criminal o, por último, los relacionados con el terrorismo.

Además de los principios rectores que con carácter general recoge el artículo 588 bis a), se exige que pueda preverse racionalmente que el empleo de esta técnica aporte datos esenciales y de relevancia probatoria para el esclarecimiento de los hechos y la identificación de su autor (apartado b) del artículo 588 quater b).2). Es de señalar que esta práctica únicamente podrá acordarse para encuentros concretos, lo que obliga a identificar el lugar o dependencias sometidos a vigilancia, sin que pueda admitir la captación y grabación generales o indiscriminadas y, asimismo, impone el deber de desactivar el mecanismo una vez finalice la conversación cuya captación o grabación fue permitida, en atención a lo que dispone el artículo 588 quater c).

Por último, en relación con el cese de la medida, el artículo 588 quater e) se remite a lo dispuesto con carácter general en el artículo 588 bis j) y, por tanto, debe acordarse cuando hayan desaparecido las circunstancias que justificaron su adopción, cuando no se hayan obtenido los resultados perseguidos y, en todo caso, cuando se haya agotado el plazo para el que fue autorizada.

3 LA UTILIZACIÓN DE DISPOSITIVOS TÉCNICOS DE SEGUIMIENTO Y LOCALIZACIÓN

Dejando a un lado las posibilidades de geoposicionamiento que puede ofrecer el acceso a un terminal telefónico que porte la propia persona investigada (localización GSM), lo cierto es que la colocación de balizas se ha convertido en una práctica habitual en la investigación de determinados hechos delictivos, especialmente el narcotráfico, el crimen organizado y el terrorismo.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha tenido ocasión de pronunciarse al respecto. En efecto, en el Caso *Uzun contra Alemania*, de 2 de septiembre de 2010, se analiza la afección al derecho a la intimidad que pudo suponer la vigilancia por medio de la colocación de un GPS, durante tres meses, ordenada por el Fiscal General con el fin de investigar los atentados terroristas reivindicados por un grupo criminal y pretendiendo

evitar futuros ataques con explosivos. El Tribunal reconoce que el empleo de estas técnicas de investigación puede llegar, en determinados casos, a suponer una intromisión en la intimidad. De este modo, haciendo alusión a la postura mantenida en fallos anteriores[10], considera que "la recogida y la conservación sistemáticas de informaciones por partes de los servicios de seguridad sobre ciertos individuos, aun sin recurrir a métodos de vigilancia secreta, constituían una injerencia en la vida privada de dichas personas". Este entendimiento le llevó a mantener, en el caso concreto, que la vigilancia a través de GPS del demandante, así como el tratamiento y la utilización de los datos obtenidos por este procedimiento, constituyen una injerencia en la vida privada protegida en el primer párrafo del artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Ahora bien, partiendo de una consolidada exigencia de previsibilidad y proporcionalidad, tras constatar que es uno de los medios de vigilancia previstos en la Ley, analiza si la adopción de esta medida perseguía un fin legítimo. Al respecto, tomando en consideración la gravedad de los hechos investigados, las especiales dificultades de la investigación y la limitación temporal de los seguimientos electrónicos y ponderando, asimismo, los intereses implicados – seguridad pública, orden público y los derechos de las víctimas – niega que la tecnovigilancia supusiera una grave intromisión en la privacidad del investigado. Por ello, concluye que la medida adoptada estaba justificada y que fue proporcional atendiendo a la finalidad perseguida y a la naturaleza del delito investigado, razón que le lleva a negar que se haya producido vulneración alguna. En definitiva, viene a exigir la existencia de una previsión legal, el control judicial de la medida y que su imposición responda proporcionadamente a un fin legítimo.

Precisamente, la falta de concurrencia de estos requisitos hizo que, en una ocasión posterior – *caso Ben Faiza contra Francia*, sentencia de 8 de febrero de 2018 – considerara que se había producido una injerencia en la vida privada y familiar de un sospechoso de narcotráfico. El principal argumento empleado en esta ocasión fue la imprecisión de la legislación vigente en el momento de los hechos, 9 de junio de 2010, en relación con las condiciones bajo las que se puede autorizar este sistema de control. En efecto, según entiende la Corte, ni la legislación francesa al respecto, ni la interpretación jurisprudencial de esta, permitían precisar con un mínimo de claridad el alcance del empleo de medidas de geolocalización. Por ello, concluye que el recurrente no gozó del nivel mínimo de protección solicitado por el Estado de Derecho en una sociedad democrática y que, por lo tanto, ha habido una violación de los dispuesto en el artículo 8 de la Convención. De hecho, esta falta de claridad motivó la aprobación de la

[10] *Rotaru v. Rumanía*, *P.G. y J. H. v. Reino Unido* o *Amann v. Suiza*.

Ley de 28 de marzo de 2014 que viene a clarificar estos extremos y, en consecuencia, a adecuar la ley a los requisitos exigidos.

En España, como ha quedado dicho, no contábamos con una referencia legal expresa hasta la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por medio de la Ley Orgánica 13/2015. Con anterioridad a esta habilitación legal, el Tribunal Supremo había validado esta práctica, incluso sin requerir autorización judicial, en el seguimiento de una embarcación en alta mar. En efecto, la sentencia 798/2013, de 5 de noviembre, afirma que el uso de radiotransmisores "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" y, continuando la línea interpretativa seguida en resoluciones anteriores[11], considera que se trata de "diligencias de investigación legítimas desde la función constitucional que tiene la policía judicial, sin que su colocación se interfiera en su derecho fundamental que requeriría la intervención judicial".

En una ocasión posterior, STS 610/2016, de 7 de julio, llega a idéntica conclusión, esta vez en relación con un seguimiento terrestre. Lo que motivó el mismo fue la desaparición violenta de dos personas, con fundadas sospechas de que el recurrente había sido la última persona que estuvo con ellas. En el transcurso de la investigación, y aunque se había solicitado autorización judicial respecto de otras diligencias realizadas, los agentes de policía colocaron una baliza o dispositivo GPS en el vehículo que habitualmente utilizaba el sospechoso, sin haber obtenido previamente una orden judicial que lo permitiera. El empleo de este método posibilitó que se consiguiera información acerca de la posición y localización del vehículo, quedando registrados los datos de geolocalización emitidos durante cuatro días y sin que conste informe alguno con posterioridad a ese período.

En el referido pronunciamiento queda reflejada la inexistencia, en el momento en el que ocurrieron los hechos, de pautas o reglas concretas que limiten las amplias habilitaciones normativas que, con carácter general, contienen los artículos 282 y 769 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en aquellos casos en los que puedan resultar afectados derechos fundamentales. Estos artículos establecen, como es sabido, que la función principal de la Policía Judicial es la averiguación de los delitos y la práctica de diligencias necesarias para descubrir a los delincuentes.

[11] Sentencias del Tribunal Supremo de 567/2007, de 22 de junio, 532/2008, de 11 de julio y 906/2008, de 19 de diciembre.

Pues bien, citando las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos[12] y de la Corte Suprema norteamericana[13] y haciéndose eco, asimismo, de la jurisprudencia constitucional existente[14], da por bueno el criterio del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña que, en primer lugar, afirma que se había actuado atendiendo a un fin constitucionalmente legítimo, como es el interés público propio de la investigación de un delito y el descubrimiento de los delincuentes; en segundo lugar, los agentes policiales contaban con apoyo legal para su actuación y, finalmente, el lapso de tiempo en el que tal dispositivo fue utilizado no puede considerarse desmesurado. En consecuencia, se considera que no se había vulnerado el derecho a la intimidad con tal intensidad que hubiese sido necesaria la previa autorización judicial atendiendo, entre otros datos, a la proporcionalidad de la medida en relación con los hechos que se estaban investigando.

A modo de conclusión, podría decirse que antes de la reforma legal mencionada, la doctrina tanto del Tribunal Constitucional, como del Tribunal Supremo, ha venido considerando que el derecho a la intimidad admite una graduación que obliga a ponderar los factores y circunstancias de cada caso; debiéndose adecuar, eso sí, a las exigencias derivadas del principio de proporcionalidad, cuya vigencia obliga a valorar la

[12] *Uzun contra Alemania*, 2 de septiembre de 2010.

[13] *Katz v. United States*, 389 U. S. (1967) y *United States v. Jones, 565 U. S.* (2012). La primera sentencia citada supuso la superación de un concepto de intimidad estrechamente vinculado a la invasión física del domicilio o la inspección material de efectos personales. En ella se reconoce que la Cuarta Enmienda a la Constitución de los Estados Unidos protege a las personas y no a los lugares, por lo que lo que se quiere preservar como privado, incluso en un lugar accesible al público, debe ser protegido constitucionalmente trascendiendo, de este modo, el denominado *trespass-based test*. En afortunada expresión del Juez Harlan, en el voto concurrente emitido, adquiere carta de naturaleza la "expectativa razonable de privacidad" (*reasonable expectation of privacy*) que evalúa no sólo la dimensión subjetiva, sino también la consideración social de tal expectativa como razonable, con independencia del carácter público o privado del lugar en el que se produzca la injerencia puesto que, en aquella ocasión, se enjuiciaba la colocación de un dispositivo de grabación en el exterior de una cabina telefónica.
En *United States v. Jones* se cuestiona la injerencia que el desarrollo de la tecnología supone en la esfera privada del sujeto, concluyendo que "el seguimiento GPS durante un largo plazo en las investigaciones de la mayoría de los delitos afecta a la expectativa de privacidad". En ese supuesto, la policía obtuvo una orden judicial para colocar un dispositivo de seguimiento en el automóvil de un sospechoso de narcotráfico con el propósito de rastrear sus movimientos. Sin embargo, se colocó el dispositivo después de que la orden expirara y se registraron todos los movimientos del vehículo durante un período de cuatro semanas, tiempo que superaba ampliamente el plazo de 10 días concedido originalmente por la autoridad judicial. El Tribunal Supremo consideró que esta práctica policial constituía un registro y, por tanto, al carecer de habilitación judicial válida atentaba contra el derecho reconocido en la Cuarta Enmienda, dado que la vigilancia prolongada posibilita el acceso a detalles íntimos de la vida de la persona investigada, a pesar de que el seguimiento se produjo en la vía pública y el dispositivo estaba colocado en un lugar del vehículo donde no había expectativa de privacidad alguna.

[14] Sentencias del Tribunal Constitucional 123/2002, de 20 de mayo; 142/2012, de 2 de julio; 115/2013, de 9 de mayo, entre otras.

adecuación, la necesidad y la proporcionalidad en sentido estricto de la medida adoptada[15].

Tras la reforma legal, la Fiscalía General del Estado[16], ha señalado que la sujeción a los principios rectores que contiene el artículo 588 bis a), requiere que se fundamente que la medida va dirigida a la investigación de un delito concreto[17] (principio de especialidad), que resulte adecuada respecto de la persona investigada y durante el tiempo imprescindible (principio de idoneidad) y que no sea posible acudir a otras técnicas de investigación menos lesivas para derechos fundamentales (principio de excepcionalidad). Además, el principio de necesidad obliga a justificar que el uso de estos dispositivos contribuye a avanzar en el descubrimiento de los delitos investigados aportando para ello datos e indicios concretos y objetivos que deben hacerse constar en la resolución judicial habilitante junto a las razones que explican la eficacia del empleo de esta medida para los fines de la investigación. Por último, el principio de proporcionalidad supone el juicio de ponderación en el que debe acreditarse que los beneficios a obtener son superiores a la limitación del derecho a la intimidad que ha de producirse.

Parámetros estos que, como reconoce la reciente sentencia del Tribunal Supremo 141/2020, de 13 de mayo, siguen actuando como presupuestos de legitimidad y que, por ello, deben quedar reflejados en la autorización judicial lo que, desde luego, no acontece en el caso concretamente enjuiciado. En efecto, la resolución judicial habilitante se basó en una confidencia anónima recibida por la Guardia Civil, los antecedentes policiales del sospechoso por tráfico de drogas y la constatación, a través de las cámaras de la Dirección General de Tráfico de que el acusado se desplazaba entre dos localidades. Estos datos hicieron que se colocase un dispositivo de localización global de navegación por satélite en el vehículo que usualmente utilizaba y, cuando fue detenido, se

[15] Sirva de ejemplo la sentencia del Tribunal Constitucional 297/1996 que establece que para que limitación del derecho a la intimidad resulte legítima debe reunir los siguientes requisitos: a) Existencia de un fin constitucionalmente legítimo, considerando como tal el interés público propio de la investigación de un delito; b) Que la medida limitativa del derecho esté prevista en la ley (principio de legalidad); c) Que como regla general la limitación se acuerde mediante resolución judicial motivada, si bien debido a la falta de reserva constitucional a favor del juez, la ley puede autorizar excepcionalmente a la policía judicial para determinadas prácticas; d) Estricta observancia del principio de proporcionalidad de la medida, a saber: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto de la misma.

[16] Circular 4/2019, de 6 de marzo, sobre utilización de dispositivos técnicos de captación de la imagen, de seguimiento y de localización.

[17] A diferencia de lo que ocurre con otras medidas que limitan su imposición a la investigación de determinados delitos especialmente graves, puede tratarse de cualquier comportamiento delictivo, por cuanto que el grado de afección al derecho a la intimidad se considera leve. No obstante, esta afección, así como el carácter persistente de la vigilancia hacen que López Ortega (2017, p. 33) se muestre partidario de restringir el recurso a estos medios a delitos que revistan cierta gravedad.

le incautaron 99,98 gramos de cocaína con una pureza de 76,36 %. Por estos hechos se le condenó 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. El Tribunal Supremo, sin embargo, anula este fallo entendiendo que los tres elementos indiciarios a los que se ha hecho referencia no bastan para justificar la invasión en su derecho a la intimidad y, por tanto, la prueba así obtenida es ilícita y no puede valorarse.

Es importante señalar que en el aludido pronunciamiento se reconoce que la utilización de estos dispositivos incide directamente en el derecho a la intimidad. En ese sentido sea afirma, con total rotundidad, que la afectación de la intimidad es incuestionable y que "la entrada en vigor de a Ley Orgánica 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". No puede negarse, por tanto, que la reforma legal exigiendo expresamente la autorización judicial para el empleo de tales mecanismos, y sometiendo esta al cumplimiento de determinados requisitos, ha servido para reforzar la protección del derecho a la intimidad.

4 EL EMPLEO DE DRONES EN EL DESARROLLO DE LA LABOR POLICIAL

Mayores son los problemas que plantea la utilización de drones o aviones no tripulados y de los denominados aviones controlados de forma remota. Y ello no sólo porque, como ya ha sido expuesto, su uso supone una mayor injerencia en el derecho a la intimidad al permitir la captación de imágenes, sino porque también puede afectar al derecho al secreto de las comunicaciones, si se proveen de dispositivos para captar y grabar conversaciones orales. A falta de una regulación específica, le son de aplicación las disposiciones de la Ley de Enjuiciamiento Criminal a las que ya se ha hecho referencia[18] y, en consecuencia, se precisa una habilitación judicial conforme a lo previsto en los artículos 588 quater a) y siguientes, en caso de que se trate de la captación y grabación de conversaciones. En cambio, podrá prescindirse de dicho permiso cuando se obtengan imágenes de la persona investigada en un lugar o espacio público.

Como hemos tenido ocasión de ver, no existe previsión legal expresa cuando la toma de imágenes se produce en un espacio cerrado, pero no creo pueda prescindirse del control judicial para su práctica. A esta conclusión puede llegarse, como también ha quedado dicho, interpretando extensivamente lo dispuesto en el apartado tercero del artículo 588 quater a)

[18] *Vid. supra,* apartado II. Las medidas de investigación tecnológica.

que permite complementar la escucha y grabación de conversaciones privadas con la obtención de imágenes cuando expresamente lo autorice la resolución judicial que la acuerde. Además, aunque es cierto que tampoco existe, a diferencia de lo que sucede en relación con el empleo de dispositivos técnicos de seguimiento y localización, decisiones jurisprudenciales al respecto, no lo es menos que puede traerse a colación las consideraciones que el Tribunal Supremo efectúa en la sentencia 329/2016, de 20 de abril.

En ella se revoca la sentencia que había condenado a un sujeto por tráfico de drogas porque la prueba había sido obtenida por la policía utilizando unos prismáticos sin la preceptiva orden judicial. El Tribunal entiende que la intromisión virtual en un domicilio no puede quedar amparada cuando se utilizan medios tecnológicos que permitan observar la intimidad domiciliaria sin que los moradores sean conscientes de esta injerencia, modificando así una doctrina anterior que justificaba la intromisión cuando no se hubiesen interpuesto obstáculos físicos que impidieran la visibilidad del interior de la vivienda[19]. Sin embargo, en esta ocasión, se determina la ilicitud del material probatorio fundamentado, no en la observación clandestina por parte de la policía, sino en que los agentes se valieron de unos prismáticos o cualquier aparato similar en las operaciones de vigilancia.

En definitiva, como puede leerse en la propia sentencia, "el Estado no puede adentrase sin autorización judicial en el espacio de exclusión que cada ciudadano dibuja frente a terceros" y como recuerda, la protección constitucional abarca no sólo la entrada física, sino también la intromisión virtual. Es más, aludiendo expresamente a la existencia de drones, afirma que la revolución tecnológica, con sofisticados instrumentos de intrusión, obliga a una interpretación funcional del artículo 18.2 de la Constitución. Por todo ello concluye que "no existe violación de los derechos a la intimidad o a la inviolabilidad del domicilio cuando no se emplean instrumentos que sitúen al observante en una posición de ventaja respecto del observado". No parece, por tanto, improcedente afirmar que el empleo de aviones no tripulados u operados por control remoto para captar imágenes en lugares cerrados donde el sujeto pueda ejercer su derecho a la intimidad, sitúan al observador en una posición de clara superioridad.

A modo de conclusión, podría decirse que la utilización de drones en la investigación de hechos constitutivos de delito con la finalidad de captar y grabar comunicaciones orales y/o imágenes en lugares en los que exista una razonable expectativa de privacidad requiere en todo caso una

[19] Sentencias del Tribunal Supremo 453/1997, de 15 de abril de y 245/1999, de 18 de febrero. En ellas se estima que no precisa de autorización judicial la vigilancia a través de una ventana abierta ni la grabación de un patio desde el exterior, respectivamente.

autorización judicial para cuya concesión, además de otras formalidades, han de observarse los principios de especialidad, idoneidad, excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad. No se precisa, en cambio, dicha habilitación judicial cuando se capten imágenes en lugares o espacios públicos.

Distinta es la situación cuando el empleo de drones no se enmarca en la investigación y persecución de delitos, sino que tiene una función proactiva o de prevención. En este caso, parece necesario equiparar los drones a las videocámaras móviles a las que se refiere la Ley Orgánica 4/1997, de 4 de agosto, por la que se regula la utilización de videocámaras por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en lugares públicos[20]; si bien, como señalan González Puente y González Botija (2018, p. 149), los drones superan con mucho la capacidad y efectividad de aquellas. Al respecto, debe tenerse en cuenta que el segundo apartado del artículo primero de la citada ley establece que "las referencias contenidas en esta ley a videocámaras, cámaras fijas y cámaras móviles se entenderán hechas a cualquier medio técnico análogo y, en general, a cualquier sistema que permita las grabaciones previstas en esta ley"[21]. Como se indica en el Preámbulo, la necesidad de que las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad utilicen medios técnicos cada vez más sofisticados con el fin de preservar bienes y libertades de las personas debe ser compatible – y de ahí la necesidad de esta Ley – con derechos y libertades constitucionalmente reconocidos para que su afección no sea excesiva frente a la defensa de la seguridad pública[22]. Así se explica que el régimen de autorizaciones previsto esté sujeto al principio de proporcionalidad.

En cuanto al objeto de la Ley, el artículo 1.1 autoriza la grabación de imágenes y sonidos en lugares públicos, abiertos o cerrados, y su posterior tratamiento. Se indica, asimismo, que el fin que se persigue es el de "contribuir a asegurar la convivencia ciudadana, la erradicación de la violencia y la utilización pacífica de las vías y espacios públicos, así como de prevenir la comisión de delitos, faltas e infracciones relacionados con la seguridad pública". Pues bien, según dispone el artículo 5 de esta Ley, será posible también la instalación de videocámaras móviles en aquellos casos en los que se constate la existencia de un peligro concreto para la seguridad ciudadana y se respete, además, el principio de proporcionalidad en su doble versión de idoneidad y de intervención mínima. En definitiva, como señala Pauner Chulvi (2016, p. 98), cuando se respete escrupulosamente el

[20] Un comentario de la misma, puede verse en Barcelona Llop (1998, p. 205-ss).
[21] En igual sentido, Pauner Chulvi (2016, p. 97), quien aboga expresamente por la aplicación analógica de los preceptos de la Ley que se refieren a videocámaras móviles.
[22] Sobre estas cuestiones, puede verse, entre otros, Magro Servet (1977, p. 277-298), Ull Salcedo (2005, p. 177-202), Díez Ripollés y Cerezo (2009, p. 1-25), Arzoz Santisteban (2010), Cerezo y Díez Ripollés (2011) y Galdón Clavell (2015, p. 81-ss).

principio de idoneidad, intervención mínima y peligro concreto para evitar la prevalencia de la seguridad frente a derechos individuales y provocar un efecto disuasorio o desalentador de su ejercicio.

Y si el uso de videocámaras está permitido en esas circunstancias, el artículo 6.5 veda la posibilidad de captar imágenes y sonidos en el interior de las viviendas o en sus vestíbulos para lo que se precisa, en todo caso, el consentimiento del titular o autorización judicial. Y, del mismo modo, proscribe la grabación en lugares públicos, con independencia de que sean abiertos o cerrados, en aquellos supuestos en los que se afecte de forma directa y grave a la intimidad de las personas; ni, por los mismos motivos, pueden grabarse conversaciones de naturaleza estrictamente privada. En estos casos, como ha reconocido el Tribunal Supremo, la práctica de videovigilancia queda condicionada a la previa obtención de autorización judicial. A modo de ejemplo, puede citarse la sentencia 354/2003, de 13 de marzo en la que se afirma que

> cuando el emplazamiento de aparatos de filmación o de escucha invada el espacio restringido reservado para la intimidad de las personas sólo puede ser acordado en virtud de mandamiento judicial que constituye un instrumento habilitante para la intromisión de un derecho fundamental[23].

En definitiva, la aparición de los drones, y las potencialidades de su desarrollo, puede suponer un considerable incremento de la eficacia de las Fuerzas y Cuerpos de seguridad en la prevención e investigación de delitos. Pero, por cuanto que también pueden suponer una seria afección a derechos y garantías constitucionalmente consagrados, sería deseable – cumpliendo las exigencias que derivan de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos – una previsión legislativa al respecto[24] que, además, y como no podía ser de otro modo, observe los principios que se vienen requiriendo a efectos de legitimar cualquier injerencia. Sólo así se estará en condiciones de conseguir una respuesta adecuada que permita imbricar sin fricciones los distintos aspectos que presenta esta problemática.

[23] En el mismo sentido, pueden citarse las sentencias del Tribunal Supremo 1220/2011, de 11 de noviembre, 124/2014, de 3 de febrero y 649/2019, de 20 de diciembre.

[24] Apunta la necesidad de contar con una regulación específica Sarrión Esteve (2016). En la misma línea, más recientemente, González Puente y González Botija, F. (2018, p. 63-ss).

5 CONCLUSIÓN

Como hemos tenido ocasión de ver, los avances tecnológicos, aunque pueden suponer un claro incremento de la eficacia policial, también posibilitan una considerable injerencia en los derechos reconocidos en el artículo 18 de la Constitución, fundamentalmente en el derecho a la intimidad. Lógicamente, carecería de sentido renunciar a estos para preservar la privacidad, pero no es menos evidente, como apunta Agustina Sanllehí (20123, p. 21-22), que:

> los órganos del Estado (en particular las fuerzas policiales y de seguridad) no pueden sucumbir a la tentación de una eficacia a cualquier precio, por más que les puedan asistir, en ocasiones, aparentes razones de peso. Y es que, de conformidad con los principios del Estado de Derecho, no les es permitido contrarrestar los peligros asociados a las nuevas tecnologías mediante estrategias que pueden afectar al derecho a la intimidad y a las garantías procesales que deben presidir toda investigación criminal.

Por ello, y ahí radica la principal dificultad, ha de hacerse frente al desafío que supone lograr un equilibrio entre los distintitos intereses en juego.

En España, esta pretensión se logra con la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal llevada a cabo por medio de la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica. Se da así cumplimiento a la consolidada doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de recorte de derechos fundamentales que requiere, en primer lugar, la existencia de una previsión legal expresa y que, hasta ese momento, era muy deficitaria[25]. Además, la limitación de estos derechos ha de estar sometida a ciertos límites por lo que se exige, salvo que se trate de la toma de imágenes en lugares públicos, que las medidas intrusivas están sometidas a un régimen de control jurisdiccional. Finalmente, la preceptiva

[25] Al respecto ha señalado Ortiz Pradillo (2013) que estos avances no sólo despiertan recelo en algún sector de la doctrina, sino que también preocupan a los tribunales por "la insuficiencia de la regulación legal en lo que respecta al empleo de instrumentos tecnológicos en la investigación criminal y su posible afectación desproporcionada de la intimidad y a otros derechos fundamentales de los sujetos pasivos de las investigaciones".

autorización judicial ha de respetar para su concesión determinados principios que suponen la plasmación de una no menos asentada exigencia jurisprudencial, tanto del mencionado Tribunal Europeo de Derechos Humanos, como de nuestro Tribunal Constitucional. De este modo, resulta ineludible efectuar una ponderación entre el sacrificio del derecho implicado y los beneficios que su limitación ha de producir y, en todo caso, condicionar la decisión al escrupuloso respeto a los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad.

Es más, de no hacerse así, podrían derivarse, incluso, consecuencias penales. En efecto, dentro del Capítulo referido a los delitos cometidos por los funcionarios públicos contra las garantías constitucionales[26], la sección segunda está dedicada a la protección de la inviolabilidad domiciliaria y las demás garantías de la intimidad. Junto a las previsiones que afectan a la entrada en un domicilio sin consentimiento del morador y al registro de papeles o documentos (artículo 534), a la interceptación de la correspondencia privada, postal o telegráfica (artículo 535), el artículo 536 del Código Penal castiga:

> a la autoridad, funcionario público o agente de éstos que, mediando causa por delito, interceptare las telecomunicaciones o utilizare artificios técnicos de escuchas, transmisión, grabación o reproducción del sonido, de la imagen o de cualquier otra señal de comunicación, con violación de las garantías constitucionales o legales.

La pena a imponer en estos casos es de inhabilitación especial para empleo o cargo público por un período de dos a seis años, salvo que divulgare o revelare la información obtenida, en cuyo caso, además de imponer la pena de inhabilitación de cuatro a seis años, se acompañará de una multa de seis a dieciocho meses.

Siendo loable que la intimidad se erija en un bien jurídico protegido, no merece idéntico juicio positivo, sin embargo, el hecho de que no exista una mayor armonización entre las garantías que para su limitación exige la ley rituaria y los preceptos penales encargados de su tutela cuanto la afección se lleva a cabo por autoridades y funcionarios públicos. Así es por cuanto que nada se dispone en relación con la utilización de dispositivos técnicos de seguimiento y localización efectuada sin cumplir los requisitos que se precisan. En estos supuestos, la inexistencia de autorización o la

[26] Capítulo V, Título XXI del Código penal.

extralimitación en las facultades permitidas, carecen de relevancia penal. En efecto, como con razón ha afirmado Tirado Estrada (2017, p. 99), el rastreo la vigilancia de movimientos y la geolocalización de los investigados no pueden considerarse incluidas en el ámbito típico del artículo 536 del Código penal, pues ello podría suponer una interpretación extensiva en contra del reo prohibida por el principio de legalidad. En consecuencia, es de lamentar que la apuesta por someter a ciertos límites toda afección al derecho a la intimidad no se vea reforzada por la conminación penal. Aunque no desconozco que, con toda probabilidad, un precepto de estas características ha de tener una eficacia práctica muy restringida, si cabría reconocerle un efecto simbólico al transmitir el mensaje de que cualquier injerencia en el derecho a la intimidad, por leve que sea, ha de respetar ciertos requisitos y que su inobservancia no le es indiferente al Derecho Penal.

BIBLIOGRAFÍA

AGUSTINA SANLLEHÍ, J. R. Sobre la utilización oculta de GPS en investigaciones criminales y detección de fraudes laborales. Análisis jurisprudencial comparado en relación con el derecho a la intimidad. **La Ley penal:** Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario, nº 102, p. 21-29, 2013.

ARZOZ SANTIESTEBAN, X. Videovigilancia y derechos fundamentales: análisis de la constitucionalidad de la Ley Orgánica 4/1997. **Revista Española de Derecho Constitucional,** n. 64, p. 133-176, 2002.

BARCELONA LLOP, J. A propósito de la Ley Orgánica 4/1997, de 4 de agosto, llamada de videovigilancia. En: **Actualidad Administrativa,** n. 13, p. 205 a 215, 1988.

CEREZO, A. I., y DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. Videocámaras y prevención de la delincuencia en lugares públicos. **Análisis jurídico y criminológico.** Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.

DE BUENO MATA, F. Comentarios y reflexiones sobre la Ley Orgánica 13/2015 de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica. **Diario La Ley,** nº. 8627, 2015.

DE LA TORRE OLID, F.; GARCÍA RUIZ, F. Tecnología de geolocalización y seguimiento al servicio de la investigación policial.

Incidencias sobre el derecho a la intimidad. **Derecho y Criminología,** nº 2, p. 59-99, 2012.

DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS. Adoptada y proclamada por la Asamblea General en su resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948. Disponible en: https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/spn.pdf. Acceso en: 26 nov. 2020.

DÍEZ RIPOLLÉS, J. L.; CEREZO, A. I. La prevención de la delincuencia callejera mediante videocámaras. Regulación jurídica y eficacia. **Política Criminal,** n. 7, p. 1-25, 2009. Disponible en: http://www.politicacriminal.cl/n_07/a_6_7.pdf. Acceso en: 26 nov. 2020.

FLORES PRADA, I. Aspectos fundamentales de la reforma procesal penal española de 2015. **Revista penal México,** n. 10, p. 25-51, 2016.

GALDÓN CLAVELL, G. Si la videovigilancia es la respuesta, ¿cuál era la pregunta? Cámaras, seguridad y políticas urbanas. **EURE:** Revista Latinoamericana de Estudios Urbano Regionales, n. 123, p. 81-101, 2015.

GONZÁLEZ PUENTE, C.; GONZÁLEZ BOTIJA, F. Los drones y los derechos fundamentales en la UE. **Revista Universitaria Europea,** n. 29, p. 143-162, 2018.

GONZÁLEZ-MONTES SÁNCHEZ, J. L. Reflexiones sobre el proyecto de Ley Orgánica de modificación de la LECrim para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológicas. **Revista electrónica de ciencia penal y criminología,** n. 17, p. 1-41, 2015.

IZQUIERDO TELLEZ, C. La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por la ley 41/2015: las nuevas medidas de agilización procesal y de fortalecimiento de las garantías procesales. **Boletín de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears,** n. 17, p. 231-255, 2016.

LÓPEZ ORTEGA, J. J. La utilización de medios técnicos de observación y vigilancia. *En:* _____. **El derecho a la intimidad:** nuevos y viejos debates. Madrid: Dykinson, 2017. p. 15-47.

LUCENA CID, I. V. La protección de la intimidad en la era tecnológica: hacia una reconceptualización. **Revista Internacional de Pensamiento Político,** v. 7, p. 117-144, 2012.

MAGRO SERVET, V. Consideraciones sobre la nueva Ley que regula la utilización de las videocámaras por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado. **Revista del Poder Judicial,** n. 47, p. 277-298, 1977.

MARCHENA GÓMEZ, M.; GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N. **La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en 2015.** Madrid: Castillo de Luna Ediciones Jurídicas, 2015.

MUERZA ESPARZA, J., Las reformas procesales penales de 2015. Nuevas medidas de agilización, de investigación y de fortalecimiento de garantías en la justicia penal. Pamplona: Aranzadi, 2015.

NACIONIES UNIDAS DERECHOS HUMANOS (NADH). **Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.** Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Disponible en: https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/ccpr.aspx. Acceso en: 26 nov. 2020.

ORTIZ PRADILLO, J. C. La investigación del delito en la era digital: los derechos fundamentales frente a las nuevas medidas tecnológicas de investigación. **Estudios de progreso:** Fundación Alternativas, 2013. Disponible en: https://www.fundacionalternativas.org/public/storage/actividades_descargas/5a687574bb9f245b66286372359596d4.pdf. Acceso en: 26 nov. 2020.

ORTÍZ PRADILLO, J. C. La investigación del delito en la era digital. Los derechos humanos frente a las nuevas medidas tecnológicas de investigación. Madrid: [s.n.], 2013.

PAUNER CHULVI, C. El uso emergente de drones civiles en España. Estatuto jurídico e impacto en el derecho a la protección de datos. **Revista de Derecho Político,** n. 95, p. 85-115, 2016.

PÉREZ GIL, J. Investigación penal y nuevas tecnologías: algunos de los retos pendientes. **Revista Jurídica de Castilla y León,** n. 7, p. 211-234, oct. 2005.

PÉREZ GIL, J. Los datos sobre localización geográfica en la investigación penal", en Protección de datos y proceso penal. PEDRAZ PENALVA, E. (coord.). [S.l.]: Wolters Kluger, 2010. p. 307-354.

RAMÍREZ LÓPEZ, S. Del campo de batalla a las calles: el derecho a la intimidad en la era de los drones. **Revista Derecho del Estado,** n. 35, p. 181-199, jul./dic. 2015.

SARRIÓN ESTEVE, J. El régimen jurídico de la utilización de drones en España. **Seminari de la Facultat de Dret de Valencia,** 25 mayo 2016. Disponible en: https://www.uv.es/seminaridret/sesiones2016/drones/ponenciaSarrion2016.pdfp.17. Acceso en: 26 nov. 2020.

TIRADO ESTRADA, J. J. Intimidad, secreto y telecomunicaciones. Interceptación y artificios de control por agentes estatales. En: CAZURRO BARAHONA, V. (dir.); LORENTE LÓPEZ, M. C.; FAYOS GARDÓ, A. (coord.). **Derecho digital:** perspectiva interdisciplinar. Barcelona: J. M. Bosch Editor, 2017. p. 83-120.

ULL SALCEDO, M. V. El derecho a la intimidad como límite de la videovigilancia. **Revista de Derecho Político,** n. 63, p. 179-203, 2005.

VIDALES RODRÍGUEZ, C.; SALAS CALERO, L. Nuevas tecnologías y labor policial. Análisis de la situación en Estados Unidos y en España". En: CAZURRO BARAHONA, V. (dir.); LORENTE LÓPEZ, M. C.; FAYOS GARDÓ, A. (coord.). **Derecho digital:** perspectiva interdisciplinar. Barcelona: J. M. Bosch Editor, 2017. p. 123-143.

Recebido: 18/6/2020.
Aprovado: 11/11/2020.

Caty Vidales Rodríguez
Doctora en Derecho por la Universitat Jaume I (UJI).
Catedrática de Derecho Penal da Universidad Jaume I (UJI).
E-mail: vidales@uji.es.